LIMITAÇÕES AO DIREITO DE CONSTRUIR — ZONEAMENTO — PÔDER DE POLÍCIA — DELEGAÇÃO DE PODERES

— Ao Legislativo cabe impor as normas gerais do zoneamento e ao Executivo compete a sua atuação em concreto.

— Interpretação do art. 36, § 2º, da Constituição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Municipalidade de São Paulo *versus* Olga Mercado Kury e outro
Agravo de petição nº 88.128 — Relator: Sr. Desembargador BANDEIRA DE MELO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 88.128, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo "ex officio", agravante a Municipalidade de São Paulo, e agravados Olga Mercado Kury e outro: Acordam, em sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, julgar constitucional o art. 2º da lei municipal nº 3.571, de 7 de abril de 1937.

No art. 2º, nº 4, o Código de Obras, lei municipal nº 3.427/29, define o que entende por habitação, ou moradia. Distingue a particular da múltipla. Aquela compreende as casas populares e residenciais e esta edifícios de apartamentos e hotéis. Nos arts. 32 a 39, cogita dos recuos do alinhamento e nos arts. 775, 782 e 785 e leis extravagantes, regula as dimensões dos lotes e as condições das construções, fixando o limite máximo de aproveitamento. Por fim, no art. 40, prescreve que na zona residencial só serão permitidas habitações particulares daquela classe, salvo exceções constantes dos seus parágrafos. Pela lei municipal nº 3.571, art. 2º, se dispõe que será lícito ao Prefeito especificar, total ou parcialmente, as vias públicas de caráter estritamente residencial, mantidos os recuos estatuídos por lei. Com base nessa prerrogativa, baixou, entre muitos outros atos de igual natureza, o decreto nº 2.575/54, pelo qual considerou, em tôda a sua extensão, de caráter estritamente residencial a Avenida da Aclimação, sujeitas as construções ao recuo do art. 39 do Código de Obras.

Pretendendo construir nessa Avenida um pôsto de serviço para automóveis, os proprietários do imóvel em dito local viram indeferido pedido de aprovação de planta, assentado o ato administrativo nas leis e decreto municipal supracitados. Impetraram, então, mandado de segurança perante o Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal, sob as seguintes alegações: a) que dito despa-

cho é ilegal, por fundar-se, como dizem, em estabelecimento de "zoning" como decorrência da autorização legal do art. 2º da lei nº 3.571/1937, que contrariaria o art. 16, § 1º, nºs VIII e IX e art. 42 da Lei Orgânica dos Municípios; b) que só a Câmara poderá estabelecer "zoning", portanto, compreender hoje determinadas ruas ou bairros, no zoneamento, sem autorização expressa do Legislativo, é usurpar a função privativa daquela, de legislar a respeito. Acolheu o MM. Juiz a sua pretensão e concedeu a ordem pleiteada. Dessa decisão recorreu a Fazenda Municipal e a Colenda Segunda Câmara dêste tribunal reconheceu, por sua vez, a inconstitucionalidade argüida, com base na letra "b", pois entendeu que a pretendida revogação do poder do Prefeito para indicar ruas públicas de caráter residencial se achava ainda em vigor face à nova Lei Orgânica, lei estadual nº 1, de 18 de setembro de 1947. Tal inconstitucionalidade, pondera, existe por estabelecer restrições ao direito de construir, que só devem ser prescritas por ato do Poder Legislativo. Conseqüentemente, ocorreu delegação de poderes infringentes do art. 36, § 2º, da Constituição Federal de 1946, ao entregar a Câmara ao Prefeito essa faculdade. Submeteu, por isso, êsse problema à apreciação do Tribunal Pleno, "ex vi" do art. 200, da Constituição Federal. "Data venia" de tais pronunciamentos, pretende a maioria do Egrégio Tribunal de Justiça que o despacho em questão, alicerçado no decreto nº 2.575/54 e nas leis nºs 3.427/29 e 3.571/37, absolutamente não violou direito líquido e certo do impetrante, visto que êsses textos não consubstanciam preceitos inconstitucionais, pois pela lei nº 3.571/37, não ocorreu delegação de poderes legislativos da Câmara ao Prefeito e pelo decreto nº 2.575/54 êste exerceu ato próprio, administrativo. As limitações do direito de construir, no caso em exame, estão expressas na lei nº 3.427/29. A lei nº 3.571/37 apenas atribui ao Prefeito o encargo de verificar essas condições e pelo decreto nº 2.575/54 as tornou aplicáveis a certa via pública, ante a sua verificação. Demais, a lei municipal nº 4.805/55 também regulou a localização de construções nas zonas da cidade e proibiu — em atenção ao ruído, e aos incômodos, bem como aos danos e aos perigos dos moradores no local — licenciamento para instalação, entre outras atividades industriais, de postos de serviço de inflamáveis ou de explosivos em zonas não só estrita, como predominantemente residenciais.

Consoante se verifica da Lei Orgânica vigente, a lei estadual nº 1, de 18 de setembro de 1947, no seu título II, cogita de competência do Município sôbre a matéria:

"Art. 16 — Compete ao Município prover aos seus interêsses e ao bem-estar de sua população. § 1º Cabe-lhe privativamente ..... VIII — Regulamentar as construções de qualquer natureza, loteamento e arruamento em terrenos particulares; IX — 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".

