

DA NOVA LEI DE DESENVOLVIMENTO URBANO E REGIONAL CARIOCA. PROBLEMAS JURÍDICOS

Des. ALCINO PINTO FALCÃO

1. *A Lei e seus diversos Regulamentos* — Em estudo anterior (1), tivemos oportunidade de fazer reflexões preliminares, que servem para êste artigo, apreciando o ponto da edição de novas normas edilícias cariocas, dado o particularismo do Estado da Guanabara; examinamos a existência das chamadas posturas, ventilamos pontos de nomenclatura oficial e fizemos referência a vários diplomas cariocas, inclusive aos regulamentos diversos, em vigor no Estado da Guanabara.

Temos por inútil repetir tudo o que então dissemos, reportando-nos ao que explanamos naquela ocasião, eis que neste artigo apenas pretendemos tecer ponderações sobre os diversos Regulamentos (vindos a luz no *Diário Oficial*, de 4-5-1970, ao n.º 80) e que são os referentes à Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado da Guanabara (Lei n.º 1.574, de 11-12-1967).

Na verdade, no Rio de Janeiro uma lei dessas é sempre bem necessária, pois que a Cidade nasceu e cresceu sempre precisando de planos urbanísticos, embora a tradição seja contrária à sua pontual observância. Planos, no Rio, não são novidade; o saudoso VIVALDO COARACY (2), em página de síntese correta, dando o testemunho dos historiadores da Cidade, já esclarecia: "*Reforma Urbana* — Neste ano (1643) chega ao Rio de Janeiro, enviado por D. João IV, o notável engenheiro Michel de l'Escolle, que o govêrno francês cedera a Portugal a pedido do Rei. Até então a cidade crescera irregularmente, quase ao capricho dos moradores, com arruamentos mal definidos sob a orientação inconstante dos almotacéis. Michel de l'Escolle projetou o plano da cidade, determinando o traçado das ruas e seus prolongamentos, fixando-lhes o declive para escoamento das águas em direção às valas que mandou rasgar e indicando padrões para as construções. Além desses trabalhos, ocupou-se êle com as fortificações, apontando seu aperfeiçoamento e sugerindo novas obras de defesa. Dirigindo o alinhamento das ruas e organizando as plantas do desenvolvimento da cidade, demorou-se Michel de l'Escolle no Rio de Janeiro até 1647, quando se retirou para Portugal, depois de apresentar à Câmara sete plantas, em que resumia suas indicações, que

(1) Sob a epígrafe *Considerações sobre as novas normas edilícias cariocas; sua contribuição à proteção contra os ruídos, flagelo urbano moderno*, publicado no número anterior.

(2) Cf., *O Rio de Janeiro no século XVII*, Rio, 1965, pág. 118.

foram aprovadas e seguidas. Pode assim êste engenheiro francês, cujo nome nos documentos da época aparece às vêzes aporuguesado para Michel de Lescol, ser considerado, como aponta o Sr. Augusto de Lima Filho, o primeiro urbanista a atuar no Rio de Janeiro. A êle se deve a configuração urbana, que o centro da cidade guardaria durante mais de dois séculos.”

Modernamente, porém, os Planos Reguladores não são mais apenas projetos de traçados de vias ou de complexos edifícios, com a finalidade de canalizar o desenvolvimento urbano, mas sim abarcam um maior horizonte, a complexa *dinâmica urbana*, isto é, consideram o centro urbano *nella sua entità economica e sociale*, observa GUIDO AMOROSI (3).

É que a cidade moderna, em especial se tem caráter industrial, é um organismo extremamente complexo e em evolução contínua. Esta se manifesta na expansão territorial, conseqüência normal do incremento demográfico, a provocar uma transformação gradual dos característicos, das funções e das condições de vida do centro urbano. A Administração cidadina não pode determinar esta evolução ou influenciá-la decisivamente, já que ela tem profundas origens biológicas, sociais e econômicas: apenas pode interpretar suas tendências, discipliná-las e favorecê-las. E o direito administrativo ainda menos, já que seu papel se resume em revelar por normas as *opções* consideradas adequadas por aquela, através do órgão legislativo competente; mas, nem por isso sua missão é desimportante, pois tem que resolver uma problemática jurídica, por vêzes harto controvertida.

