

DIREITO DE CONSTRUIR E SUAS LIMITAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MAGNO GOMES DE OLIVEIRA
Procurador do Município de Fortaleza,
Professor da Universidade de Fortaleza

RESUMO

Trata-se das Regiões Metropolitanas como definidas na Constituição Federal de 1967, e Emenda de 1969, em paralelo com a regulação constitucional vigente (1988), aludindo às suas causas, problemas e soluções.

ABSTRACT

We treat here questions related to security, health and social welfare, through neighborhood restrictions and administrative limitations inherent to the right of building.

I. FUNDAMENTOS

Partindo-se da premissa de que, em consonância com o art. 524 do Código Civil Brasileiro, se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor de seus bens, por igual, está resguardado o direito de construir, posto que das faculdades de uso, gozo e disponibilidade do bem se infere e se compreende a possibilidade de implementar-lhe transformação, edificando-a, beneficiando-a e valorizando-a economicamente.

Vale destacar que mesmo bastante amplo, o direito de construir não é absoluto, ao contrário, lhe têm sido impostas paulatinamente uma série de limitações, tais como as restrições de vizinhança e as limitações administrativas ao direito de construir, com o objetivo de propiciar o bem-estar coletivo,

evitando assim o uso abusivo do direito por parte do proprietário em detrimento da comunidade; e visando também a assecuração de pacífica coexistência entre os indivíduos.

II. LIBERDADE DE CONSTRUIR

A liberdade de construir constitui regra geral à fruição do *jus utendi, fruendi, abutendi* por parte do proprietário. Não obstante ser regra a liberdade, também são impostas restrições e limitações ao direito de construir, todavia, tais exceções só podem ser argüidas contra o proprietário quando encontrarem-se expressamente consignadas no ordenamento jurídico, ou seja, o órgão da administração pública encarregado de velar pela segurança, saúde, sossego e bem-estar social só pode obstaculizar o exercício do direito de construir de qualquer proprietário com arrimo nas normas edilícias pertinentes, caso contrário estará cometendo abuso de poder.

A propósito das exceções à liberdade de construir podemos trazer à colação os arts. 572 e 554 do CCB, que prescrevem respectivamente, o seguinte:

Art. 572 - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprover, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Art. 554 - O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

Nestes dois exemplos constatamos a vedação ao mau uso da propriedade, vedação essa verificada por imperativo de se garantir segurança e saúde à comunidade, evitando acidentes provenientes de construções negligentes, e conflitos originados no desrespeito à privacidade e ao sossego dos vizinhos.

III. REGULARIDADE

Segundo Hely Lopes Meirelles, entende-se por construção toda realização material e intencional do homem, visando adaptar o imóvel às suas conveniências. Assim concebida, admitir-se-á como construção não apenas a edificação, mas também a reforma, demolição, muramento, escavação, aterro, pintura e quaisquer outras obras cuja finalidade seja beneficiar a propriedade.

A propósito de tais considerações terminológicas, aduzimos que a regularidade no exercício do direito de construir se traduz no respeito às prescrições administrativas sobre construções, bem como ao direito de vizinhança.

De forma sintética podemos afirmar que regularidade ou normalidade no direito de construir consiste na sua fruição sem abusos ou excessos.

Cumpramos destacar que Georges Ripert sistematizou a teoria da normalidade, que prevalece hodiernamente, sobretudo na solução dos conflitos de vizinhança. Ripert explicitou a fundamentação de sua teoria em 1902, aduzindo o seguinte:

“Un propriétaire ne peut agir sans envisager les suites possibles de ses actes. Il faut le considerer à la fois comme propriétaire et comme voisin; si comme propriétaire, il peut user de son droit quand bien même il nuit à son voisin, comme, voisin il est obligé de respecter le droit de propriété de celui qui le confine. Il est à la fois créancier et débiteur. Par suite, tout exercice de son droit peut amener une violation de l'obligation qui lui incombe de respecter le droit d'autrui. Il est d'intérêt général que chaque propriétaire puisse donner à sa chose toutes les destinations économiques possibles. Il est aussi d'intérêt général que ses voisins ne souffrent pas sans compensation le préjudice causé.”⁽¹⁾

A partir de então seus discípulos, e entre eles Paul Leyat⁽²⁾ passaram a propugnar que todo aquele que não usasse sua propriedade com normalidade deveria reparar os danos que por acaso viesse a causar aos vizinhos, independentemente da existência de culpa ou dolo.