Já no art. 22 declara ser a Câmara o órgão legislativo Municipal e no art. 47 o Prefeito o seu órgão executivo. Por outro lado esclarece a função reservada à Câmara:

"Art. 42 — Cabe à Câmara Municipal legislar, com sanção do Prefeito sôbre as matérias da competência do Município (Título II)".

Afora essa atribuição de natureza legislativa, ainda lhe competem certas ações administrativas restritas, com intuitos de fiscalização da atividade do Executivo e constantes do art. 44, com o seu § 2º, que assim se anuncia:

"§ 2º — sòmente pelo voto no mínimo, de dois-terços dos vereadores presentes, consideraram-se aprovadas as proposições sôbre: I — autorização para empréstimos; II — concessão de serviços públicos; III — venda, hipoteca ou permuta de bens imóveis".

Portanto, além da matéria legislativa, a Câmara só tem atuação administrativa nos têrmos limitados pela Lei Orgânica, uma vez por essência compete ao Executivo. Explica-se essa precisa delimitação de funções, pois os Municípios, na organização constitucional pátria, se tornaram entidades políticas, da República Federativa, ante, prin-

cipalmente, o art. 7º, nº VII, "a", bem como os arts. 28 e 29, da nossa Magna Carta.

Pois bem, legislar é estabelecer regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas, que se caracterizam pela sua indeterminação. Portanto, haverá delegação de atribuição do Legislativo ao Executivo, vedada pelo art. 36, § 2º da Constituição Brasileira de 1946, quando o órgão encarregado de prescrever as regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas, conferir tal encargo ao Executivo, segundo a respectiva competência, isto é, federal, estadual e municipal. Assim, ocorreria delegação de poderes legislativos municipais, o outorgar a Câmara dos Vereadores ao Prefeito estabelecer as linhas mestras do poder de polícia de construções, isto é, as condições gerais relativas ao exercício do direito de propriedade, tendo em vista o bem-estar da coletividade, com referência à edificação. Mas, essas legítimas limitações do direito de construir do proprietário não são dispostos pelo Executivo, e se acham postas no Código de Obras, Lei Municipal nº 3.427/29, e outros textos legislativos complementares. No caso em causa, no art. 2º, nº 4, que define e classifica os tipos de habitação, no art. 39, que prevê recuos de construção, e, no art. 40, que dispõe sôbre zona residencial. Ficou reservado ao Executivo, em virtude da lei municipal nº 3.571/37, outrossim regra jurídica imperativa, geral e abstrata, o poder de determinar, em cada caso concreto, as ruas em que ante o desenvolvimento urbanístico do Município devem viger aquelas regras imperativas gerais e abstratas. Cumpre-lhe, através de ato concreto, dar aplicação ao preceito, cheio nas suas determinações, mas em branco no seu âmbito. Sequer êsse ato do Executivo tem aspecto regulamentar, pois os próprios regulamentos são regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas, e se distinguem das leis, porque estas inovam na ordem jurídica e êles, apenas, as pormenorizam, para efeito de execução, mediante outras normas, em desenvolvimento, virtualmente contidas nos textos legislativos. No caso em foco, a função do Executivo é estritamente administrativa, de explicitar o sistema jurídico. Não as edita, contudo faz a determinação lógica da sua tese, ante a hipótese. Tal o alcance do decreto nº 2.675/54, pelo qual se considerou, em tôda a sua extensão, estritamente residencial a Avenida Aclimação.

Realmente, ensina Finley and Sanderson — "The legislature cannot, delegate its power to make a law, but it can make a law to delegate a power to determine some fact or state of things upon which the law makes or intends do make its own action depend" (cf. "The American Executive an Executive Methods", pág. 322, ed., de 1908). No mesmo sentido, a lição de Bernard Schwartz: "le législateur rend l'opération ou l'application de la loi d'habilitation contingentes à l'existence de certains facteurs ou de certaines conditions, et délégue à l'organe administratif compétent le pouvoir detérminer l'existence ou l'absence de ces facteurs ou conditions et d'appliquer en conséquence les termes de la loi" (cf. "Le Droit Administratif Américain", pág. 64, ano de 1952). Para remate de assertiva, reproduz trecho de decisão do Supremo Tribunal: "En de tels cas, le Congrès précise l'intérprèt 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 mettent 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'étricité" (cf. "Le Droit Administratif Américain", pág. 65, ano 1952). Parece de interêsse a transcrição dêsses trechos da doutrina e jurisprudência americanas, porquanto os Estados Unidos da América do Norte adotaram a teoria de separação de poderes tal qual fêz o legislador constituinte brasileiro, segundo o sistema de freios e contrapesos, isto é, cada um com atribuições privativas e próprias, insuscetíveis de delegação, portanto. Na verdade, nesse tópico, como em muitos outros, o Direito Constitucional pátrio tem a sua causa exem-

plar no Direito Constitucional norte-americano. Tanto lá como aqui vige o mesmo princípio: "delegata potestas non potest delegari". Doutrina e jurisprudência proclamam que, na verdade, o Legislativo não pode delegar ao Executivo a prerrogativa de fazer lei, mas admitem elabore lei entregando a êle a atribuição de determinar situações ou estados de fato, necessários para eficácia da lei, dentro das diretrizes por ela gizadas. Enche os claros de execução do arcabouço legislativo.

