

*MEDIDA LIMINAR — PRESERVAÇÃO DO ZONEAMENTO — AÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE*

- Lei que permite construção acima dos índices de zoneamento.*
- Cabimento de medida liminar para preservação do estado de coisas até julgamento do mérito de ação de inconstitucionalidade.*

Tribunal de Justiça de São Paulo  
Agravado Regimental em  
Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 45.352

*Agravante:* Procuradoria Geral da Justiça  
*Agravado:* Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo  
*Relator:* Desembargador JOSÉ OSÓRIO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 45.352.0/7-01, da Comarca de São Paulo, em que é agravante o Procurador Geral de Justiça, sendo agravado o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, em indeferir os requerimentos formulados pela Municipalidade de São Paulo e, por maioria, em dar provimento ao agravo regimental, de conformidade com a deliberação do Órgão Especial subscrita pelo relator designado, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Flávio Pinheiro (vencido), Borelli Machado, Paulo Shintate (vencido), Franciulli Netto, Mohamed Amaro, Denser de Sá, Dante Busana, Álvaro Lazzarini, Gentil Leite, Hermes Pinotti, Viseu Júnior, Luís de Macedo, Cuba dos Santos, Djalma Lofrano, Oetterer Guedes, Nelson Fonseca, Cunha Bueno, Nigro Conceição, Márcio Bonilha (vencido), Rebouças de Carvalho (vencido), Yussef Cahali (vencido) e Alves Braga (vencido).

São Paulo, 01 de abril de 1998.

JOSÉ OSÓRIO, Relator designado

DIRCEU DE MELLO, Presidente sem voto

## VOTO

1 — O eminente Des. Yussef Cahali, então Presidente, relatou o feito e manteve a decisão que negou o pedido de suspensão liminar, a saber:

“1. O Procurador Geral de Justiça, visando suspender os efeitos da Lei nº 11.773, de 18 de maio de 1995, do Município de São Paulo, promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em síntese, requereu a suspensão da Lei nº 11.773/95 que dispõe sobre o programa “Direito à Moradia”, cujo objetivo é a obtenção de recursos para a construção de residências

destinadas a moradores de habitações subnormais (favelas, núcleos, cortiços), alegando para tanto, a inconstitucionalidade e a ilegalidade da norma legal, diante da presença dos ‘fumus boni juris’ e do ‘periculum in mora’, por afrontar a diversos dispositivos consagrados na Constituição Estadual, atingindo os artigos 5º, parágrafo 1º e 181, ‘caput’.

A liminar foi indeferida, conforme se verifica às fls. 14/15, por entender ausentes os pressupostos necessários, ou seja, a possibilidade de lesão à comunidade.

2 — O Procurador Geral de Justiça apresenta agravo regimental, pedindo reconsideração da decisão, entendendo presentes os pressupostos legais de seu deferimento.

3 — Mantenho a decisão atacada porque entendo ausentes os requisitos legais do deferimento da suspensão pretendida.

Conforme anteriormente apontado, a ocorrência de eventual prejuízo a Municipalidade não se vislumbra. Na verdade, o requerente apesar de questionar a inconstitucionalidade da lei atacada, não demonstrou que da sua manutenção advirá grave prejuízo à Municipalidade.

A reconsideração da decisão agravada não é possível diante dos elementos que estão nos autos.

Como relator sem voto, determino a inclusão dos autos em pauta de julgamento do Colégio Órgão Especial, remetendo-se cópia deste despacho à Egrégia Turma Julgadora”.

2 — *Data venia*, dou provimento ao agravo regimental.

A Lei Municipal em questão é a Lei 11.773/95, que criou as chamadas operações interligadas, através das quais se tornou possível a construção de área maior do que a prevista na Lei de Zoneamento em troca de pagamentos feitos pelo particular-interessado, destinando-se esse dinheiro para construções populares.

O litígio subjacente não se dá — como tão freqüentemente acontece — entre correntes político-partidárias. A ação teve origem em representação de urbanistas, de professores universitários e de entidades preocupadas com vida da cidade. O Ministério Público foi sensível à representação e propôs a Ação Di-

reta de Inconstitucionalidade, com pedido de suspensão liminar da lei.

Esse pedido foi negado pelo despacho de fls. 14, confirmado às fls. 26 pelo então Presidente Yussef Cahali.