A doutrina brasileira acolheu a doutrina da normalidade e a propósito, assim manifestou-se Virgílio de Sá Pereira, um de seus expoentes:

“O conceito de mau uso é relativo e contingente, não se podendo precisá-lo sem se ter em conta todas as circunstâncias que ocorrem em cada caso.”⁽³⁾

O direito pretoriano, por seu turno, arrimado na lei e na doutrina, orientou-se no sentido de impedir o mau uso da propriedade, tomando para fundamento das decisões o critério da regularidade no exercício do direito de construir, como se verifica nos seguintes julgados: STF RF 116/432; TJDF RF 68/568, 87/712; RT 105/759; 138/272; TJMG RF 117/188; TJSP RT 89/487, 103/600, 162/655, 186/176.

Importa destacar ainda a pré-ocupação do bairro, ou seja, a existência anterior de obra ou atividade lesiva aos vizinhos não tem o condão de legitimar o mau uso da propriedade.

IV. PROTEÇÃO À SEGURANÇA, SAÚDE E SOSSEGO DOS VIZINHOS

Preliminarmente nos cabe delimitar os conceitos de segurança, sossego e saúde. A segurança aludida no art. 554 do CCB pode ser material ou pessoal, conforme seja referente ao prédio ou às pessoas que nele habitam; bem como o direito à segurança abrange propriedades urbanas e rurais, de uso residencial, comercial, industrial ou agrário.

Ademais, a ofensa à segurança tanto pode se dar por ação como por omissão do vizinho. Todavia, desde que o ato ou a inatividade produza um dano efetivo ou instaure uma situação periculosa para os prédios vizinhos ou para a integridade das pessoas que nele habitam ou freqüentam, como já afirmado na unidade anterior, já passa a ser devida a indenização correspondente, independentemente de culpa ou dolo, pela simples violação à teoria da normalidade.

Podemos elencar os seguintes acordãos: STF RT 219/578; RT 108/322; TJSP RT 238/241, 242/175, 249/147, 251/256; dentre vários outros que compõem jurisprudência dominante que tem considerado ofensivo à segurança do vizinho e por ele reprimíveis, ou a ele indenizáveis, os danos à sua pessoa ou a seus bens, causados por construção, reforma ou demolição de prédios, e especialmente o desabamento de construção, lesivo a outros prédios ou pessoas, a queda de madeiramento, a existência de poço em terreno aberto que enseja queda de transeunte, o dano a pessoa resultante de mau funcionamento de elevador, a pulverização com óleo ocasionando impregnação do mobiliário vizinho, o rompimento de represa com dano aos prédios inferiores, além de muitos outros casos onde prevalece o princípio da responsabilidade objetiva.

Quanto ao sossego que se visa assegurar à comunidade é relativo e verificável pelo nível de ruído ou qualquer outra emissão incômoda, atentos sempre à destinação do bairro, o horário em que são produzidos e a natureza das emanações molestas.

É curial que os ruídos e vibrações oriundos de um bairro industrial ou comercial são mais intensos que os produzidos em uma zona residencial.

É lógico também que os ruídos de atividades recreativas ou de algazarras, mesmo sendo produzidos em zonas residenciais, poderão ser considerados violadores do sossego, e por essa razão poderão ensejar uma conseqüente indenização em face da violação perpetrada contra o direito individual ao sossego, juridicamente tutelado em nosso ordenamento jurídico.