Tal comportamento do Prefeito ao baixar o decreto nº 2.575/54, para efeito de classificar a Avenida Aclimação via estritamente residencial, com os recuos de lei, que não só tem o alcance de tornar a êle aplicáveis os arts. 39 e 40 do Código de Obras, para efeito de construção, como ainda, expressamente, sujeitá-la ao regime da lei n. 4.085/55 relativo ao silêncio nas vias públicas, tornando "ex vi" do seu art. 14, combinado com o art. 11, impossível o licenciamento de postos de serviço de inflamáveis ou de explosivos, portanto, de postos de gasolina. Assim, se leva a efeito o zoneamento. Ao Legislativo cabe impor as normas gerais do poder de polícia e ao Executivo compete a sua atuação em concreto. Tal a orientação do Direito Administrativo dominante no País com referência ao poder de polícia estatal na consecução do seu domínio eminente sôbre as coisas e da sua fôrça de império sôbre as pessoas, limitando a propriedade e condicionando a liberdade em função do bem comum. Destarte, prevê o Legislativo os casos de desapropriação, porém a declaração de utilidade pública dos bens para consecução dos planos de melhoramento público é, em princípio, de alçada do Executivo. Prevê, ainda, o Legislativo o tabelamento de gêneros, mas o Executivo baixa as tabelas. Prevê, além disso, o Legislativo o estacionamento especial de veículos em via pública, contudo o Executivo fixa os seus pontos. Prevê, ademais, o Legislativo a cobrança de tributos, entretanto o lançamento se realiza pelo Executivo. Só o Executivo está habilitado para tais cometimentos, nos têrmos legais. Só êle tem elementos para discriminar, segundo o interêsse público, as situações ou estados de fato para perfeita incidência do preceito legal. Inadmissível seria entregar ao legislador lançar tributos, fixar pontos de estacionamento de veículos, tabelar gêneros, declarar imóveis de utilidade pública, determinar as ruas residenciais. A êle cabe o critério legal, mas a verificação da pertinência na hipótese é do Executivo. De concluir-se, portanto, da juridicidade do ato da Administração municipal, em cumprimento ao decreto n. 2.575/54, perfeitamente legítimo, por baseado na lei n. 3.571/37, que, por sua vez, se manteve dentro dos limites constitucionais.

Aliás, essa é a jurisprudência do Pretório Excelso, como se verifica dos seguintes acórdãos: "Comissão de Preços — Delegações legislativas — Preenchimento pelo Executivo da norma penal em branco — Crime contra a economia popular.

Constitucionalidade do decreto-lei n. 9.125, de 4 de abril de 1946 — Inteligência do art. 36, § 2º, da Constituição Federal — "Rev. dos Tribunais", vol. 246/577".

"Desapropriação por utilidade pública; competência para sua decretação; Constitucionalidade do art. 6º, do decreto-lei n. 3.365, de 1941 — "Arq. Judiciário", vol. 105/240".

"Perfeitamente legal é o ato do Diretor do Serviço de Trânsito, ao limitar, no exercício do poder de polícia, para atender ao interêsse público, estacionamento de veículos em determinados locais — "Arq. Judiciário", vol. 109/19".

Daí a distinção entre ação legislativa e executiva na palavra de Seabra Fagundes: "A lei, como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um trabalho de individualização, através do qual ela se torna pràticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade do seu enunciado. Êsses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são normal e primàriamente, objeto da função administrativa. Atendendo à natureza e à repercussão de tais atos na ordem jurídica, pode-se definir essa função como aquela pela qual o Estado determina situa-

ções jurídicas individuais, concorre para a sua formação, e pratica atos materiais" (cf. "O contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", pág. 20, n. 5, 3ª ed., ano 1957).

