



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000638727

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 0200715-10.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. XAVIER DE AQUINO, PAULO DIMAS MASCARETTI E ANTONIO CARLOS VILLEN.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EROS PICELI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, VANDERCI ÁLVARES, TRISTÃO RIBEIRO, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM E BORELLI THOMAZ rejeitando a preliminar e julgando a ação procedente; E JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), ELLIOT AKEL, XAVIER DE AQUINO (com declaração), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BÁRTOLI, LUIZ AMBRA, PAULO DIMAS MASCARETTI (com declaração), ARANTES THEODORO e ANTONIO CARLOS VILLEN (com declaração) rejeitando a preliminar e julgando a ação improcedente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ROBERTO MAC CRACKEN

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0200715-10.2013.8.26.0000

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉUS: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E PRESIDENTE DA
CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº

PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido por conta de alegado efeito vinculante do julgamento de improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0002940-84.2013.8.16.0000, pois o referido processo objetivo teve como objeto a Lei nº 15.499, de 7 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, enquanto a presente demanda tem como objeto a Lei nº 15.855, de 16 de setembro de 2013, do Município de São Paulo. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS VINCULANTES – Tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da qual requer, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.855, de 16 de setembro de 2013, de iniciativa do Poder Legislativo Municipal, que “dispõe sobre a obtenção de Auto de Licença de Funcionamento, bem como altera a Lei nº 15.499, de 7 de dezembro de 2011, que instituiu o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado” – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - A norma impugnada, por tratar da obtenção de Auto de Licença de Funcionamento, é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, e não do Poder Legislativo local, visto que cuida do uso e da ocupação do solo urbano. Violação ao art. 47, incisos II e XIV, da CESP. Além disso, lei impugnada também afronta o disposto nos arts. 180, inciso V, e 180 da Constituição Bandeirante, porque oferece exceção às normas de uso e ocupação do solo urbano, desvinculando-se do planejamento urbano integral. Precedentes TJSP, TJMG e TJPR – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – Além disso, a Lei nº 15.855/2013, ao dispensar a exigência de “Habite-se”, do Auto de Vistoria, do Alvará de

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Conservação, do Auto de Conclusão, do Certificado de Conclusão, do Auto de Regularização ou documento equivalente, expedidos pela Nobre Prefeitura, para a obtenção do Auto de Licença de Funcionamento para os imóveis com área total edificada de até 1.500m², representou violação ao princípio da razoabilidade (art. 111 da CESP) por isentar construções de porte considerável de sua integral fiscalização.

AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da qual requer, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.855, de 16 de setembro de 2013. Para tanto, sustenta, em síntese: **A)** que a lei apontada é incompatível com os arts. 5º, 24, § 2º, 2, 180, inciso V e 181, todos da Constituição Bandeirante; **B)** “a iniciativa parlamentar significa invasão da esfera de assunto da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo” (fls. 08); **C)** “a lei local ofereceu exceção às normas de uso e ocupação do solo urbano, desvinculada do planejamento urbano integral, o que vulnera a diretriz normativa de sua compatibilidade com o plano diretor, e sua integralidade, e as normas urbanísticas de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, o que é bastante para pronúncia de sua inconstitucionalidade. Portanto, restaram igualmente violados os arts. 180, V e 181, da Constituição Estadual.” (fls. 12).

Às fls. 15/16, o Nobre e Culto Desembargador Grava Brazil concedeu a liminar pleiteada.

A Nobre Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou de promover a defesa da lei, sob a alegação de que a norma

trata de matéria exclusivamente local (fls. 348/349).

O Ilustre Prefeito do Município de São Paulo apresentou informações às fls. 273/297, onde informou defendeu, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, a improcedência do pedido.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 47/50) pugnou pelo provimento da presente demanda.

A Ilustre Presidência da Câmara Municipal de São Paulo-SP manifestou-se às fls. 351/373 pela improcedência da demanda.

Por fim, a Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 426/435) manifestou-se pela procedência da presente demanda.

Do essencial, é o relatório.

