

As leis municipais e o direito de construir*.

Dalmo de Abreu Dallari

Livre Docente de Teoria Geral do Estado da
Faculdade de Direito da U.S.P

SUMÁRIO: I. *Limitações Municipais ao Direito de Propriedade.* II. *Propriedade e Direito de Construir.* III. *Limitações ao Direito de Construir.* a. *O Direito Português e o Direito Brasileiro Anterior ao Código Civil.* b. *Posturas, Regulamentos Administrativos e Leis Municipais.* c. *O artigo 572 do Código Civil Brasileiro.* IV. *Normas Municipais Sobre Construções.* V. *O Sentido das Restrições ao Direito de Construir.* VI. *Conclusões.*

I. Limitações municipais ao direito de propriedade.

A garantia da propriedade de bens imóveis é uma das características fundamentais do sistema jurídico brasileiro, razão pela qual a própria Constituição da República, no artigo 153, § 22, declara expressamente: “é assegurado o direito de propriedade”. Com isto se estende a garantia a todo o território nacional, não sendo admissível qualquer norma legal que disponha em contrário.

Entretanto, o modo de exercício desse direito é o legislador ordinário quem o estabelece, tendo-se colocado a matéria na esfera de competência da União, por força do artigo 8.º, item XVII, letra “b”, da própria Constituição, segundo o qual compete à União legislar sobre direito civil.

* À memória do inolvidável mestre FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA.

Há, porém, outro aspecto, também fundamental na ordem jurídica brasileira, que deve ser considerado: é a “função social da propriedade”, referida no artigo 160, ítem III, da Constituição, como um dos princípios básicos da ordem econômica e social.

Conjugando essas duas exigências, tem-se que o direito de propriedade é assegurado, mas deve ser exercido em consonância com os interesses sociais. E, como é evidente, a consideração do que seja *interesse social* não pode ficar a cargo de cada proprietário, especialmente para que haja igualdade de critérios e efetiva proteção daquêles interesses. Por aqui é que se abre a possibilidade de atuação restritiva do Poder Público, no exercício do *poder de polícia*, que se vem ampliando à medida em que se reduz a esfera de autonomia da vontade individual.

Pela organização federal brasileira, que inovou neste particular, o Município recebe sua competência da própria Constituição da República, tendo-se consagrado a fórmula dispondo que os Municípios são competentes para legislar sobre os assuntos de seu *peculiar interesse*. Esta expressão, sempre repetida nas Constituições republicanas, tem sido objeto de amplas considerações, prevalecendo o entendimento de que cabe aos Municípios a legislação sobre os assuntos de interesse preponderantemente local, ou seja, sobre as matérias que não podem ou não devem receber um tratamento uniforme em todo o país ou em todo o Estado. Daqui a existência de um poder de polícia municipal, permitindo a interferência da municipalidade nas esferas da vida social que produzam conseqüências mais relevantes no âmbito territorial dos Municípios.

Uma das mais importantes expressões do exercício desse poder de polícia é o que se relaciona, justamente, com o uso da propriedade imobiliária. Com efeito, se é bem verdade que a má utilização dos imóveis poderá ter repercussões muito sérias na própria vida nacional, quem

sofre direta e imediatamente as conseqüências da utilização anti-social são os vizinhos e aquêles que vivem nas proximidades do imóvel.

Mais particularmente, as edificações sôbre áreas urbanas podem trazer graves e imediatos prejuízos a alguns ou a todos os munícipes, se não forem atendidas certas regras ditadas pelo interêsse social. Disto decorre que, por fôrça da própria Constituição Federal brasileira, o Município já poderá interferir no uso da propriedade de bem imóvel, participando intensamente na fixação das regras relativas ao direito de construir. Além disso, entretanto, conforme se procurará demonstrar em seguida, há uma antiquíssima tradição, que de Roma passou ao Direito português e dêste ao Código Civil brasileiro, atribuindo competência aos Municípios para legislar sôbre construções, impondo limitações ao direito de propriedade quando o interêsse social o recomende.

II. Propriedade e direito de construir.

Desde que assegurada a propriedade de áreas de terras parece implícita a faculdade de uso, especialmente o direito de construir. Mas, o que se verifica, numa incursão até às origens históricas do instituto da propriedade, é que, realmente, jamais se permitiu que alguém usasse a propriedade imobiliária de maneira absoluta, sem restrições de qualquer espécie. Segundo Fustel de Coulanges as primeiras limitações impostas ao uso das terras foram de ordem religiosa. Os Deuses Lares deveriam ficar em absoluto isolamento, sendo interdita ao estranho até mesmo a simples visão do Lar no momento da realização do culto. Por êsse motivo construíam-se vedações, observando-se uma distância mínima pré-determinada entre o Lar e essa edificação que poderia ser um muro de pedra, uma paliçada

ou uma sebe apenas, a qual, por sua vez, designava os limites de cada domínio¹.

Limitações semelhantes, embora por motivos diversos, encontram-se, praticamente, entre todos os povos da antigüidade.