Vale aduzir, por outro lado, que a ninguém é permitido alimentar a pretensão, sob a invocação do direito ao sossego, que tudo ao seu redor se imobilize e se cale, pois a lei só protege a todos do excesso.

Em virtude de que os ruídos urbanos são hodiernamente considerados altamente prejudiciais à população urbana⁽⁴⁾, a jurisprudência vem considerando o badalar de sinos da igreja sem necessidade de culto, as algazarras resultantes de bailes na vizinhança, o funcionamento de alto-falantes no exterior de prédios, entre outros, ofensivos ao sossego da comunidade.

Se o direito de construir, considerado em *lato sensu*, não pode infringir o direito à segurança e ao sossego dos vizinhos, com muito mais razão não pode afrontar à saúde dos proprietários, moradores ou freqüentadores dos prédios urbanos ou rurais, podendo ser tolhidas todas as atividades ou

emissões de vizinhança que lesem ou ponham em risco a saúde física ou psíquica das pessoas sujeitas aos seus efeitos.

Destaque-se, que são consideradas violações ao direito à saúde do vizinho, a omissão de quem mantém água empoçada em seu quintal, propiciando, destarte, a proliferação de pernilongos, como aquele que produz em sua oficina ruídos enervantes ou emanações tóxicas, corrosivas ou mal cheirosas.

V. PROTEÇÃO AO BEM-ESTAR SOCIAL

Consoante ensina Hely Lopes Meirelles⁽⁵⁾, "o conceito de bem-estar social é amplo, de modo a ensejar a regulamentação estatal de toda atividade ou construção que possa beneficiar ou prejudicar a coletividade, segundo o uso que lhe der o proprietário. O bem-estar social confina com o bem comum, isto é, o bem de todos e de cada um, do qual depende a felicidade geral ou, para usar a expressão de Santo Tomás, aquele que propicia a felicidade de todos os cidadãos - *quod faciat totam civitatem feliciem et quantum ad opera virtutis et quantum ad exteriora bona*".

Sintetizando, o suso mencionado mestre aduziu que sob o pálio do bem-estar social, é lícito ao poder público impor a todos justas limitações ao direito de construir. É lógico que a extensão de tais limitações não está demarcada na Constituição Federal, entretanto, o que o Estado não pode, consoante Santi Romano⁽⁶⁾, é extinguir ou desnaturar o direito de propriedade.

Nada obstante, pode a administração restringir o uso da propriedade até os limites exigidos pelo interesse da própria coletividade, fixando coeficientes máximos de ocupação do solo, gabaritos de altura, recuos, afastamentos, salubridade, funcionalidade, estética e outras condições que se revelem necessárias à garantia do bem-estar social.

VI. RESTRIÇÕES DE VIZINHANÇA AO DIREITO DE CONSTRUIR

Ao contrário de Miguel Angel Berçaitz⁽⁷⁾, que concebe como limitações ao direito de propriedade tudo aquilo que afete qualquer das prerrogativas desse direito (inclusive o direito de construir), Hely Lopes Meirelles e José Afonso da Silva⁽⁸⁾, ⁽⁹⁾ sustentam a distinção existente entre limitações e restrições. Segundo ele a limitação é própria do direito público, ao passo que a restrição é oriunda do direito civil.

Aubry et Rauu⁽¹⁰⁾ definem as restrições de vizinhança como obrigações de ordem privada porque atuam em proveito das propriedades particulares e do bem-estar de seus habitantes - *uti singuli*.

Importa destacar ainda que tanto as restrições quanto as limitações administrativas representam um condicionamento ao direito de propriedade, mas enquanto a restrição civil atinge o direito de propriedade em sua essência,

a limitação administrativa atinge somente o uso da propriedade.

As restrições são divididas em legais e convencionais, conforme sejam originárias do ordenamento jurídico ou das avenças privadas.