No caso, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da qual requer, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.855, de 16 de setembro de 2013, do Município de São Paulo, de iniciativa do Poder Legislativo Municipal, que **“dispõe sobre a obtenção de Auto de Licença de Funcionamento, bem como altera a Lei nº 15.499, de 7 de dezembro de 2011, que instituiu o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado”**:

“Art. 1º Fica dispensada a exigência de “Habite-

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

se”, Auto de Vistoria, Alvará de Conservação, Auto de Conclusão, Certificado de Conclusão, Auto de Regularização ou documento equivalente, expedidos pela Prefeitura, para a obtenção do Auto de Licença de Funcionamento de que trata a Lei nº 10.205, de 4 de dezembro de 1986, para os imóveis com área total edificada de até 1.500m² (mil e quinhentos metros quadrados).

§ 1º O Auto de Licença de Funcionamento referido no “caput” deste artigo será expedido para as atividades permitidas pela legislação de uso e ocupação do solo, desde que:

I - o responsável técnico legalmente habilitado e o responsável pela atividade atestem conjuntamente que cumprirão a legislação municipal, estadual e federal vigente sobre as condições de higiene, acessibilidade, segurança de uso, estabilidade e habitabilidade da edificação;

II - seja apresentado o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros – AVCB, quando for o caso.

§ 2º Não será expedido o Auto de Licença de Funcionamento de que trata o “caput” deste artigo para imóveis:

I - situados em área “non aedificandi” ou de preservação ambiental permanente;

II - que tenha invadido logradouro ou terreno público, ressalvadas as áreas públicas objeto de concessão, permissão, autorização de uso e locação social;

III - que seja objeto de ação judicial promovida pela Municipalidade de São Paulo, objetivando a sua demolição.

Art. 2º O inciso II do “caput” do art. 2º da Lei nº 15.499, de 7 de dezembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º

.....
II - a edificação a ser utilizada para o exercício da atividade tenha área construída total de mais de 1.500m² (mil e quinhentos metros quadrados) e até 5.000m² (cinco mil metros quadrados);

.....” (NR)

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º O Executivo regulamentará esta lei, no que couber, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data de sua publicação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Art. 5º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.”

De plano, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido por conta de alegado efeito vinculante do julgamento de improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0002940-84.2013.8.16.0000, pois o referido processo objetivo teve como objeto a Lei nº 15.499, de 7 de dezembro de 2011, do Município de São Paulo, enquanto a presente demanda tem como objeto a Lei nº 15.855, de 16 de setembro de 2013, do Município de São Paulo.

Como bem esclareceu o Ilustre Representante do Ministério Público:

- “5. Não há impossibilidade jurídica do pedido.**
6. A Lei n. 15.499, de 07 de dezembro de 2011, objeto de ação direta de inconstitucionalidade anterior (ADI 0002940-84.2013.8.26.0000), trata do auto de licença de funcionamento condicionado para Instalação e funcionamento de atividades não residenciais em edificações irregulares, enquanto a Lei n. 15.855, de 1º de setembro de 2013, dispensa a exigência de determinados documentos – 'habite-se', auto de Vistoria, alvará de Conservação, auto de Conclusão, certificado de Conclusão, auto de Regularização ou documento equivalente, expedidos pela Prefeitura, para à obtenção do Auto de Licença de Funcionamento de que trata a Lei nº 10.205, de 4 de dezembro de 1986, para os imóveis com área total edificada de até 1.500m2 (mil e quinhentos metros quadrados) —para obtenção do mencionado auto de licença de funcionamento condicionado.
7. Ou seja, a lei objeto desta lide dispensa a documentação mencionada para obtenção de licença para instalação e funcionamento de atividades não residenciais em imóveis situados no território paulistano com área total edificada de até 1.500m2 (mil e quinhentos metros quadrados)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e, ainda, altera o inciso II do art. 2º da Lei n. 15.499, de 07 de dezembro de 2011, dilatando a dimensão da área construída para fins de concessão do auto de licença de funcionamento condicionada em edificação em situação irregular - que era de até 1.500m² (mil e quinhentos metros quadrados) e passou a ser de mais de 1.500m² (mil e quinhentos metros quadrados) e até 5.000m² (cinco mil metros quadrados).