Verifica-se, como conseqüência, a impossibilidade de construções contíguas, pois, embora haja pequenas divergências entre os estudiosos quanto à distância a ser observada entre os prédios, é reconhecida por todos a existência dessas limitações².

Assim, portanto, o direito de construir já surgiu inerente à propriedade imobiliária, conforme o afirma Giffard indicando-o, exemplificativamente, como expressão do “jus utendi”. A única restrição evidenciada, a observância de certo afastamento entre as construções, não poderia subsis-

1. *A Cidade Antiga*, vol. I, págs. 85 e 86.

2. Eis a observação de FUSTEL DE COULANGES “Reportêmo-nos à idade primitiva da raça ariana. A população chegou à Grécia e à Itália e construiu cidades. As moradias aproximaram-se, mas, no entanto, não estão contíguas. A vedação sagrada existe ainda, mas em menores proporções; muitas vezes, reduzida a um pequeno muro, a um fôssco, a um sulco, ou a simples faixa de terra de alguns pés de largura. Em qualquer caso, duas casas não devem tocar-se; a contigüidade ainda é coisa considerada impossível. A mesma parede não pode ficar comum a duas casas porque então o recinto sagrado dos deuses domésticos desapareceria. Em Roma, a lei fixa em dois pés e meio a largura do espaço livre que sempre deve separar duas casas, e este espaço está consagrado ao “deus da cerca” *ob. cit.*, vol. I, págs. 86 e 87. No mesmo sentido é o ensinamento de A. E. GIFFARD que, após afirmar que o direito de propriedade jamais foi verdadeiramente absoluto, uma vez que sempre sofreu limitações impostas pela lei da Cidade, ou pela organização familiar e gentilícia, acrescenta: “Ainsi, le propriétaire d’un terrain bâti, il doit anciennement laisser tout autour de la maison un “ambitus” de deux pieds pour circuler; si c’est un champ, il doit laisser un “confinium” de cinq pieds pour la circulation des équipages. L’ambitus disparut de bonne heure et sûrement à la suite de l’encendie de Rome par les Gaulois”. *Précis de Droit Romain*, vol. I, pág. 334.

tir com o mesmo rigor quando o aumento das populações das cidades exigisse melhor aproveitamento dos terrenos, como realmente ocorreu, ainda na antigüidade, com o surgimento de grandes aglomerados urbanos. Além disso, dada a origem religiosa daquela prática, era natural que desaparecesse ou se atenuasse a exigência quando diminuído o prestígio da religião em consequência, principalmente, dos movimentos migratórios, quando, para grande parte dos proprietários, aquelas práticas já não tinham a menor significação.

De resto, as técnicas de construção e as preocupações urbanísticas estavam fora das cogitações dos governantes, resultando disso que se poderia exercer na maior amplitude o direito de construir.

III. Limitações ao Direito de construir.

a) *O Direito Português e o Direito Brasileiro Anterior ao Código civil.*

Na legislação antiga de Portugal, sobretudo nas Ordenações Filipinas, encontravam-se já inúmeros dispositivos tratando do problema das construções, sendo interessante notar-se preocupação acentuada pela estética das cidades. Este cuidado não chegava às minúcias do estabelecimento de regras para fachadas ou fixação de estilos, mas era dirigido, sobretudo, a evitar a existência de casas arruinadas que enfeiassem as cidades principais, bem como a impedir que qualquer edificação viesse a sacrificar o bem estar do povo, especialmente dos vizinhos.

Numa visão ampla, as limitações impostas ao direito de construir podiam-se já classificar em dois grupos: ou eram determinados pelo direito de vizinhança ou decorriam da proteção de um interesse público. É o ensinamento de LOBÃO: “regra geral é que quando a Lei ou o Rei permite a um particular fazer alguma obra em lugar

público, sempre se subentende “salvo o prejuizo de terceiro”³. Em se tratando de prejuizo direto, causado ao proprietário de imóvel contíguo ou muito próximo, estaríamos diante das restrições que, modernamente, configuram o direito de vizinhança. Quando o prejuizo a terceiros fôsse de ordem geral ou aos passantes da rua, ou à saúde do povo ou à estética da cidade, estar-se-ia considerando a proteção de um interesse público.

Ao ser ressaltada a situação dos vizinhos, já eram perceptíveis as preocupações pela iluminação, insolação e ventilação das casas, sendo interessante notar que estas preocupações se estendiam até mesmo aos edifícios rústicos, de maneira a impedir que uma edificação viesse a prejudicar o bom resultado das atividades agrícolas⁴.

Um aspecto interessante da legislação portuguesa sobre a matéria é que as Ordenações do Reino, como leis gerais, fixavam princípios básicos e genéricos, ficando a cargo das autoridades locais impor as restrições recomendadas pelas condições peculiares de cada cidade.

Assim é que se encontram nas Ordenações Filipinas as seguintes normas: “Qualquer pessoa, que tiver casas, pode nelas fazer eirado com peitoril, janelas, frestas, e portaes, quanto lhe aprouver” (Ord. L. 1, T. 68, § 24), permitindo-se “aos que tem casas de uma e outra parte da

3. *Casas*, pág. 109.