Repita-se, constituem matéria legislativa as regras imperativas gerais e abstratas que diferenciam as construções de habitação das de comércio e indústria, e, ainda, distinguem as habitações e as casas comerciais e industriais, em diversos tipos, e, afinal, prescrevem restrições ao direito de construir, conforme a zona residencial comercial ou industrial e de forma mais ou menos rígida, segundo critérios exclusivos ou de predominância. Demais, constituem matéria legislativa as regras imperativas gerais e abstratas que determinam recuos, estabelecem alturas de prédios, normas sôbre fachadas e gradis. Enfim, as que estabelecem as regras imperativas gerais e abstratas de zoneamento. Já a especificação de uma via pública, no seu todo ou em parte, se estrita ou prevalentemente residencial é obra administrativa, atividade concreta e específica, de caráter casuístico, em função do desenvolvimento local, das exigências dos bairros, das manifestações dos próprios logradouros públicos, em consonância com a fisionomia que assume no seu evolver, suscetível de se modificar por exigências urbanísticas do Município e interêsse dos munícipes, só possível de ser bem sentidos pelo Executivo no seu quotidiano contacto com a vida da cidade, atuando em matéria da sua alçada administrativa, particularizando a lei.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 15 de outubro de 1958 — *J. M. Gonzaga,* presidente — *O. A. Bandeira de Mello,* relator designado — *Pedro Chaves — Amorim Lima — A. de Oliveira Lima — Justino Pinheiro,* vencido — *Vasconcellos Leme — David Filho — Joaquim de Sylos Cintra — Prado Fraga — Juárez Bezerra,* vencido — *Samuel Francisco Mourão — Alcides Faro — Luiz Morato,* vencido — *Cantidiano de Almeida — Pinheiro Machado,* vencido — *Thomaz Carvalhal,* vencido — *Carvalho Pinto — Moura Bittencourt — Martins Ferreira — Euler Bueno,* vencido — *R. F. Ferraz Sampaio — J. B. de Arruda Sampaio,* vencido — *Djalma Pinheiro Franco* — Foi voto vencedor o do Desembargador D'Elboux Guimarães — *J. Cavalcanti Silva — S. Queiroz — J. C. Ferreira de Oliveira — Dimas de Almeida — Paulo Barbosa,* vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: 1 — Respigando disposições do Código de Obras, que definiram em geral, "habitação", e que distinguiriam habitação "particular" da "múltipla", cogitando, também, dos "recuos", das "dimensões dos lotes" e das "condições das construções", "fixando o limite máximo de aproveitamento", o brilhante acórdão, que ora subscrevo vencido, tende a dar a impressão de que aquêle diploma legislativo teria caracterizado suficientemente "zona residencial", de sorte a poder o próprio Executivo, sem necessidade de nova intervenção do Legislativo, declarar "residenciais" quaisquer vias públicas da Capital Paulista. Dispensável, assim, se teria tornado qualquer delegação de poderes do Legislativo, declarar "residências" disporia êste de uma conceituação legal, que se limitaria a aplicar aos casos concretos.

2 — A explicação, bem imaginada, não convence.

É que em tópico algum da legislação municipal vêm realmente indicadas as características que devem reunir uma via pública para merecer a qualificação de "residencial".

O art. 40 do Código de Obras, onde se pretende, viria feita tal indicação, nada, em verdade, define ou esclarece, pois que se limita a declarar residencial determinada zona da cidade. Basta transcrevê-lo para se ver que assim é. Segue-se êle, com efeito, ao art. 39, assim concebido: "Dentro da zona limitada pelas ruas Estados Unidos, Avenida Brigadeiro Luiz Antônio, Groenlândia, Dona Hipólita, até Estados Unidos, bem como em tôdas as ruas do Jardim Europa, nenhuma edificação poderá ser feita sem o recuo mínimo de seis metros do alinhamento das ruas". E diz: "Nessa zona (trata-se, evidentemente, da zona delimitada no artigo anterior) só serão permitidas habitações particulares residenciais".

3 — Houvesse, aliás, o art. 40 do citado Código — que é ato legislativo baixado pelo Prefeito no cumulativo exercício de funções legislativas (ato

663, de 10 de agôsto de 1934, que consolidou a lei n. 3.427, de 19 de novembro de 1929 e mais dispositivos posteriores, referentes a construções, arruamentos, etc.) — definido suficientemente "zona residencial" de sorte a ensejar ao Executivo ir decretando, por atos próprios, a residencialidade de outras quaisquer vias públicas, e não teriam explicação os arts. 1º e 2º da própria lei n. 3.571/37, objeto de discussão neste mandado de segurança.

Que fêz, com efeito, o art. 1º dessa lei? — Decretou a residencialidade de outras vias públicas da cidade, coisa que o próprio Prefeito teria podido fazer se tivesse o art. 40 do Código de Obras o alcance que aqui se lhe pretende emprestar. Transcrevêmo-lo: "As exigências do corpo do art. 40 do ato 663 são aplicáveis às Avenidas Paulista, Higienópolis, Angélica, Pedro I, Pompéia e Rua Maranhão, mantidos os recuos estatuídos em lei".

E que fêz o art. 2º, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pela decisão concessiva da segurança e pelo acórdão da Egrégia Segunda Câmara, que tive a honra de relatar (fls.)?

Para evitar continuassem a depender de lei da Câmara novas decretações de residencialidade, ou novas sujeições a zoneamento, disse êle: "As referidas exigências serão aplicáveis às vias públicas que, total ou parcialmente, fôrem consideradas, por ato do Prefeito, de caráter estritamente residencial".

Aquilo, portanto, que, até então, e regularmente, sempre se fizera por lei da Câmara — principalmente por importar restrições à propriedade particular — passou a ser feito por simples ato (executivo) do Prefeito, não se tendo mais notícia — é importante que se note — de lei alguma emanada do órgão competente, com o questionado objetivo. Substitui-se o Prefeito, total e permanentemente, à Câmara no exercício de atribuição que sempre pertencera a esta da qual esta jamais declinara.

Negar-se, pois, tenha havido, pelo questionado art. 2º da lei municipal n. 3.571/37, delegação de poderes do Legislativo ao Executivo municipal, é negar-se a própria evidência. É deixar sem explicação o próprio dispositivo em causa, do qual não se saberia a que é que teria vindo.