3 — Não se trata aqui obviamente de tomar posição entre as correntes urbanísticas em confronto.

Neste tipo de ação faz-se apenas o controle normativo e, em tese, da constitucionalidade. Em suma, trata-se de saber se a corrente que saiu vitoriosa seguiu ou não o caminho normativo imposto pela Constituição do Estado.

Não tenho dúvida em afirmar que a pretensão inicial apresenta sinais de bom direito.

Os artigos da Constituição Estadual em que se apóia a inicial são:

a) o art. 5º, que consagra o princípio da harmonia e independência dos Poderes, e cujo § 1º expressamente proíbe a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

b) o art. 181, no capítulo que trata de o desenvolvimento urbano, estabelecendo que é a lei (não qualquer ato do Executivo) que normatiza o zoneamento e a ocupação do solo no Município. A lei pode alterar o zoneamento e os critérios de ocupação do solo e por certo deve fazê-lo, quando necessário.

Mas a lei não pode atribuir ao Executivo poderes para alterar aquilo que está estabelecido na própria lei.

Foi o que fez a Lei ora impugnada: seus artigos 1º, 2º e 3º dizem, em resumo, o seguinte: os interessados apresentam ao Executivo proposta de modificações dos índices urbanísticos e se comprometem a pagar certa importância (esta é a operação interligada); e o Executivo, com margem e nome de discriminação, aprovará ou não o pedido.

Ressalte-se que a indigitada lei não estabelece novos critérios a serem seguidos pelo Executivo. Este é que, através de seus órgãos, vai estabelecer critérios e decidir.

Eis um anúncio da Prefeitura (fls. 90 do apenso):

*“Quer aumentar a área construída do seu imóvel? Quer aumentar a ocupação de seu terreno? Quer instalar uma atividade não prevista pelo zoneamento? O Programa Direito à Moradia resolve o seu problema”.*

É sinal irrecusável de que os critérios da Lei de Zoneamento Ficaram na alçada do Executivo.

4 — Diz o r. despacho de sustentação que não há prejuízo para a Municipalidade. Com a maior vênica, o que é preciso ver, neste momento, é o sinal de prejuízo para a ordem jurídico-constitucional e o risco de prejuízo concreto para a cidade.

No que diz respeito a este risco pela demostra, também tem razão o exmo. Procurador-Geral de Justiça.

Há centenas de pedidos em andamento, com possibilidade de criação de direitos adquiridos.

Sabe-se que a indústria da construção civil é dotada de dinamismo incomum. Obtida uma brecha na legislação geral, edifica-se com enorme rapidez. A possibilidade de formação de fatos consumados é total.

O caso presente é de gravidade maior do que os comuns, que envolvem penas riscos financeiros, tributários, de prestações de serviços etc. Aqui são edificações imensas, definitivas, perenes.

Como observou o Des. Dante Busana na sessão de julgamento, a cautela recomenda que se mantenha prestigiada a lei que é genérica (a do Zoneamento) e que se suspendam os efeitos da lei que, na esfera do Executivo, cria as exceções, aparentemente perigosas.

Melhor aguardar-se o julgamento definitivo da ação sem pôr em risco a ordem constitucional e a ordem urbanística.

Por tais motivos, dou provimento ao agravo.

JOSÉ OSÓRIO

## DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Desde logo, permita-me deixar assentado que este voto irá cingir-se à análise dos requisitos que embasam a concessão da liminar.

A questão de fundo a ser aferida em seu momento oportuno diz respeito à aventada inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.773, de 18 de maio de 1995, por ferir o art. 5º, § 1º e o art. 181, ambos da Constituição do Estado. Em apertada síntese, a tese da

inicial está centrada na violação ao princípio da delegação de atribuições entre os 3 (três) poderes, o que se encontra estatuído no primeiro dispositivo citado, e na ofensa ao princípio, segundo o qual não é dado ao Poder Executivo, mediante mero ato administrativo (um simples alvará), alterar índices urbanísticos e características de uso e ocupação do solo, uma vez que, na dicção do art. 181 da Constituição Bandeirante, matéria desse jaez, além de outras correlatas, devem ser disciplinadas por lei e apenas por lei.