4. Quem o observa é o mesmo LOBÃO, nas *Notas a Mello*: “Nós encontramos várias leis, se não a prohibir a occupação do ar directamente, a prohibir edificios que privem ao vizinho do ar necessário; como, 1.º, prohibindo que ninguem no seu edifique em termos que prive do ar, do sol e do vento a eira em que o vizinho tritura e seca os seus fructos, e isto em rasão da utilidade pública e benefício da agricultura; como, 2.º, estabelecendo o modo do edificio em termos que não prive ao vizinho do ar e da luz necessária, de que temos exemplos nas nossas leis pátrias (*Ord. L.1.T.68, §§ 24 e 33, sobre o que se veja o meu Tratado dos Direitos Relativos a Casas*).” *Notas a Mello*, vol. 3, pág. 29.

rua fazer balcão, ou passadiço sôbre a rua, ainda que pública, ou abobada para passar de uma a outra casa” (Ord. L. 1, T. 68, § 32).

Tais passadiços podem ser vistos ainda hoje, como reminiscência de séculos anteriores, nos bairros antigos de Lisboa, na cidade de Coimbra e em outras localidades que ainda guardam as marcas dos costumes antigos. Contudo, essa permissão legal não era recebida com geral agrado, pelas conseqüências que acarretavam, pois, além de serem prejudiciais à estética, à sua sombra ocultavam-se criminosos e depravados⁵.

Essas permições genéricas, entretanto, encontravam restrições nas próprias Ordenações, como, por exemplo, pelo disposto nas Ord. L. 1, T. 1, §§ 6, 13, 14 e 17, obrigando, entre outras coisas, a que todo aquêl que tivesse casa ruínosa, capaz de deformar a cidade ou vila e de, caindo, causar dano ao vizinho, procedesse à sua reedificação, sendo até mesmo obrigado a vendê-la a quem assumisse o encargo de fazê-lo, caso se tratasse de pessoa pobre e sem recursos para cumprir o preceito.

Por sua vez a Ord. L. 1, T. 66, § 2, tratando “Dos Vereadores”, assim dispõe: “E tanto que começaram a servir, hão de saber, e ver, e requerer todos os bens do Conselho, como são propriedades herdades, casas e foros, se são aproveitados, como devem. E os que acharem mal aproveitados, fá-los-ão aproveitar e consertar”.

Mas, conforme dissemos linhas atrás, as principais restrições e os cuidados mais específicos dimanavam das autoridades locais⁶.

5. LOBÃO, *Casas*, pág. 109.

6. Eis a regra ditada por LOBÃO: “É permittido a qualquer edificar no seu solo por uma liberdade natural, ainda que em consequencia prejudique a terceiro, porque quem usa do seu direito não causa dano. Contanto que: 1.º) não edifique com emulação ao vizinho e em prejuizo delle sem alguma utilidade própria; 2.º) que a nova casa não seja edificada contra a forma prescripta pelo regulamento político.” *Casas*, pág. 48.

Como exemplo da minuciosa regulamentação a que chegavam as disposições das cidades, é das mais interessantes a Portaria de 20 de junho de 1796, da cidade de Lisboa, que, entre outras restrições, proibia que se construíssem fornos de fazer pão sem licença do Senado. Outras Portarias, pelas quais se verifica a preocupação pela salubridade, dispunham que se desterrassem das vizinhanças, por prejudiciais à saúde, os fornos de fazer cal, os fornos dos oleiros para cozer vasos de barro, as fábricas de vidros e os fornos fabricados para cozer cinzas⁷.

No direito brasileiro seguiu-se essa tradição de se fixarem normas genéricas na legislação nacional, deixando-se ao cuidado das autoridades municipais o estabelecimento das normas específicas.

A primeira lei brasileira de organização municipal, a Lei de 1.º de outubro de 1828, fixando a competência dos Vereadores deixou-lhes a incumbência de legislar sobre todos os aspectos relativos às edificações e suas decorrências para as cidades.

Eis o que se lê no artigo 66:

“Proverão (os Vereadores) em posturas sobre os objetos seguintes:

§ 1.º — Alinhamento, limpeza, iluminação, desempachamento de ruas, caes e praças, conservação e reparo de muros; calçadas, pontes, fontes, para decoração e benefício comum.”

E no artigo 71:

“Vejam meios de manter a tranqüilidade, segurança, saúde e comodidade pública, asseio, segurança, elegância dos edificios e ruas.”

Examinando as restrições legais do domínio, LAFAYETTE faz menção expressa às limitações que dizem respeito às

7 LOBÃO, *Casas*, pág. 149.

construções e ao uso dos imóveis, observando que, entre essas restrições, se enumeram as seguintes:

“As disposições de policia administrativa e municipal que entendem:

- a) com o alinhamento, modo de construção e condições de solidez das casas nas cidades, vilas e povoados;
- b) com a demolição e reparo das que ameaçam ruina;
- c) com o estabelecimento de máquinas, oficinas e fábricas que podem prejudicar a saúde pública.”

