

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL E DIREITO DE CONSTRUIR

MUNICIPAL LEGISLATION AND RIGHT TO BUILD

DALMO DE ABREU DALLARI

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo, Brasil).

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

SUMÁRIO: 1. Limitações municipais ao direito de propriedade. 2. Propriedade e direito de construir. 3. Limitações ao direito de construir. 4. Normas municipais sobre construções. 5. O sentido das restrições ao direito de construir. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. LIMITAÇÕES MUNICIPAIS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

A¹ garantia da propriedade de bens imóveis é uma das características fundamentais do sistema jurídico brasileiro,² razão pela qual a própria Constituição da República, no art. 5º, XXII, 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

1. Como citar esse artigo/*How to cite this article*: DALLARI, Dalmo de Abreu. Legislação municipal e direito de construir. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 6, v. 22, p. 429-444, jul./set. 2022.

2. Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, n. 14, p. 47-57, out./dez. 1970. A transcrição deste artigo foi realizada por Pedro Gabriel du Mont Santoro e Guillermo Glassman. À memória do inolvidável mestre Fernando Henrique Mendes de Almeida.

força do art. 8.º, n. XVII, “b”, da própria Constituição, segundo o qual compete à União legislar sobre direito civil.

Há, porém, outro aspecto, também fundamental na ordem jurídica brasileira, que deve ser considerado: é a “função social da propriedade”, referida no art. 160, n. 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 daqueles 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. Daí a existência de um poder de polícia municipal, permitindo a interferência da Municipalidade nas esferas da vida social que produzam consequências 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 consequências da utilização antissocial são os vizinhos e aqueles que vivem nas proximidades do imóvel.

Mais particularmente, as edificações sobre áreas urbanas podem trazer graves e imediatos prejuízos a alguns ou a todos os munícipes, se não forem atendidas certas regras ditadas pelo interesse social. Disto decorre que, por força 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 deste ao Código Civil brasileiro, atribuindo competência aos

Municípios para legislar sobre construções, impondo limitações ao direito de propriedade quando o interesse social o recomende.

2. 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 esse motivo construam-se vedações, observando-se uma distância mínima predefinida 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 domínio.³

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

Verifica-se, como consequência, 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 limitações.⁴

3. “A Cidade Antiga”, vol. I, p. 85 e 86.

4. Eis a observação de Fustel de Coulanges: “Reportemo-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 fosso, a um sulco, ou a simples faixa de terra de alguns pés de largura. Em qualquer caso, duas casas não devem tocar-se; a contiguidade 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, p. 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 ne peut l’utiliser librement tout entier; si c’est 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”

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 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. Nesse 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 vezes, 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 sobre 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 sobre 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 termos do art. 572 do Código Civil, deverão considerar como incorporadas ao próprio Código. Dessa forma, não poderão prevalecer sobre 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 sobre 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.

6. CONCLUSÕES

1. O legislador federal, segundo decorre do art. 572 do Código Civil brasileiro, pré-esposou o que viesse a ser disposto pelos legisladores municipais, quanto às limitações ao direito de construir. Assim procedendo, possibilitou a adoção de medidas acauteladoras do interesse 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 dispor sobre o assunto a mesma autoridade e o mesmo alcance das normas substantivas federais. Desta forma, o dispositivo de lei municipal sobre a matéria prevalece sobre as determinações de decretos federais ou estaduais.

2. As limitações impostas pelos Municípios ao direito de construir realizam o equilíbrio entre direitos individuais e interesse 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.

7. REFERÊNCIAS

- ATALIBA NOGUEIRA, J. C., “O Município e os Municípios na Constituição Federal de 1946”, São Paulo, 1947.
- BEVILÁQUA, 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.
- CRETELLA 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”, Florença, 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, Hely 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”, Turim, 1909.
- ORLANDO, V. E., “Principii di Diritto Amministrativo”, Florença, 1915, e “Principii di Diritto Costituzionale”, Florença, 1889.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, “Direito das Cousas”, Rio de Janeiro, 1877.
- RANELLETTI, O., “Istituzioni di Diritto Pubblico”, Milão, 1955.

- REALE, Miguel, “Horizontes do Direito e da História”, São Paulo, 1956.
SCIACIA, Gaetano, “Sinopse de Direito Romano”, São Paulo, 1955.
SEVERO, Archibaldo, “O Moderno Município Brasileiro”, Porto Alegre, 1946.
SUZANO, Luiz da Silva Alves de Azambuja, “Digesto Brasileiro”, Rio de Janeiro, 1866.
VALLES, Arnaldo de, “Elementi di Diritto Amministrativo”, Pádua, 1965.
VEIGA CABRAL, “Direito Administrativo Brasileiro”, Rio de Janeiro, 1859.
VIANA, B. Arruda, “O Município e sua Lei Orgânica”, São Paulo, 1950.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Imobiliário e Registral

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A relativização do direito de propriedade constante da lei básica da região administrativa especial de Macau à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de Victor Miranda de Toledo – *RDCI* 120/99-110;
- A restrição de utilização do Airbnb pela convenção do condomínio, de Bernardo Silva de Seixas e Yasmin Lemos Cabral – *RDPriv* 111/211-235;
- Áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos, de Leonardo Castro Maia – *RDA* 91/251-272;
- Condomínios podem proibir locações como Airbnb?, Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 22;
- Novos aspectos da função social da propriedade, de Celso Antônio Bandeira de Mello – *RDAI* 8/409-418; e
- O bairro através do direito e da economia: um modelo analítico para restrições convencionais de loteamentos urbanos, de João Gilberto Belvel Fernandes Júnior – *RDI* 92/139-158.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJRJ, Ap. Civ 0486825-49.2015.8.19.0001, j. 16.05.2017, *DJe* 18.05.2017.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 5º, XXII, da CF.