8. Portanto, não há possibilidade de comunicação de uma decisão sobre outra, uma vez que assentadas as demandas em causas de pedir distintas. Ademais, o venerando acórdão proferido naquela ação direta de inconstitucionalidade não transitou em julgado, conforme documento anexo, pois, interposto recurso extraordinário.” (fls. 429/430 – destaque adicionado)

Ademais, de registro que não prospera o argumento de que deveria ser aplicada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, para que os fundamentos do julgamento de improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0002940-84.2013.8.16.0000 impedissem o exame desta, porquanto, com o devido respeito, tal entendimento já foi diversas vezes afastado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual. Precedente. 3. Agravo regimental não provido. (Rcl 3294 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011 – destaque adicionado)

(...) Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. (Rcl 9778 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011)

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. (...) (Rcl 3014, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010 – destaque adicionado)

Reclamação e transcendência dos motivos determinantes. A 1ª Turma desproveu agravo regimental interposto de decisão do Min. Marco Aurélio, que negara seguimento a reclamação, da qual relator, por considerar descaber emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização, o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Na espécie, o reclamante noticiava ter, na qualidade de prefeito, prestado contas à câmara municipal, que as aprovara. No entanto, estas foram rejeitadas, pelo tribunal de contas, com aplicação de multa. Na reclamação, alegava-se inobservância aos acórdãos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3715 MC/TO (DJU de 25.8.2006), 1779/PE (DJU de 14.9.2001) e 849/MT (DJU de 23.4.99). Arguia ter o STF proclamado, nas aludidas decisões, que, no tocante

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

aos chefes do Poder Executivo, os tribunais de contas sempre emitiriam pareceres prévios, nunca podendo apreciar as contas. O Colegiado salientou que a reclamação seria medida excepcional e pressuporia a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão por ele proferida. Consignou-se que se estaria a articular com a teoria da transcendência dos motivos. O relator assinalou que a Corte não teria admitido a adequação da reclamação pela teoria em comento. O Min. Luiz Fux observou que o reclamante faria analogia com decisão proferida em relação a estado-membro distinto daquele em questão. A Min. Cármen Lúcia lembrou que, várias vezes, os componentes do Supremo, no Plenário, chegariam à idêntica conclusão com fundamentos distintos e apenas contar-se-iam os votos da parte dispositiva. Precedente citado: Rcl 3014/SP (DJe de 21.5.2010). (Rcl 11477 AgR/CE, rel. Min. Marco Aurélio, 29.5.2012 – destaque adicionado).

Além disso, conforme o magistério do Nobre e Culto Ministro Luís Roberto Barroso, o anterior julgamento de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade não obsta a reanálise de seu objeto:

“Cabe agora indagar se é possível falar na formação de coisa julgada na hipótese de improcedência do pedido de inconstitucionalidade. O dispositivo do acórdão, nesse caso, terá normalmente teor análogo a este: 'O Tribunal, por unanimidade (ou por maioria), julgou improcedente o pedido (cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade dos arts. x e y da Lei XY/00), nos termos do voto do relator'. Relembre-se que a Lei n. 9.868/99 trata a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade como duas faces de uma mesma unidade conceitual, como se fossem ações em tudo idênticas, apenas com 'sinal trocado'. Desse modo, pela lógica da lei, julgar uma ação direta improcedente equivale a declarar que a lei é constitucional; e julgar uma ação declaratória

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

improcedente equipara-se a declarar a inconstitucionalidade da lei (desde que, naturalmente, obtido o quorum de maioria absoluta). Pois bem: julgado improcedente o pedido na ação direta, fica o Supremo Tribunal Federal impedido de reapreciar a questão? Ou podem os demais legitimados ativos do art. 103 ajuizar nova ação direta? Nos processos subjetivos forma-se res iudicata em caso de improcedência do pedido, mesmo quando o fundamento seja unicamente a ausência de prova suficiente. Essa é a regra geral, que só encontra exceção nos casos expressamente previstos em lei, como ocorre com a ação popular e a ação civil pública. E a coisa julgada, como exposto anteriormente, impede até mesmo que o próprio órgão prolator da decisão volte a apreciar a matéria. Tal doutrina, todavia, não se afigura aproveitável para a hipótese de improcedência do pedido na ação direta. Vejam-se as razões.

A declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não mais poderá ser validamente aplicada. Mas, no caso de improcedência do pedido, nada ocorre com a lei em si. As situações, portanto, são diversas e comportam tratamento diverso. Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei. Portanto, o melhor entendimento na matéria é o de que podem os legitimados do art. 103 propor ação tendo por objeto a mesma lei e pode a Corte reapreciar a matéria. O que equivale a dizer que, no caso de improcedência do pedido, a decisão proferida não se reveste da autoridade da coisa julgada material.” (Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261/262 – destaque adicionado)

No mérito, por sua vez, com o devido respeito, o pedido é procedente.

Pois bem, nos termos do art. 144¹, da Constituição do Estado de São Paulo, a autonomia legislativa municipal deve observar tanto as normas da Constituição Bandeirante quanto as da Constituição Federal.

Nessa linha, conforme estipulação da Constituição do Estado de São Paulo, a iniciativa para legislar sobre uso e ocupação do solo urbano configura ato típico do Poder Executivo (art. 47, incisos II e XIV, da CESP):

**“Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição: (...) II - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
(...) XIV - praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;”**

Por conseguinte, a norma impugnada, por tratar da obtenção de Auto de Licença de Funcionamento, é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, e não do Poder Legislativo local.

Ademais, a lei impugnada também afronta o disposto nos arts. 180, inciso V, e 180 da Constituição Bandeirante, ao prever exceção às normas de uso e ocupação do solo urbano:

“Artigo 180 - No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o

¹Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Estado e os Municípios assegurarão:

(...) V - a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida;”

“Artigo 181 - Lei municipal estabelecerá em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.

§1º - Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal.

§2º - Os Municípios observarão, quando for o caso, os parâmetros urbanísticos de interesse regional, fixados em lei estadual, prevalecendo, quando houver conflito, a norma de caráter mais restritivo, respeitadas as respectivas autonomias.

§3º - Os Municípios estabelecerão, observadas as diretrizes fixadas para as regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, critérios para regularização e urbanização, assentamentos e loteamentos irregulares.

§4º - É vedado aos Municípios, nas suas legislações edilícias, a exigência de apresentação da planta interna para edificações unifamiliares. No caso de reformas, é vedado a exigência de qualquer tipo de autorização administrativa e apresentação da planta interna para todas as edificações residenciais, desde que assistidas por profissionais habilitados.”

Nessa linha, manifestou-se o Ilustre Representante
do Ministério Público:

“(...) a lei local ofereceu exceção às normas de uso e ocupação do solo urbano, desvinculada do planejamento urbano integral, o que vulnera a diretriz normativa de sua compatibilidade com o plano diretor, e sua integralidade, e as normas urbanísticas de uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, o que é bastante para pronúncia de sua inconstitucionalidade.” (fls. 434/435)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ademais, em casos análogos, este Colendo Órgão Especial por, votação unânime, já se posicionou a respeito da inconstitucionalidade de leis de iniciativa do Poder Legislativa que disponham sobre uso e ocupação do solo urbano:

“DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL Nº 3.021/2012, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI MUNICIPAL Nº 3.037/2012 - INSTITUIÇÃO DE AUTO DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO CONDICIONADO - INICIATIVA PARLAMENTAR - VÍCIO - EXISTÊNCIA - SEPARAÇÃO DE PODERES - VIOLAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA - É inconstitucional a Lei nº 3.021/2012, alterada pela Lei nº 3.037/2012, de iniciativa parlamentar, porque traduz ingerência na competência exclusiva do Chefe do Executivo pelo Poder Legislativo, já que dispõe sobre uso ocupação do solo urbano, em afronta aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, 144, 180, V e 181, todos da Constituição do Estado de São Paulo - Ademais, a referida lei cria despesas sem indicação de fonte de receitas - AÇÃO PROCEDENTE. (...).” (ADI nº 0059129-82.2013.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 11.12.2013 – destaque adicionado)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei do Município de Guarulhos nº 7.082/2012, a qual institui o auto de licença de funcionamento condicionado, e dá outras providências - Inadmissibilidade - Tema relativo a atos de gestão - Ingerência do Legislativo em matéria de competência privativa do Executivo - Vedação - Arts. 37, X, e 169, § 1º, I e II, da CF/88 e arts. 5º, § 2º, 47, II, XIV, 25 e 144, todos da Constituição Paulista - Ação julgada procedente. Deve ser julgada procedente ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal que abriga matéria de competência privativa do Executivo, pelo vício de iniciativa e por afrontar o princípio da separação e harmonia entre os Poderes e, ainda, em razão de não se admitir, em princípio, iniciativa