E após referir-se à Lei de 1.º de outubro de 1828, especialmente ao seu artigo 66, o próprio LAFAYETTE acrescenta: “Esta matéria é regulada nas posturas municipais”⁸.

b) *Posturas, Regulamentos Administrativos e Leis Municipais.*

É necessário que se abra aqui um parêntesis, para esclarecer a correlação entre as *posturas municipais*, citadas por LAFAYETTE, os *regulamentos administrativos*, a que se refere o artigo 572 do *Código Civil* brasileiro, e as *leis municipais*, através das quais, na prática, os Municípios estabelecem as regras do direito de construir.

As posturas têm longa tradição no Direito Português, aparecendo em plena Idade Média, como atos emanados do próprio rei. De início, quando o Direito Romano foi perdendo autoridade entre os povos conquistados por Roma, em confronto com disposições normativas locais, houve a necessidade de se criarem outras fontes de direito para solução dos conflitos. Esclarece, então, LANGHANS, que “a faculdade conferida aos juizes e homens bons de julgarem sobre os casos não previstos por lei escrita ocasionou o aparecimento de numerosas disposições que vieram a gerar, nos quadros da administração local, um direito novo abundante. Como precipitado dêste direito surge uma regra jurídica de natureza especial — a *Postura*. Mas o

8. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Cousas*, pág. 84.

emprêgo da expressão *postura*, para designar o complexo de medidas policiais do concelho, só aparece mais tarde, depois de ser usada no sentido de lei geral emanada do rei.”⁹.

No moderno Direito Português as posturas aparecem como normas imperativas de conteúdo negativo e fins preventivos, gerais, impessoais, de execução permanente, que os corpos administrativos elaboram no exercício de sua competência regulamentar, como entes autônomos. Pertencem à categoria de atos que MARCELO CAETANO denomina *regulamentos autônomos*¹⁰.

No Direito brasileiro as posturas tiveram largo uso no período do Império, com o sentido de normas regulamentares municipais coincidindo, praticamente, com a natureza que têm ainda hoje em Portugal. E é precisamente com tal significado que o termo vem referido por LAFAYETTE. Notem-se, porém, duas particularidades de muita importância: em primeiro lugar, até o advento da República no Brasil os Municípios eram meras circunscrições administrativas, gozando de autonomia de fato mas desprovidos de poder legislativo, por não terem uma esfera própria de competência. Em segundo lugar, mesmo sem uma atribuição constitucional de competência os Municípios exerciam, por tradição, um poder de polícia em certas matérias, entre as quais se incluem os assuntos referentes a edificações.

A partir da primeira Constituição Republicana os Municípios passam a ter autonomia política, legislando sobre as matérias de seu peculiar interesse, situação que sofreria um hiato durante o período ditatorial de Getúlio Vargas. E foi durante a primeira fase da vida republicana

9. FRANZ-PAUL LANGHANS, *Posturas*, pág. 15.

10. Para conhecimento mais pormenorizado do assunto veja-se: MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, pág. 449, e o próprio FRANZ-PAUL LANGHANS, na obra citada, às páginas 383 e seguintes.

brasileira, estando assegurada a autonomia municipal, que surgiu o Código Civil brasileiro, falando nas restrições ao direito de construir imponíveis por *regulamentos administrativos*.

Já se achava então consagrado pelo costume e pela legislação ordinária o reconhecimento da competência municipal para dispôr sôbre construções, o que mais se reforçava pelo reconhecimento de que tal atividade é de peculiar interêsse de cada Município. Assim sendo, parece bem aceitável a conclusão de que os chamados regulamentos administrativos deveriam consistir, fundamentalmente, em disposições normativas Municipais. E como, por fôrça da própria Constituição, só uma lei poderia obrigar alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, fica evidente que o instrumento hábil para regular o assunto passaram a ser as leis municipais, que não se limitam a fixar certas *formas* para as construções mas podem até impedi-las.

Eis, portanto, que a legislação brasileira anterior ao Código Civil, seguindo as mesmas diretrizes adotadas pelas leis portuguesas, situava no âmbito da legislação municipal a capacidade para fixar normas específicas restritivas do direito de construir. Com a Constituição de 1891 foi confirmada a competência municipal, embora ainda ficasse impreciso, por inexperiência, o seu instrumento de atuação, o qual só poderia ser, fundamentalmente, a lei municipal, admitidos os decretos federais, estaduais e municipais em matérias correlatas.

c) *O Artigo 572 do Código Civil Brasileiro.*

Ao ser elaborado o Código Civil Brasileiro, tratou-se, expressamente, do direito de construir. Já no *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS e no *Projeto Coelho Rodrigues* haviam sido incluídas disposições sôbre a matéria. Todavia, segundo remissão do próprio CLÓVIS BEVILÁQUA, a fonte mais remota do dispositivo consagrado no Código Civil foi a

Ord. L. 1, T. 68, § 24. Será, pois, interessante, transcrevermos essa Ordenação e, logo em seguida, o artigo 572 do Código, para verificarmos a evolução experimentada desde o ponto de partida.