4 — Premido, aliás, por essa evidência, o brilhante acórdão, que ora subscrevo vencido, descobre, nesse art. 2º — são expressões textuais suas, ao fim do primeiro período, a fls. — uma "prerrogativa", "com base" na qual "baixou (o Prefeito), entre muitos outros atos de igual natureza, o decreto n. 2.575/54, pelo qual considerou, em tôda a sua extensão, de caráter estritamente residencial a Avenida Aclimação, sujeitas as construções ao recuo do art. 39 do Código de Obras".

Ora, ou muito me engano, ou êsse reconhecimento, pelo eminente Desembargador Relator, de que o questionado artigo passou a constituir "prerrogativa" com fundamento na qual passou o Prefeito a baixar os seus decretos de zoneamento, importa inequívoca confissão de delegação de poderes, pois Sua Excelência não ignora, publicista ilustre que é, que num regime normal, como o era vigente aos 7 de abril de 1937, os poderes públicos não se conferem, uns aos outros, "prerrogativas", limitando-se a exercer aquelas atribuições que a organização constitucional lhes haja conferido. Surgir, aos 7 de abril de 1937, uma lei da Câmara de São Paulo, a valer ao Prefeito como "prerrogativa", ou é delegação típica, ou não sei que outro nome possa merecer.

5 — Demonstrado que houve delegação, restaria evidenciar-lhe a inconstitucionalidade, pois tem havido certa tolerância em relação às delegações de poderes, nem tôdas necessàriamente inconstitucionais.

Facilita-me, nesse passo, a tarefa o próprio acórdão de cujas conclusões ora divirjo, quando admite que, nessa matéria, vige entre nós princípio idêntico ao do Direito Constitucional norte-americano, segundo o qual "delegata potestas non potest delegari". Diz, no entanto, o eminente Desembargador Relator que "doutrina e jurisprudência proclamam que, na verdade, o Legislativo não pode delegar ao Executivo a prerrogativa de fazer a lei, mas admitem elabore lei entregando a êle a atribuição de determinar situações ou estados de fato, necessários para eficácia da lei, dentro das diretrizes por ela gi-

zadas". "Enche os claros de execução do arcabouço legislativo".

Onde, porém — é o que não diz o acórdão — a lei "arcabouço" cujos claros pudessem ser preenchidos? Onde as diretrizes gerais, por ela gizadas, dentro das quais pudesse reconhecer a Administração e existência de situações ou estados de fato, que a autorizassem a fazer o que só por lei seria factível?

É o que não diz, repito, o venerando acórdão que ora subscrevo vencido, mesmo porque como se mostrou, o "arcabouço" para êle, estaria no art. 40, cujo verdadeiro e diverso alcance já ficou, também, esclarecido.

Sustenta, aliás, o eminente Desembargador Relator que só teria havido delegação inconstitucional de poderes se a Câmara houvesse transferido ao Prefeito a sua própria atribuição de legislar, tomada esta no sentido de "prescrever as regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas", ou se lhe houvesse outorgado o poder de "estabelecer as linhas mestras do poder de polícia de construções, isto é, as condições gerais relativas ao direito de propriedade, tendo em vista o bem-estar da coletividade, com referência à edificação".

Houvesse feito a Câmara semelhante coisa e teria, na verdade, cometido ainda maior despautério, com o ter delegado ao Prefeito a mais legislativa de suas atribuições. Não foi ela, fôrça é reconhecê-lo, tão longe. Mas delegou poder legislativo, pois quando se diz que compete privativamente à Câmara sujeitar a zoneamento as vias públicas da cidade, não se está a dizer que apenas lhe caiba legislar sôbre as condições gerais que deva reunir uma via pública para que se possa reputar residencial, mas que o próprio "fieri", da sujeição a zoneamento, de direito lhe pertence, como ato legislativo que é. E a delegação havida consistiu, precisamente, em abrir mão a Câmara, pela lei n. 3.571, de 7 de abril de 1937, de uma atribuição que até então sòmente ela exercera, certa de se tratar de "prerrogativa" constitucional sua.

6 — Demonstre-se, afinal, para concuir, que a sujeição de vias públicas a "zoneamento", é, por natureza, da alçada do Legislativo e não do Executivo Municipal.

Além da própria história administrativa da cidade até abril de 1937 e do argumento tirado da natureza da matéria, que está a reclamar a estabilidade maior própria das leis e dos planos reguladores (dos quais, infelizmente, ainda hoje carecendo) — estabilidade essa não oferecida pelos meros decretos do Executivo, que hoje sujeitam a zoneamento ruas que amanhã poderão libertar de restrições — acode, eloqüente, o subsídio da melhor doutrina, tôda ela nesse sentido.

Teixeira de Freitas, ao depois de dizer, no art. 4.219, do "Esbôço", que era proibido o exercício dos direitos de domínio em todos os casos de "restrição legal por utilidade pública ou privada", aditava, no art. 4.420, que se entendiam compreendidas na proibição, como se delas se fizesse especial menção, "as restrições legais por utilidade pública estatuída em leis ou regulamentos nacionais ou provinciais e nas ordenanças das Câmaras Municipais". Referia-se, pois, a restrições criadas pelas ordenanças das Câmaras e não por atos dos intendentes, ou Prefeitos.