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

**parlamentar a implicar aumento de despesa para a
Administração” (ADI nº
0026438-15.2013.8.26.0000, Rel. Des. Luiz
Ganzerla, j. 31.07.2013 – destaque adicionado)**

Na mesma senda, em relação à
inconstitucionalidade da ingerência do Poder Legislativo em matéria
relacionada ao uso e ocupação do solo urbano, também já se
pronunciaram os Egrégios Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do
Paraná:

**AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE - LEI QUE
INSTITUI O CÓDIGO DE OBRAS E
EDIFICAÇÕES DO MUNICÍPIO - MATÉRIA DE
NATUREZA ADMINISTRATIVA - VÍCIO DE
INICIATIVA - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA
DO EXECUTIVO - AFRONTA À SEPARAÇÃO
E HARMONIA ENTRE OS PODERES - OFENSA
AO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO
DE MINAS GERAIS - REPRESENTAÇÃO
ACOLHIDA.- É de ser declarada inconstitucional
a Lei Complementar Municipal de iniciativa do
Poder Legislativo sobre a disciplina e postura
municipal em relação ao uso do solo urbano, pois
editada com invasão da esfera de competência do
Executivo, interferindo em suas atividades
congenitas, em confronto com princípio da divisão
dos poderes, consagrado no art. 173 da
Constituição Estadual. (TJMG - Ação Direta
Inconstitucionalidade nº 1.0000.10.006737-0/000,
Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, CORTE
SUPERIOR, julgamento em 13/04/2011,
publicação da súmula em 06/05/2011 – destaque
adicionado)**

**INCIDENTE DECLARATÓRIO DE
INCONSTITUCIONALIDADE - APELAÇÃO
CÍVEL - LEI MUNICIPAL N.º 10.348/2007 QUE
DISPÕE SOBRE O USO E A OCUPAÇÃO DO
SOLO URBANO E DE EXPANSÃO URBANA -
INICIATIVA E APROVAÇÃO PELA CÂMARA**

**MUNICIPAL DE LONDRINA - COMPETÊNCIA
PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO
MUNICIPAL - VÍCIO FORMAL DE ORIGEM
RECONHECIDO - DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER
TANTUM. (TJPR - Órgão Especial - IDI - 726843-
9/01 - Londrina - Rel.: Paulo Roberto Hapner -
Unânime - - J. 05.11.2012 – destaque adicionado)**

Por fim, é de rigor ressaltar que a Lei nº 15.855/2013, ao dispensar a exigência de “Habite-se”, do Auto de Vistoria, do Alvará de Conservação, do Auto de Conclusão, do Certificado de Conclusão, do Auto de Regularização ou documento equivalente, expedidos pela Prefeitura, para a obtenção do Auto de Licença de Funcionamento para os imóveis com área total edificada de até 1.500m², representou violação ao princípio da razoabilidade (art. 111² da CESP) por isentar construções de porte considerável de sua integral fiscalização.

Com efeito, o denominado “habite-se”, por exemplo, trata, na verdade, conforme enuncia o saudoso Hely Lopes Meirelles, de um alvará de utilização³, que precisa ser obtido após a conclusão de determinada obra, pois representa condição legal e necessária para que a construção possa ser ocupada e, como do próprio nome transparece, habitada. Nessa linha, ensina o renomado administrativista:

“Cabe ao Poder Público, especialmente à

²Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (destaque adicionado)

³MEIRELES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 468.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Administração Municipal, o controle da construção, no uso regular do poder de polícia administrativa, inerente a toda entidade estatal. E assim é porque a construção, notadamente a residencial, tem fundas implicações com a segurança, a saúde, o sossego e o conforto das pessoas, e interfere no desenvolvimento da cidade afetando o bem-estar geral da população.