Eis o que dispõe a Ordenação:

“Qualquer pessoa, que tiver casas, pode nelas fazer eirado com peitorial, janelas, frestas, e portaes, quanto lhe aprouver.”

E o mencionado artigo do Código Civil Brasileiro:

“O proprietário pode levantar, em seu terreno, as construções, que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos, e os regulamentos administrativos.”

Como se verifica, a lei civil brasileira, após expressar a permissão genérica, acolheu as duas restrições já muito antes enunciadas por LOBÃO: 1.º que se não edificasse com emulação ao vizinho e em prejuízo dêle; 2.º que a nova casa não fôsse edificada contra a forma prescrita pelo regulamento político¹¹.

Seguiu-se, portanto, com as necessárias adaptações, o que já dispunha o direito português. É curioso notar que CLÓVIS BEVILÁQUA, em comentário ao artigo 572, diz textualmente: “O direito do proprietário levantar construções no seu solo compreende-se: em qualquer profundidade; e com elevação que lhe parecer”¹².

Ora, tal observação colide com os termos do artigo 572, que pré-esposara o que viesse a ser dispôsto nos regulamentos administrativos. Assim sendo, não cabia ao comentador do Código Civil dizer qual a extensão de um direito ainda passível de limitações. É bem verdade que, na seqüência a êsse comentário, o notável jurista brasileiro dá a entender que as limitações regulamentares deveriam ter em vista, exclusivamente, as próprias edificações, na

11. *Casas*, pág. 48.

12. *Código Civil Comentado*, vol. III, pág. 114.

sua estrutura e consideradas isoladamente. Com efeito, acrescenta que “as restrições por regulamentos administrativos referem-se à forma, segurança, higiene dos prédios urbanos, assim como à polícia dos estabelecimentos industriais”¹³. Escapou-lhe a observação das edificações dentro do conjunto urbano, tornando necessárias restrições que, sem dizerem respeito ao direito dos vizinhos, vão além das considerações em torno do edifício em si mesmo.

Todavia, não obstante o comentário de CLÓVIS, o fato é que o Código Civil Brasileiro, pela redação dada ao artigo 572, possibilitou a existência de regulamentos administrativos minuciosos e de grande alcance, colocando totalmente no âmbito de tais regulamentos as limitações ao direito de construir alheias ao direito de vizinhança.

IV. Normas Municipais sôbre construções.

Para bem situarmos, dentro do quadro das atribuições do Poder Público, a atividade disciplinadora do direito de construir, vejamos o que ensina FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, sintetizando o pensamento dominante na doutrina.

Primeiramente, encontramos a conceituação de Poder de Polícia como “conjunto de limitações impostas pela Administração Pública à atividade dos indivíduos, em benefício do bem comum e da subsistência do Estado” As atividades de Polícia são classificadas como “Administrativas” quando exercidas preventivamente, visando preservar o bem comum e a integridade do Estado, sendo “Judiciárias” se forem revestidas de caráter repressivo, isto é, se forem conseqüentes a uma lesão, tentada ou consumada, ao bem comum ou às condições de subsistência do Estado. A Polícia Administrativa, por sua vez, pode ser “Geral” ou “Especial” e é nesta última classe que se encontra a

13. Ibidem.

“polícia das construções”, destinada a fazer com que os proprietários de imóveis exercitem o seu direito de construir subordinando-se às posturas municipais”¹⁴.

Assim, portanto, ao fixar as normas disciplinadoras das construções o Poder Público está praticando atos de Polícia Administrativa Especial.

Ora, como é de tradição no direito brasileiro, o Município exerce o Poder de Polícia dentro de seu respectivo território, sobre tôdas as atividades em que seu interesse seja mais relevante que o do Estado ou da União. Isto é o que decorre do artigo 28, ítem II, da Constituição Federal, onde se dispõe que o Município terá administração própria, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse¹⁵.

Não há dúvida, portanto, de que as normas municipais atinentes ao direito de construir preenchem um branco da lei civil, o qual se deveu à intenção de possibilitar o tratamento da questão segundo as peculiaridades de cada Município, uma vez que, embora necessária a disciplinação da matéria, seria absurda e ilógica a fixação de preceitos minuciosos aplicáveis a todo o território nacional. ORLANDO compara tal procedimento do legislador que emite a norma em branco ao de alguém que entregue a outrem uma fôlha em branco com sua assinatura, para que a preencha com uma obrigação¹⁶.

A respeito das normas que contêm um comando geral e que deixam um vazio para ser preenchido por outras fonte normativa, ou seja, as chamadas *normas em branco*,

14. *Noções de Direito Administrativo*, págs. 215 e 216.

15. Neste sentido afirma GUIMARÃES MENEGALE: “Na administração de interesses locais encontra-se o “poder de polícia”, a que a Constituição Federal não faz expressa alusão, pela implicitude da matéria”. (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, pág. 198.