Dentre as restrições legais de vizinhança impostas a todos aqueles que exercitem o direito de construir, podemos elencar: 1) o limite entre prédios; 2) a distância entre construções; 3) exigência de tapumes divisórios; 4) exigência, em alguns casos, de paredes divisórias; 5) vedação à invasão de área vizinha; 6) prescrições quanto a armários embutidos, aparelhos térmicos e higiênicos e armazenamento de substâncias corrosivas; 7) prescrições quanto à árvores limítrofes, estrebarias, entrada em prédio vizinho, passagem forçada; e 8) restrições especiais de condomínio de apartamento.

Quanto às restrições convencionais, como já suscitado, podem os interessados estabelecer, convencionalmente, outras restrições ao direito de construir, visando fixar a natureza das construções, bem como a altura, o recuo e o afastamento dentre outros caracteres.

Tais restrições podem ser individuais e gerais. As primeiras subordinam-se às normas gerais das obrigações pessoais firmadas civilmente pelas partes e, apesar de não exigirem forma especial, reclamam a existência dos requisitos contratuais bem como não podem contrair sob qualquer hipótese as normas administrativas ou urbanísticas. Cumpre destacar que estas restrições não se erigem em servidão justamente porque são estatuidas como obrigações pessoais e não como direito real sobre coisa alheia.

No tocante às restrições gerais de vizinhança cabe aduzir que são usuais nos planos de loteamento e nos compromissos desses terrenos, com o objetivo de assegurar ao futuro bairro os requisitos urbanísticos convenientes à sua destinação.

Elegendo tais restrições de caráter negocial, mas de finalidade coletiva, os particulares suprem a lacuna normativa da legislação urbanística e asseguram conforto e harmonia ao plano de urbanização e ao loteamento.

VII. CONSTRUÇÕES EM DESACORDO COM AS RESTRIÇÕES DE VIZINHANÇA

Analizamos até o presente as prescrições de conduta do ordenamento quanto ao direito de construir, todavia, nos cabe verificar também a hipótese da não-prestação, ou seja, do desrespeito ou violação às prescrições legais ou administrativas referentes ao direito de construir.

Afirma textualmente o art. 585 do CCB que:

"Todo aquele que violar as disposições do art. 580 e seguintes é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos".

Esta é uma das sanções, a demolição se impõe a toda obra nociva ou

em desacordo com as exigências legais. Sucede que o proprietário prejudicado por construções vizinhas dissonantes com as normas edilícias, pode exigir não só a demolição, nas hipóteses dos arts. 554, 555, 576 e 586 do CCB, bem como pode exigir indenização de todos os que solidariamente tenham responsabilidade pelo prejuízo.

Como já explicitado, para essa obrigação não é exigível imperícia, imprudência ou negligência do vizinho, tampouco exige-se a intenção de prejudicar, posto que a responsabilidade é objetiva.

Processualmente falando, pode-se afirmar que as construções em descompasso com as restrições de vizinhança ou com violação às normas administrativas respectivas ensejam as ações de nunciação de obra nova, demolitória ou indenizatória, admitindo-se desde logo o embargo de obra em construção.

VIII. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS AO DIREITO DE CONSTRUIR

Reportando-nos ao tópico VI reprisamos que as limitações administrativas distinguem-se substancialmente das restrições de vizinhança em face de estarem as últimas estatuídas nas leis civis para proteção da propriedade particular, ao passo que a limitação administrativa, no dizer de Hely Lopes Meirelles, "é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social".

É relevante salientar, como o fez Rafael Bielsa⁽¹¹⁾, que não se confunde limitação administrativa com servidão administrativa, pois, enquanto a limitação é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade, a servidão administrativa ou pública é um ônus especial imposto a determinada propriedade, mediante indenização do poder público, para propiciar a sua utilização no interesse da comunidade.

Classificam-se as limitações administrativas em: 1) urbanística, 2) de higiene e segurança, 3) militares.