E ao fazê-lo, dentro da acenada limitação, o direito administrativo ainda tem que considerar — adverte especialista recente (4) — que o momento juridicamente relevante para os fins da disciplina urbanística não é, na verdade, aquêle do desenvolvimento de uma atividade determinada sôbre o território, mas sim o da localização da própria iniciativa. Em outras palavras, não o do exercício de uma atividade econômica, mas sim o da utilização do espaço (de uma definida parte do território).

E, no ponto, faz PACELLI uma observação de suma importância, a merecer fiel transcrição: *Quindi, anche se oggetto della pianificazione urbanistica territoriale è l'assetto territoriale della convivenza, e quindi da tale angolo di osservazione vengono considerate le attività umane fra le quali anche quelle economiche, è di ritenersi che le norme urbanistiche debbono essere riportate alla disciplina giuridica della proprietà e non a quella dell'iniziativa economica.* (“Daí, mesmo sendo objeto da planificação urbanística territorial a ordenação espacial da convivência e, assim, sob êsse prisma vindo a ser consideradas as atividades humanas, entre elas as econômicas, é de estimar-se que as normas urbanísticas devem ser referidas à *disciplina jurídica da propriedade e não às referentes à iniciativa econômica*”).

(3) Cf. *L'organizzazioni moderna dei servizi pubblici urbani*, pág. 18. Mas isso não implicando em tentar fazer planejamento social ou econômico (“This does not mean that we are attempting to do social or economic planning”), como bem acentuava W. H. BLUCHER, diretor executivo da “American Society of Planning Officials” (apud HAROLD ZINK, *Government of Cities in the U.S.*, 2.^a edição, pág. 565).

(4) Cf., MARIO PACELLI, *La pianificazione urbanistica*, Milão, 1966, pág. 18.

Não é de puro interêsse acadêmico fazer essa observação, que me permiti sublinhar, ao traduzir o texto para o vernáculo. Serve ela, se se desenvolver o raciocínio, para compreender porque uma planificação implicando em restrições e imposições, que, por vêzes, afetam atividades e iniciativas econômicas, a legitimidade das respectivas normas é encarada sob o ângulo das chamadas restrições à propriedade e não sob o aspecto da garantia de liberdade de comércio, profissão, indústria, etc. Em outras palavras, se as competentes normas edilícias vão ou não além do que o direito de propriedade permite se lhe imponha ou restrinja, sem o tornar *vox mortua*, isto é, sem qualquer utilidade econômica. A abundante e importante jurisprudência norte-americana — que linhas abaixo será invocada — o deixa bem claro.

2. *Do Regulamento de Zoneamento* — O primeiro e quiçá mais importante dos diversos regulamentos da referida Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado da Guanabara é o Regulamento de Zoneamento, com 79 artigos, do qual fazem parte integrante (*ut art. 5.º*) plantas do Estado da Guanabara, anexas ao Regulamento (ilégíveis na publicação do órgão oficial), delimitadoras das Zonas estabelecidas pelo Regulamento, além de umas relações de logradouros, que constituem os Centros de Bairro (CB-1, CB-2, CB-3) (5). Em anexo ao Regulamento também constam 14 quadros, importantes, pois trazem numerosas notas contendo prescrições diversas; os quadros indicam os usos adequados, tolerados e inadequados na zona residencial, nos Centros de Bairro e Área Central, zona industrial, turística, portuária, dão as especificações dos lotes para o uso comercial e residencial nas diferentes Regiões Administrativas, tipos de construção, condições das edificações, estacionamento de veículos e sua guarda, zona especial, letreiros e anúncios nas distintas zonas e área mínima útil das unidades residenciais.

Esse novo Regulamento de Zoneamento alterou e inovou amplamente no sujeito. Pelo Código de Obras (Decreto n.º 6.000/1937), conforme o seu artigo segundo, no Distrito Federal (hoje Estado da Guanabara) haveria a Zona Comercial (ZC), dividida em ZC-1 (com uma sub-zona, ZE), a Zona Portuária (ZP), a Zona Industrial (ZI), a Zona Residencial (ZR) — contendo três partes, ZR-1, ZR-2, ZR-3 — e a Zona Rural ou Agrícola (ZA).