16. V. E. ORLANDO, *Principi di Diritto Costituzionale*, pág. 134. Para RANELETTI trata-se, na hipótese, de “regolamenti delegati”, entre os quais êle situa “quelli di polizia locale, di igiene, di ediltà, ecc.” *Istituzioni di Diritto Pubblico*, pág. 530.

é muito expressiva a lição de ARNALDO DE VALLES. Começa êle por observar que sòmente em casos excepcionais a lei confere à autoridade administrativa a faculdade de ditar regras obrigatórias, para interpretação e aplicação da mesma lei. Ou, então, a faculdade de integrar normas legislativas que conferem à Administração um poder genérico, mandando a autoridade competente estabelecer com ordenamento próprio os casos concretos, a respeito dos quais as normas (até então em branco) devem encontrar aplicação.

Transpostas essas considerações para a organização federal brasileira, pode-se ter a norma em branco oriunda do poder legislativo da União, fixando um comportamento geral e deixando ao órgão competente, que pode ser o legislativo municipal, o estabelecimento das circunstâncias concretas.

Então, diz ainda ARNALDO DE VALLES, as disposições emanadas da segunda autoridade têm eficácia, não pela forma que assumem mas pelo que contenham, como integrantes da norma em branco¹⁷.

Bem interessante é a observação de MEUCCI, segundo a qual se uma norma local de polícia administrativa prescrevesse afastamento entre os edifícios ou área mínima para se poder edificar, tal norma não seria obrigatória se o Código Civil não houvesse ressalvado a competência dos estatutos locais¹⁸. Contrário senso, desde que emitida como complementar do Código Civil, por disposição expressa dêste, aquela norma tem exatamente a mesma autoridade e o mesmo alcance das demais normas civis.

Esta última hipótese é exatamente a que se verifica em relação à legislação brasileira, podendo-se, portanto,

17. cf. ARNALDO DE VALLES, *Elementi di Diritto Amministrativo*, pág. 30.

18. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, pág. 52.

dizer que o legislador civil emitiu uma norma em branco, cabendo a cada Município preenche-la, de acôrdo com as peculiaridades locais.

V. O Sentido das Restrições ao Direito de Construir.

As limitações impostas pelos Municípios ao direito de construir, se apreciadas segundo a repercussão que têm sobre o comportamento dos indivíduos, são classificadas por ALCIDES GRECA em três grupos:

- a) as que implicam em obrigação de *fazer*;
- b) as que contêm uma obrigação de *não fazer*;
- c) as que impõem uma obrigação de *deixar fazer*.¹⁹

No primeiro grupo estariam as imposições relativas à impermeabilização de paredes e pisos, à abertura de janelas para insolação, iluminação e ventilação, à adoção de normas técnicas relacionadas com a segurança das edificações, bem como tôdas as demais disposições legais que obrigam o proprietário a dotar sua edificação de certas características.

Entre as limitações da segunda classe estaria a proibição de aberturas, sem a observância de certo afastamento da área vizinha, a obrigação de recuo do alinhamento do passeio público, a proibição de porões habitáveis, como é o caso da cidade de São Paulo, a limitação da altura dos edifícios, assim como tôdas as normas que impõem a abstenção de determinadas práticas.

As limitações da terceira classe não dizem respeito, precisamente, a características que deva ter a edificação. Na realidade, são limitações ao uso do edifício, mas que

19. *Regimen Legal de la Construccion*, pág. 35.

pressupõem já a existência da edificação. Tais restrições seriam, principalmente, a obrigação de permitir a colocação de presilhas ou suportes para colocação de cabos de energia elétrica e telefone, a colocação de caixas de correspondência, a ocupação do sub-solo para passagem de cabos e encanamentos, a ocupação do espaço aéreo para a passagem de cabos, e outras circunstâncias eventuais em que uma edificação deva servir de ponto de apoio para a consecução de um serviço público.

Um aspecto que deve ser ressaltado é que nenhuma dessas limitações, mesmo as que representam verdadeira perda de área, como é o caso dos recuos, dá direito a qualquer indenização ou compensação. Esta orientação é a que vem prevalecendo tradicionalmente no direito brasileiro, em coincidência com o que ocorre em outros países cuja formação jurídica é semelhante à nossa²⁰.

Quanto aos fins a que se destinam, as restrições ao direito de construir são ilimitadas, embora haja umas tantas razões que, com maior freqüência, inspiram a atuação dos Poderes Públicos. Realmente, um motivo que se afigura como preponderante em certo Município num momento determinado poderá não se apresentar em todo o resto do país. Assim, por exemplo, as limitações à altura dos edifícios, de suma importância nas grandes cidades, não tem qualquer significação se aplicada a lugarejos humildes. Por outro lado, tanto nos pequenos quanto nos grandes Municípios têm igual importância as disposições sobre arejamento ou ventilação.

20. É ainda ALCIDES GRECA quem o observa: "La doctrina, las leyes y la jurisprudencia han uniformado criterio en el sentido de que la imposición de meras restricciones a la propiedad no dá lugar a indemnización alguna. Se las considera como una forma reglamentaria del ejercicio del derecho de propiedad en beneficio de la comunidad en general y aun del propietario que las soporta" *Ob. cit.* pág. 38.