Guimarães Menegale, referindo-se às normas restritivas da polícia, escreve: "Entendamo-nos: das leis emanadas do Poder Legislativo. Se asseverássemos que aquelas normas poderiam originar-se dos próprios regulamentos de polícia estaríamos contraditando a tese, já assente, de que o poder de polícia é derivado. Os regulamentos elaborados pela autoridade são, já por si, pelo fato da elaboração, exercício do poder de polícia. Ora, sabemos que o regulamento não gera direito novo, não pode ser infiel à lei, de que se desprende. Por conseguinte, os regulamentos de polícia não têm a autoridade de opor aos direitos de liberdade e propriedade nenhuma restrição imprevista em lei ("Direito Administrativo, Ciência da Administração", vol. 3º, pág. 22, da 2ª ed., Borsoi, 1950).

Fleiner, por sua vez, ensina que, "em se tratando, especialmente de atos que afetem à liberdade e à propriedade do cidadão, a Administração só os poderá levar a efeito quando assim o permita uma lei ou um decreto autorizado pela lei (estatuto autônomo)". E acrescenta: "As limitações à liberdade e à propriedade do cidadão pertencem às matérias reservadas à lei" (Otto Mayer)

("Instituições de Direito Administrativo", trad. esp. da 8ª ed., Labor, pág. 108).

Para Renato Alesse, "le limitazioni della privata proprietà, naturalmente come sappiamo, non possano derivare che dalla legge (legge formale o, quando meno, in caso di delega di potestà legislativa sostanziale, regolamenti)" ("Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo Italiano", Milano, 1953, n. 271, pág. 473).

As referências que fazem, aquêle e êste, a decreto autorizado pela lei ou a "regulamento autônomo", explicam-se em países onde a delegação de poderes é corrente e aludem a verdadeiros "regulamentos" expedidos para integrar o pensamento das leis e permitir-lhes a execução, e não a meros decretos pelos quais o Executivo se substitui ao Legislativo, fazendo o que a êste compete. Aliás, o próprio acórdão, que ora ouso contraditar, não vê no decreto em questão um regulamento daquela natureza, pois afirma que não foi delegada ao Executivo a atribuição de traçar normas gerais.

Tratando, afinal, do "regime legal" dos planos reguladores das cidades, Alcides Greca, o municipalista exímio, escreve: "Ningun plan regulador puede ilegar a convertirse en una realidad sino se lo sanciona la correspondente Ley que lo haga obligatório para las diversas autoridades que en el futuro se sucederán en el gobierno de la comuna. En una palabra, el plan regulador debe quedar incorporado ao régimen legal del municipio".

E adiante, fundamentando o asserto: "Un plan regulador importa, además, el establecimiento de servidumbres publicas, restricciones al dominio y expropriaciones que solo por ley pueden hacerse efectivas" ("Derecho y Ciencia de la Admnistracion Municipal", 2ª ed., Santa Fé, 1943, tomo 1º, pág. 197).

7 — Por todos êsses motivos, mantendo o voto proferido na Egrégia Segunda Câmara e o acórdão de fls. que então relatei, reconheço inconstitucional o art. 2º da lei municipal n. 3.571/37 e o decreto que nêle se fundou, e que veio privar a impetrante do direito de construir, em terreno de propriedade sua, pôsto para serviço de automóveis. Note-se que outros existem na mesma via pública, sinal inconteste de não haver proibição legal — *O. Costa Manso*, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Ementas: O "zoneamento", como indica o próprio vocábulo, pressupõe a delimitação de zonas, áreas, regiões, sujeitas a planos estáveis e prèviamente elaborados.

Compete essa planificação ao órgão legislativo municipal, como reconhece o próprio venerando acórdão.

Pelo art. 2º da lei n. 3.571, entretanto, a Câmara demitiu de si competência que lhe cabia, delegando-a ao Prefeito.

O art. 2º da lei n. 3.571 tornou letra morta o zoneamento e outorgou à Prefeitura poderes juridicamente insustentáveis e socialmente insuportáveis.

O poder de polícia, na âmbito municipal, efetiva-se em larga escala através da Câmara.

Aspecto peculiar da legislação municipal, a que não atendeu o venerando acórdão.

Os vereadores compartem, em certo grau, do govêrno municipal, através de atividade tìpicamente regulamentar e administrativa.

O Senado da Câmara de Piratininga e a atual Lei Orgânica dos Municípios.

A competência específica da Câmara em matéria de zoneamento.

Inaplicabilidade do exemplo norte-americano.

É uma verdade à La Palisse que o "zoneamento" impõe a delimitação de zonas...

Ainda nas legislações incipientes, como a nossa, o "zoning" exige algo de prèviamente estatuído, áreas destinadas a ter fisionomias próprias, regiões adequadas e certo teor de vida, imunes a determinada categoria de habitações, ou a tal ou qual tipo de atividade.

É óbvio.

Clarissimamente, também, a planificação assume um caráter orgânico, obriga como preceito genérico, e em conseqüência, aspira a um grau de relativa estabilidade.

Por isso, o "zoning" se retraça em côres vivas e se fixa na tela durável da lei, como um grande quadro pictórico. Não se improvisa à inspiração de simples requerimentos e despachos avulsos, nem se debuxa em linhas ocasionais e aleatórias de objetivos impre-

vistos, nas praias movediças da administração quotidiana...