Ora, a lei inquinada da eiva de inconstitucionalidade pretende autorizar sejam desrespeitados índices urbanísticos e características de uso e ocupação do solo, disciplinados pelas leis que dispõem sobre o Plano Diretor e o zoneamento do Município, mediante propostas dos interessados, aos quais pesará o pagamento de valores estipulados, a serem destinados ao Fundo Municipal de Habitação, para construção de *habitações de interesse social*. Caberá à Comissão Normativa de Legislação Urbanística — CNLU a aprovação das modificações retro referidas. Depois do valor final da contrapartida o interessado poderá requerer o alvará de aprovação do projeto respectivo, com a utilização dos novos parâmetros. Escusado lembrar que contrapartida é eufemismo da palavra preço no alvará.

Estabelecidas as linhas mestras da modificação almejada pela lei, cujo exame da constitucionalidade está *sub-iudice* e será objeto de apreciação a seu tempo, volto aos requisitos da liminar.

Ambos os requisitos da liminar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) devem passar pelo crivo do exame da presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. É curial, aliás, que não presentes esses postulados, menos não fora que rematado absurdo a concessão de liminar, em feito que iria culminar com a extinção do processo, sem julgamento do mérito. Para este Juiz, numa primeira análise, estão presentes tanto os pressupostos processuais como as condições da ação. A ação direta de inconstitucionalidade, em que figura como requerente o Procurador-Geral de Justiça e como requerido o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, além da legitimidade

de ambas as partes, contém interesse processual e pedido juridicamente possível, satisfeitos os pressupostos processuais.

O conceito de *fumus boni iuris* está assentado na plausibilidade, razoabilidade, aceitabilidade, admissibilidade, do direito material. Satisfaz-se com a possibilidade de tornar-se ineficaz o processo. Há se fazer-se um juízo de possibilidade dessa eficácia e não de probabilidade do mérito. Em outras palavras, basta que a parte tenha: a) direito a um futuro pronunciamento de mérito; b) direito à eficácia desse pronunciamento, para a hipótese de vencer a ação.

A propósito, vem a calhar a precisa lição de Humberto Theodoro Júnior, “o *fumus boni iuris*, deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência de direito material — pois qualquer exame a respeito é próprio da ação principal — mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado” (cf. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. Forense, 1978, vol. 5, p. 59).

Esse requisito, à evidência está satisfeito no bojo da petição inicial, pois há importante questão a ser sopesada acerca da delegação proibida de atribuições entre os poderes, a par de mais acurada investigação sobre a transmutação do caráter genérico e abstrato da lei em favor de ato administrativo (este a ser concretizado pelo Poder Executivo por meio de alvará) que se não compraz com a atribuição específica do Poder Legislativo, a denotar uma possível contradição *in adiecto*, pois sabidamente, a lei deve ser lei não apenas no aspecto formal mas também em seu aspecto material. Um Poder não pode atribuir a si e nem delegar a outro Poder funções precípuas que lhe são próprias e exclusivas.

Ainda no terreno do *fumus boni iuris*, o Desembargador José Osório evidenciou anúncio veiculado pela Prefeitura: “*Quer aumentar a área construída do seu imóvel? Quer aumentar a ocupação de seu terreno? Quer instalar uma atividade não prevista pelo zoneamento? O Programa Direito à Moradia resolve o seu problema*” (fl. 90 do apenso).

Bem é de ver que não haveria modificação

## DECLARAÇÃO DE VOTO

substancial se o anúncio fosse vazado em outros termos, como, por exemplo: *Pague e construa área superior à permitida pela lei do zoneamento. Pague e instale atividade não permitida pela lei do zoneamento. Pague e transgrida a lei do zoneamento.* Vale dizer: quem vai ditar normas concretas sobre a lei do zoneamento não é mais o Legislativo, mas a Prefeitura, mediante uma contrapartida, em dinheiro, é claro.

Presente também está o *periculum in mora*. Sempre com o cuidado de não antecipar o julgamento de mérito propriamente dito, não se pode descartar, sem mais esta ou aquela, a possibilidade, pelo menos a possibilidade, de vir a ser a pretensão contida na ação direta de inconstitucionalidade. Se a liminar reclamada, se essa hipótese vier a se concretizar, não só estar-se-ia defronte a uma situação de dano de difícil reparação, mas também quiçá de um dano de impossível reparação.