As razões básicas das restrições geralmente verificadas, relacionam-se com a saúde dos moradores e usuários dos edifícios, com a segurança dêles e dos que possam vir a ser prejudicados pelas más condições da edificação, e, além dessas, são também comuns as restrições ditadas por cuidados de estética.

Na cidade de São Paulo, que por sua dimensão registra tôda sorte de problemas ocorrentes num centro urbano, a matéria é regulada atualmente pela Lei n.º 4.615, de 13 de janeiro de 1955, que atualizou as disposições do antigo Código de Obras, representado pelo Ato n.º 663, de 10 de agosto de 1934, que recebera a denominação de “Código Arthur Saboya”.

Examinando as disposições da Lei n.º 4.615 e das que lhe são complementares, poderemos ter clara noção das particularidades que mais preocuparam o legislador. No Capítulo 4 acham-se as “Condições Gerais das Edificações” Surgem em primeiro lugar as normas relativas à insolação, iluminação e ventilação, visando proteger a saúde dos habitantes, além de fixar condições mínimas de conforto. A seguir são estabelecidas as dimensões mínimas dos compartimentos, passando-se, posteriormente, a particularizar as condições a serem observadas em cada dependência da habitação.

Um dos itens dêsse Capítulo consubstancia um cuidado de ordem estética, fixando o princípio da liberdade na composição das fachadas, exceção feita aos locais em que a lei estabelecer restrições visando soluções de conjunto. A defesa da estética das cidades, como vimos ao analisar a legislação portuguesa, é uma preocupação antiga, mas que ultimamente vem sendo considerada com maior zelo, pelo reconhecimento de que a qualquer núcleo populacional, grande ou pequeno, é salutar o culto da beleza, influindo no bem estar da população. Modernamente vem-se tornando pacífico o entendimento que considera possível

a declaração de utilidade pública, visando, tão só, uma solução estética²¹.

Segundo ALCIDES GRECA que também dá grande realce à questão — dois métodos podem ser adotados para defesa da estética das cidades: a) o método direto, pela imposição de um estilo às novas construções; b) método indireto, pelo oferecimento de vantagens a quem adotar um certo estilo²².

São bem raros os casos de cidades inteiras subordinadas à regulamentação de estilos, havendo, no Brasil, dois casos marcantes de cidades que sofrem restrições de tamanha amplitude. Uma delas é Ouro Preto, onde se preservam tôdas as características que fizeram da antiga Vila Rica uma das cidades mais importantes do Brasil-colônia. A outra é Brasília, que, por sua condição de cidade totalmente construída segundo planos pre-estabelecidos, pôde fixar de antemão cada pormenor de sua estética.

O que se dá mais comumente, porém, é o estabelecimento de zonas, dentro de um Município, nas quais as edificações ficam subordinadas a determinados preceitos.

Voltando ao exame do Código de Obras de São Paulo, encontramos no Capítulo 5 a regulamentação de “Edificações Para Fins Especiais”. Cuidou-se, especialmente, da proteção à saúde e à segurança dos usuários de edifícios onde, habitualmente, reúne-se um grande número de pessoas, tais como hotéis, escolas, hospitais, fábricas, locais de

21. É a opinião quase que unânimemente acatada pela doutrina. Do ponto de vista prático, é importante assinalar que os Tribunais brasileiros, de maneira geral, vêm reconhecendo que o poder de polícia do Município alcança também a proteção da estética, havendo inúmeros casos de restrições para proteção da paisagem, e outros semelhantes, apreciados favoravelmente pelo Poder Judiciário.

22. A respeito da imposição de estilos observa ALCIDES GRECA: “La imposición de un estilo, o de ciertas características, que den tono a las avenidas y barrios residenciales, se acentua cada vez mas en las ciudades modernas. También en las viejas ciudades europeas y algunas de America, se tiende a conservar la fisionomia tradicional de la edificación. *Ob. cit.*, pág. 41.

recreação e de reunião, prédios de grande porte destinados a fins residenciais ou comerciais, havendo diversos itens que impõem especiais medidas de proteção aos edifícios utilizados para fábrica ou depósito de substâncias de alta periculosidade. Nêsse mesmo Capítulo, no item 7, estão contidas as exigências para os locais destinados ao preparo de gêneros alimentícios e de produtos farmacêuticos. Neste caso o que se visa, substancialmente, é proteger a saúde das pessoas que irão consumir os produtos, as quais, muitas vêzes, residem, na sua maioria, fora do Município. Dá-se aqui um entrelaçamento de normas que pode gerar conflitos jurídicos de difícil solução. Com efeito, basta que se tome como exemplo o Código Nacional de Saúde, que contém, entre outras, uma série de disposições sôbre os locais de produção de alimentos e produtos farmacêuticos, estipulando que o Ministério da Saúde estabelecerá as condições de higiene a que ficarão sujeitos os estabelecimentos industriais e comerciais daquela natureza. Ora, especialmente as condições das paredes e dos pisos, bem como de arejamento e insolação, têm grande importância naqueles locais, pois têm inegável influência sôbre as medidas que se queiram adotar para defesa da higiene. Mas, apesar disso, são particularidades da construção. Assim sendo, é natural que o Município cuide do problema, fixando normas que, nos têrmos do artigo 572 do Código Civil, dever-se-ão considerar como incorporadas ao próprio Código. Dessa forma, não poderão prevalecer sôbre elas as disposições contidas em Regulamentos expedidos pelo Ministério da Saúde. A matéria, no que toca à construção, é de competência específica dos Municípios, que sôbre ela disporão com plena autoridade.