Que ao Legislativo pertence elaborar o plano geral não o nega o venerando acórdão. Antes o afirma, de modo expresso. Lá está, com efeito: "Ao Legislativo cabe impor as normas gerais do poder de polícia e ao Executivo compete a sua atuação em concreto"...

Entretanto, que faz o art. 2º da lei n. 3.571?

Esbarronda com tôdas as delimitações anteriores, inclusive o "zoning" constante do art. 1º da própria lei...

De repente, o Legislativo demite tudo de si, delega seus poderes e atribuições. E o Executivo se desborda como rio de várzea sem contrôle...

O que, antes, era aplicado às áreas residenciais, assim legalmente definidas e geogràficamente especificadas, passa a ser estendido, ao arbítrio exclusivo do Prefeito, a qualquer zona, todo bairro, cada rua ou mero trecho de rua!

Já não se circunscreve, mais, como no Código de Obras, "dentro da zona limitada pela Rua Estados Unidos, Avenida Brigadeiro Luiz Antônio, Groenlândia, Dona Hipólita, até Estados Unidos, bem como em tôdas as ruas do Jardim Europa" — a área em que "nenhuma edificação poderá ser feita sem o recuo mínimo de 6 metros" e em que "só serão permitidas habitações particulares-residenciais" (arts. 39 e 40 do Código).

Nem se declara que essas exigências também — "são aplicáveis às Avenidas Paulista, Higienópolis, Angélica, Pedro I, Pompéia e Rua Maranhão", como faz a própria lei n. 3.571, no art. 1º.

Não. Já agora no art. 2º, abarca-se a cidade por inteiro, e tudo se entrega à discrição do Prefeito, desde o Morumbi até Vila Maria...

"As referidas exigências — diz o malsinado artigo — serão aplicáveis às vias públicas que, total, ou parcialmente, fôrem consideradas, por ato do Prefeito, de caráter estritamente residencial".

Eis aí. Tornou-se letra morta o zoneamento.

Nada vale. Vale tudo...

Tão extensos e indiscriminados poderes do Prefeito são — como é bem de ver — jurìdicamente insustentáveis e socialmente insuportáveis.

Insustentáveis, porque fundados em princípio subversivo que rompe e anula, através de delegação, o equilíbrio, a independência e as atribuições próprias do Legislativo, totalmente pôsto à margem.

Insuportáveis, porque deixam a propriedade particular ao desabrigo da lei e das planificações subordinadas ao bem geral, à mercê de orientações que mudam de rua para rua ou de trecho para trecho da mesma rua, segundo o critério onímodo, imprevisto e provisório de prefeitos transeuntes, revezados no grande trampolim eleitoral de São Paulo...

Invoca-se, entretanto, o poder de polícia.

Traz a Prefeitura à colação outro venerando acórdão em que se aplaude e se transcreve êste tópico de sentença:

"O zonamento é a manifestação do poder de polícia das construções, poder êste que se manifesta através de atos administrativos, cuja prática, normalmente, compete ao Executivo... Atende-se, dessa maneira, ao interêsse público, dada a impossibilidade de a lei atender, com a necessária presteza, as possíveis rápidas mudanças na situação de fato dos lugares que reclamariam a aplicação imediata do poder de polícia".

E dentro dêsse critério de "necessária presteza" no atender "possíveis rápidas mudanças", argumenta-se, inclusive com o "poder de polícia referente ao trânsito", em que não compete à lei, mas à autoridade administrativa, baixar as necessárias discriminações quanto aos locais de estacionamento proibido ou restrito!

Ora, pôsto seja São Paulo a cidade que mais cresce no mundo, há não só um imenso exagêro, mas êrro manifesto de direito, "data venia", nisso de confundir-se o modo por que atua o poder de polícia no planejar o "zoning" e no prescrever certas regras de trânsito...

Os prédios não nascem nem crescem assim, com tanta fúria, que a Administração se veja obrigada a agir com a "necessária presteza", para socorrer "possíveis rápidas mudanças"...

Mas é altamente expressiva, repito, como índice de má colocação do problema constitucional e de má conceitua-

ção do poder de polícia, essa equipolência entre as regras estáveis e genéricas do "zoning" e as providências puramente casuísticas, de mero policiamento do tráfego, variáveis segundo a experiência de resultados imediatos ou de circunstâncias de ocasião.

Equipolência tanto mais danosa quanto o art. 2º da lei n. 3.571, como já se viu, alude a qualquer rua ou trecho de rua.

De sorte que, em São Paulo, a propriedade imobiliária se sujeita a regras parecidas com as de "mão" e "contra-mão", "dias pares", "dias ímpares" — tudo ditado — "com a necessária presteza", pelo só arbítrio do Executivo, quando entenda o Prefeito de permitir certas construções em determinada rua, e apenas enquanto, está visto, não entenda, pelo contrário, de proibi-las em algum trecho da mesma rua, ao impulso de "rápidas mudanças"...

Ora, há poder de polícia e poder de de polícia.

Em largos setores, mesmo na esfera federal ou estadual, êle se exercita através de leis, e não simplesmente de atos do Executivo.

No âmbito municipal, porém, intensa é a co-participação da Câmara, através de legislação peculiar e local, nos poderes de polícia que regem a vida citadina.