É verdade que o fim a que se propõe a lei atacada, construção de habitações para atender a moradores se habitação sub-normal, segundo terminologia da própria lei, chega a sensibilizar. Nada obstante, deve ceder à preservação de princípios maiores.

Em suma, para este Juiz, respeitando como sempre a doura posição contrária, é de bom conselho que até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade permaneçam as coisas como estão, isto é, sejam respeitados os índices urbanísticos e de características de uso e ocupação do solo, segundo as leis do Plano Diretor e do zoneamento vigentes até a promulgação da lei ora atacada.

Afinal de contas, o fim precípuo da liminar é exatamente o de preservar, tanto quanto humanamente possível, o atual estado das coisas até o momento da sentença definitiva. Em outras palavras, permitir que a situação de fato no momento da sentença seja tão idêntica quanto possível àquela que existia no início da ação.

Com essas singelas considerações, dou provimento ao agravo regimental, a fim de ser concedida a suspensão liminar da Lei nº 11.773/95.

Franciulli Netto

Em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da Justiça contra despacho proferido pela Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido de suspensão liminar da Lei Municipal de São Paulo, que dispõe sobre o “direito à moradia”.

A tese central do pedido repousa no princípio constitucional que veda a delegação de poderes, já que a lei acima aludida implica em delegar o Legislativo função legislativa ao Poder Executivo, autorizando-o alterar o zoneamento urbanístico.

O fundamento do despacho agravado se assenta na afirmação de que “a medida liminar, portanto, é providência acautelatória e não antecipativa do mérito”, o que exige prudência e cautela na sua concessão.

Negando a liminar, portanto, ficou indeferida a suspensão da lei.

A questão, como foi posta, não se apresenta com a clareza vislumbrada pela agravante e não permite seja, em *sumária cognitio* discutida a tormentosa questão da delegação de poderes. Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1946, a mais precisa e coerente das últimas das nossas Constituições, não superada pelas outras que se seguiram (1967, 1969, 1988), dedicou onze páginas ao tema. A questão foi tratada no artigo 36 da Constituição e revela sua complexidade e as hipóteses e nuances que o tema apresenta. Mostra o autor citado que o “princípio prático que corresponde à vedação das delegações legislativas pode ser enunciado do seguinte modo: “há delegação legislativa sempre que a função outorgada ao Poder Executivo permite que, sem ônus de afirmar e provar se terem dado as circunstâncias que permitam variações de resolução, dentro da mesma classe dos atos administrativos” (Tomo II, pág. 364).

A complexidade do tema, que se não exaure da leitura singela do texto constitucional, levou Pontes de Miranda a estabelecer complexas fórmulas por distinguir entre “lei feita pelo legislador e lei feita por delegação que supõe “ali, que o Poder Legislativo não deixe

a outro poder ou fazer a lei e aqui que lho deixe” (op. cit. pág. 366).

A equação armada por Pontes de Miranda revela um complexo mecanismo para se estabelecer quando a lei é inconstitucional em decorrência da delegação de poder e em que medida a delegação não se caracteriza. Mas a fórmula implica em exame que envolve o mérito e o alcance da lei acoimada de delegada, incidindo na vedação constitucional.

Há, portanto, no caso, necessidade de percutir o mérito do texto para se afirmar sua inconstitucionalidade por delegação não permitida.

Não vejo como, sem examinar as circunstâncias objetivas do ato impugnado, acoimá-lo de inconstitucional, suspendendo desde logo os efeitos da lei. Enquanto não declarada sua inconstitucionalidade deve o texto preva-

lecer e não ser tocado pelo Judiciário se, *prima facie*, ao primeiro súbito de vista, não emerge a sua inconstitucionalidade.

O ato impugnado neste agravo não ingressou no exame do mérito, limitando-se a não suspender os efeitos da Lei Municipal, já que nas circunstâncias, implicaria em transformar, em simples providências acauteladora em medida antecipada do mérito do tema em debate na ação direta de inconstitucionalidade.

Reservando-me, portanto, para discutir o mérito em ocasião oportuna, meu voto está a negar provimento ao recurso. Assim elidindo não se estará cancelando previamente a chamada operação interligada e tampouco repelindo a argüição de inconstitucionalidade.

ALVES BRAGA