(...) Daí as leis de uso e ocupação do solo urbano, que já vimos antes, disciplinando a utilização das áreas urbanas e urbanizáveis, e o Código de Obras e suas normas complementarei regulando a construção em si mesma. Toda construção urbana, e especialmente a edificação, fica sujeita a esse duplo controle - urbanístico e estrutural - que exige a prévia aprovação do projeto pela Prefeitura, com a subsequente expedição do alvará de construção, e, posteriormente, do alvará de ocupação vulgarmente conhecido por 'habite-se'. Além da aprovação do projeto, o controle da construção se estende à execução da obra, mediante fiscalização permanente, que possibilitará embargo e demolição quando em desconformidade com o projeto aprovado, ou com infringência das normas legais pertinentes, como veremos no decorrer deste capítulo. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Malheiros, 1979, p. 171⁴ - destaque adicionado)

E nem se alegue, com todas as vênias, que o “habite-se” representa preocupação inoportuna, porquanto tem como principal finalidade a integridade física dos ocupantes da construção erigida. E, em abono a tal entendimento, explica o Ilustre Francisco Maia Neto, advogado e engenheiro, em artigo dedicado ao tema:

“Isso mostra que a preocupação com o Habite-se não tem a conotação meramente formal, referente à regular documentação do imóvel, mas também relaciona-se diretamente à segurança dos futuros

⁴Extraído do v. Acórdão nº 0198181-89.2010.8.26.0100, do Nobre e Culto Desembargador Relator Felipe Ferreira, Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 14/09/2011, Data de registro: 16/09/2011.

moradores, uma vez que instalações elétricas inadequadas ou instalações de combate a incêndio insuficientes podem resultar em futuros incidentes que resultarão em ameaça à integridade dos ocupantes.” (“A importância do habite-se”⁵)

Logo, com a devida vênia, o “habite-se”, concedido pela Prefeitura, é o documento oficial essencial para comprovação da higidez da construção, ou seja, cuida-se de certificado de que esta foi realizada em conformidade com o projetos aprovados previamente pelos órgãos públicos competentes, com o escopo de garantir a segurança dos futuros ocupantes, de modo que a sua dispensa não se mostra razoável, notadamente em construções de maior porte.

Dessa forma, em face do ora decidido, tendo em vista a norma objeto da presente demanda direta de inconstitucionalidade ter sido julgada inconstitucional, em consequência, torna-se **obrigatória, para obtenção do Auto de Licença de Funcionamento, a apresentação dos denominados “Habite-se”, Auto de Vistoria, Alvará de Conservação, Auto de Conclusão, Certificado de Conclusão, Auto de Regularização ou documento equivalente.**

Além do mais, com todas as vênias, **não é próprio que o Auto de Licença de Funcionamento seja obtido por simples atestado de profissional particular**, como autorizava o inciso I do § 2º do art. 1º da Lei 15.855/2013, **até porque é pacífico no Pretório Excelso que a atividade do Poder de Polícia não pode ser delegada para iniciativa privada**, a saber:

“(…) Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da

⁵<http://www.precisao.eng.br/fmnresp/habitesse.htm>. Acessado em: 10.06.2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.” (ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002 – destaque adicionado)

“(…) A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). (…).” (MS 28469 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013 – destaque adicionado)

“(…) 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). (…).” (RE 539224, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 684-690 – destaque adicionado)

Por fim, quanto à Lei Complementar Federal nº 147, de 07 de agosto de 2014, que alterou a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, é de rigor reproduzir o que foi corretamente examinado pelo Nobre Representante do Ministério Público: **“De qualquer maneira, e renovando que não cabe nesta via o debate do direito infraconstitucional para apontar constitucionalidade ou inconstitucionalidade à lei municipal impugnada, tem duvidosa compatibilidade a lei complementar federal ao imiscuir-se na regulação da polícia administrativa municipal, com a previsão de alvarás de funcionamento provisórios, como o fazem o art. 7º e parágrafo. Ademais, a lei municipal foi além ao dispensar não somente a vistoria prévia, como permite a lei complementar. Com efeito, a lei local dispensa habite-se, alvará de conservação, auto e certificado de conclusão, e auto de regularização.”** (fls. 483 – destaque adicionado)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Dessa forma, havendo violação aos arts. 144, 5º, 47, incisos II e XIV, 111, 180, inciso V, e 181, todos da Constituição do Estado de São Paulo, é de rigor a procedência da presente ação.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.855, de 16 de setembro de 2013, do Município de São Paulo, Estado de São Paulo.

Roberto Mac Cracken

Relator