Finalmente, no Capítulo 6 do Código de Obras de São Paulo tratou-se da “Execução da Construção”. Foram aqui enunciadas as condições em que se deve processar a edificação, bem como as características técnicas que deve ter o próprio edifício, visando a segurança dos que irão

utilizá-lo e das pessoas que eventualmente estarão nas circunvizinhanças.

Aí estão as principais restrições impostas ao direito de construir, com suas características e finalidades.

VI. Conclusões.

1. O legislador federal, segundo decorre do artigo 572 do Código Civil Brasileiro, pre-esposou o que viesse a ser dispôsto pelos legisladores municipais, quanto às limitações ao direito de construir. Assim procedendo, possibilitou a adoção de medidas acauteladoras do interêsse comum dos cidadãos, com a adequação que só poderia resultar da consideração direta e imediata das peculiaridades locais. Além disso, reconheceu nas leis municipais que viessem a dispôr sôbre o assunto a mesma autoridade e o mesmo alcance das normas substantivas federais. Desta forma, o dispositivo de lei municipal sôbre a matéria prevalece sôbre as determinações de decretos federais ou estaduais.

2. As limitações impostas pelos Municípios ao direito de construir realizam o equilíbrio entre direitos individuais e interêsse social. E, ainda mais, através da legislação municipal é possível maior adequação entre o preceito normativo geral e a realidade social.

Os bens que tais limitações, aqui referidas, visam proteger são essenciais para a consecução do bem comum, podendo-se, portanto, concluir que os Municípios, no exercício dessas atribuições, participam eficazmente das atividades necessárias à realização dos fins do Estado.

Bibliografia

- ATALIBA NOGUEIRA, J. C., *O Município e os Municípios na Constituição Federal de 1946*, São Paulo, 1947.
- BEVILAQUA, CLÓVIS, *Código Civil Comentado*, 9.^a ed., Rio de Janeiro, 1953.

- CAETANO, MARCELO, *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 1937.
- CARVALHO, CARLOS AUGUSTO DE, *Direito Civil Brasileiro Recopilado*, Rio de Janeiro, 1899.
- COULANGES, FUSTEL DE, *A Cidade Antiga*, Lisboa, 1950.
- CRETTELLA JR., JOSÉ, *Tratado de Direito Administrativo*, São Paulo, 1969.
- GIFFARD, A. E., *Précis de Droit Romain*, Paris, 1951.
- GRECA, ALCIDES, *Regimen Legal de la Construcción*, Buenos Aires, 1956.
- LANGHANS, FRANZ-PAUL, *As Posturas*, Lisboa, 1938.
- LESSONA, SÍLVIO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Firenze, 1960.
- LOBÃO, MANOEL DE ALMEIDA E SOUZA DE, *Casas*, Lisboa, 1915; e *Notas a Mello*, Lisboa, 1883.
- MASAGÃO, MÁRIO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1959.
- MENDES DE ALMEIDA, FERNANDO HENRIQUE, *Noções de Direito Administrativo*, São Paulo, 1956; e *Ordenações Filipinas (Com Introdução e Notas)*, São Paulo, 1957.
- MEIRELLES, HELLY LOPES, *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo, 1964; e *Direito de Construir*, São Paulo, 1961.
- MENEGALE, J. GUIMARÃES, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Rio de Janeiro, 1957.
- MEUCCI, LORENZO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 1909.
- ORLANDO, V. E., *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze, 1915; e *Principii di Diritto Costituzionale*, Firenze, 1889.
- PEREIRA, LAFAYETTE RODRIGUES, *Direito das Cousas*, Rio de Janeiro, 1877.
- RANELLETTI, O., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Milano, 1955.
- REALE, MIGUEL, *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, 1956.
- SCIASCIA, GAETANO, *Sinopse de Direito Romano*, São Paulo, 1955.
- SEVERO, ARCHIBALD, *O Moderno Município Brasileiro*, Pôrto Alegre, 1946.
- SUZANO, LUIZ DA SILVA ALVES DE AZAMBUJA, *Digesto Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1866.
- VALLES, ARNALDO DE, *Elementi di Diritto Amministrativo*, Padova, 1965.
- VEIGA CABRAL, *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1859.
- VIANA, B. ARRUDA, *O Município e sua Lei Orgânica*, São Paulo, 1950.