Não vale, por isso, "data venia" a doutrina rígida, ampla e teórica do venerando acórdão, segundo a qual, "legislar é estabelecer regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas, que se caracterizam pela sua indeterminação".

Não é assim, no que toca à legislação municipal, típica e necessàriamente localista, regulamentarista, e, freqüentíssimas vêzes, objetivamente minuciosa a respeito de coisas, atividades ou fatos concretos e individualizados.

As "leis" atuais, ou as posturas, como melhor se chamavam, são os meios por que a Câmara, de certo modo, co-administra a cidade.

Os vereadores, ainda hoje, como "edis", cuidam dos templos e das casas — "aedes, aedis" — como seus avós romanos. O edil — "ab aedium cura"...

Ainda se reunem em "vereação", para exame, debate e providências administrativas em prol do bem comum tal como faziam no Senado da Câmara, seus predecessores de Piratininga...

Vale a pena lembrar êsses primórdios do urbanismo, entre nós, com a chegada ao Planalto, em 1636, do primeiro engenheiro formado.

Pero Roiz Guerreiro "home do mar que entendia do rumo de agulha", recebido em regozijo pela Câmara é logo nomeado jurando sôbre os Santos Evangelhos, "pera que fizesse nesta vila o ofício de arrumador de tôdas as terras, por ser ofício necessário ao bem como dêste povo". E Taunay, que assinala o fato no tomo IV, de sua monumental "História Seiscentista da Vila de São Paulo", registra, a seguir, várias providências expressivas, pois a edilidade mostrava-se zelosa em trazer a vila "bem arrumada"...

Assim, entre outras importantes, destaca-se a resolução de 30 de agôsto de 1642 — a primeira no gênero — em que a Câmara delibera fôssem avaliados os chãos de Francisco João e se lhe indenizasse, "pera asi ficar a vila mais enobrecida e a praça della e que ficasse por assento que qualquer daquelas casas da mesma carreira que cahisse e se derrubase se não levantasse mais"... (cf. Afonso de E. Taunay, "História Seiscentista da Vila de São Paulo", tomo IV, Cap. XLIII: urbanismo rudimentar as aguadas da vila — arruamento primitivo — limpeza pública — abusos de particulares — estradas e pontes — a Ponte Grande — págs. 341 e segs.).

Saltem-se os séculos e tome-se, agora, da vigente Lei Orgânica dos Municípios.

Lá está, no art. 32:

"Cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sôbre as matérias de competência do município — Título II".

E no Título II, entre outras muitas atribuições, incluem-se no âmbito legislativo da Câmara estas:

"VIII — regulamentar as construções de qualquer natureza, loteamentos e arruamentos em terrenos particulares;

IX — 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;

XI — prover sôbre a defesa estética das cidades, regulamentando os estilos e o equilíbrio das massas das edificações; sôbre a localização dos monumentos e edifícios públicos, dos templos, dos hospitais, dos teatros e locais de reunião pública"...

Eis aí a Câmara legislando não apenas através de "regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas, que se caracterizam pela sua indeterminação" — como quer o venerando acórdão — mas através de preceitos regulamentares, que tanto abrangem situações genéricas, como podem descer, também, aos casos concretos, objetivos e específicos, tais sejam as necessidades e as circunstâncias da hipótese.

A Câmara, na índole do Direito Municipal brasileiro, provê e prevê, zela pelas coisas locais, necessàriamente individualizadas, tantas, vêzes pela própria natureza da matéria. A Câmara não cuida "da cidade", por inteiro, tão-sòmente. Mas de bairros, de ruas, de problemas que se cingem, não raro, a um terreno ou a certo edifício.

A Câmara co-administra, de algum modo, através de legislação miúda, pormenorizada, peculiar aos problemas de vivência municipal.

Dentro dêsse espírito e dessa legislação, em que o próprio aspecto particular de uma atividade administrativa necessàriamente não a exclui da competência da Câmara, como admitir-se que um problema orgânico e de ordem geral, como o zoneamento, seja subtraído de sua esfera e entregue à discrição do Executivo nos têrmos do art. 2º da lei n. 3.571?

Como deixar a propriedade particular sujeita a graves transtornos e restrições — incertamente — aqui ou acolá, pela cidade tôda, em cada bairro, em quaisquer "vias públicas que, total ou parcialmente, fôrem consideradas, por ato do Prefeito, de caráter estritamente residencial"?

Como aceitar-se a completa delegação de poderes contida nesse dispositivo?

Invoca-se, para tanto, a doutrina e a prática dos Estados Unidos.

Mas o trato constitucional dos Municípios é ali de todo diverso do brasileiro. A principiar pela circunstância, relevantíssima, de não se inscrever, na Magna Carta, nada que por sombra se assemelhe ao texto de nossa Constituição.

Aqui, a autonomia e a vida própria do Município se asseguram expressamente através de incisivas disposições, entre as quais a da dualidade de órgãos, Legislativo e Executivo.

E desta dualidade surgem, entre outros consectários, o da autonomia de ambos, com a inevitável vedação de se delegarem as respectivas funções.

Em face de todo o exposto, dei pela inconstitucionalidade argüida na espécie.