As limitações urbanísticas, como preceitos de ordem pública, objetivam organizar espaços habitáveis a fim de propiciar ao homem as melhores condições de vida em comunidade. Tais limitações evidenciam-se mediante o plano diretor, a regulamentação edilícia, a delimitação de zona urbana para o traçado urbano (arruamento, alinhamento, nivelamento, circulação, etc), o zoneamento, o loteamento, e fixação de critérios para o uso e ocupação do solo urbano. Em verdade, não nos cabe explicitá-los um a um, posto que cada um poderia ensejar monografia independente.

Quanto às limitações administrativas de proteção à higiene e segurança, aduzimos que consistem em medidas que visam preservar a saúde e a

incolumidade dos indivíduos coletivamente considerados. É de se ressaltar que União, Estados e Municípios podem estatuir normas administrativas que servem de supedâneo à atuação da polícia sanitária, cujo campo de atuação é incomensurável.

Além do controle individual das construções sob o aspecto de segurança, higiene, combate a incêndio e adequação às suas funções, a moderna polícia sanitária estende suas prescrições e limitações a todos os elementos que exercem influência na saúde pública, a saber, o solo, o ar, a água, as plantas e animais, e o que mais puder afetar o estado sanitário das populações como focos de transmissão de doenças, impurezas, odores e ruídos insuportáveis, poluição da água, etc.

Por último, sobre as limitações administrativas de natureza militar, é óbvio que seu estabelecimento compete privativamente à União Federal, posto que o valor teleologicamente tutelado, apto a ensejar tal limitação, é a defesa nacional, atribuída especificamente à União.

Desde a época do Império existem limitações administrativas militares, preservando, por força do Alvará de 29/09/1861, as fortificações a seus arredores.

Destaque-se ainda, que nas zonas fortificadas, os Decretos-Leis 3437/41 e 8264/45 têm dividido essas zonas em duas faixas, de 33 e 1320 metros, dentro das quais não é permitida nenhuma construção civil e, só são admitidas construções que obedeçam gabaritos fixados pelo Ministro do Exército, respectivamente.

Já na faixa de fronteira, a limitação administrativa é imposta em 150 quilômetros de largura, paralelos à linha divisória do território nacional, faixa essa que, por força da Lei 6634/79, está sujeita às determinações do Conselho de Segurança Nacional.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

01. Georges Ripert - De L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Thèse, Paris, 1902. p. 311.
02. Paul Leyat. *La responsabilité dans les rapports de voisinage*. Paris, 1936, p. 80 e segs.
03. Virgílio de Sá Pereira. *Manual do código civil*. Rio de Janeiro.
04. Hely Lopes Meirelles. *Direito municipal brasileiro*. 4 ed. 1981, p. 557.
05. —. *Direito de construir*. 5 ed. 1987, p. 23.
06. Santi Romano. *Principii di Diritto amministrativo*. Roma, 1906, p. 501.
07. Miguel Angel Berçaitz. *Problemas jurídicos del urbanismo*. ps. 61/62.
08. José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro*. 1981, p. 522.
09. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 16 ed. RT, 1991. p. 533.
- (10) - Aubry et Rau. *Droit civil français*. Paris, 1927. p. 42.

11. Rafael Bielsa. **Restricciones y servidumbres administrativas**. Buenos Aires, 1923. p. 103.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16 ed. São Paulo, Editora RT, 1991.
02. — - **Direito municipal brasileiro**. 4 ed. São Paulo, RT, 1981.
03. — - **Direito de Construir**. 5 ed. São Paulo, RT, 1987.
04. SILVA, José Afonso. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo, RT, 1981.
05. COUTO, Sérgio A. Frazão. **Manual teórico e prático do parcelamento urbano**. 1 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
06. GUERRA, Maria Magnólia Lima. **Aspectos jurídicos do uso do solo urbano**. 1 ed. Fortaleza, 1981.
07. VIANA, Marco Aurélio S. **Loteamento fechado e loteamento horizontal**. 1 ed. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1991.
08. CRETELLA JÚNIOR, José. **Jurisprudência de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1974.