Já agora, pelo novo Regulamento, não mais é assim. Ele prevê (art. 3.º e seus parágrafos): o Estado da Guanabara fica dividido em Área Central (AC, subdividida em AC-1 e AC-2), Zona Portuária (ZP), Centros de

(5) Pelo artigo 4.º, a classificação das zonas e partes das zonas foi estabelecida, quanto aos símbolos, pela ordem decrescente de importância. Por isso, pelo mesmo artigo, CB-3 de maior importância do que CB-1. Essa relação de logradouros, que constituem os Centros de Bairro talvez venha a merecer um reexame, pois não parece ter havido um critério seguro e uniforme para apurar a importância do logradouro. Assim, p. ex., os moradores da XIII R.A. hão de ficar admirados ao saber que a rua Cabuçu — que é perpendicular às importantíssimas ruas Dona Romana e Lins de Vasconcelos — é CB-2, enquanto aquelas duas são apenas, apesar de artérias principais, CB-1. Mais confuso, pois trecho da rua Barão de Bom Retiro é, simultaneamente, CB-2 (entre a rua 24 de Maio e rua Acaú) e CB-3 (entre a rua 24 de Maio e Avenida Marechal Rondon, que é um trecho intermediário, contido na primeira classificação).

Bairro (a que suso já se fêz menção), Zona Industrial (que pode ser ZI-1 e ZI-2), a Zona Turística (ZT), subdividida (ZT-1 e ZT-2), a Zona Residencial (ZR), de que há seis subdivisões (ZR-1 a ZR-6) e as características Zonas Especiais (ZE). Estas últimas: a Zona de Reserva Florestal (ZE-1), a Ilha de Paquetá (ZE-2), Santa Teresa (ZE-3), as áreas sob jurisdição da Superintendência Executiva de Projetos Especiais (SEPE), que integram a ZE-4 e, finalmente, a Baixada de Jacarepaguá (ZE-5).

Não comporta êste simples artigo o estudo (sequer a enumeração) de todo o Regulamento e seus anexos, mas apenas focalizar alguns problemas jurídicos, pertinentes ao zoneamento e que, sempre que êste é modificado por normas posteriores, como agora ocorre entre nós, se apresentam à consideração do jurista.

3. *A lição dos acórdãos norte-americanos* — Bastante esclarecedora, pôsto que, nem sempre concordante, a lição dos julgados norte-americanos, através de uma abundante casuística. Antes de passar ao exame desta, impende fazer uma síntese introdutória, servindo-nos da exposição autorizada de ANDERSON e WEIDNER (6), que enfatizam que os tribunais censuram a validade das posturas com muito mais rigor e liberdade do que fazem em relação às leis de maior hierarquia (estaduais e federais), frente aos princípios constitucionais, chegando a confrontá-las com princípios, que provavelmente, não se encontram expressos em lei maior (*hence the courts have felt bound on occasion to declare void certain municipal ordinances on general principles that have probably never been fully enacted into law*), bem como julgando-se o Pretório com poder, no tangente a posturas (não em relação às leis estaduais e federais), para substituir seu próprio parecer, sôbre a respectiva justiça e razoabilidade, ao do órgão editor da ordenança. Segundo êsses especialistas, pelas decisões dos diferentes tribunais norte-americanos, as posturas devem ser: razoáveis; não opressivas; não discriminatórias ou parciais, mas sim imparciais, justas e gerais; respeitadoras dos tratados, do direito comum; e, finalmente, não devendo ser vagas ou ambíguas. Por sua vez, o já mencionado HAROLD ZINK (*op. cit.*, na nota três rêtro, págs. 578/579) observa que o método de delimitarem as posturas, com precisão, o zoneamento da cidade, faz com que êle, no correr do tempo, envelheça, obrigando a um rezoneamento, o que, por vêzes, dá margem a vitandas pressões políticas e, mesmo, à corrupção (*Unfortunately this permits political pressure and even corruption*).

Passemos, porém, a focalizar algumas hipóteses enfrentadas pelos juizes norte-americanos (7). O caso, que passou a orientar os demais julgados, é o "Village of Euclid v. Ambler Realty C." (272 U.S. 365), em que se pro-

(6) Cf., *American City Governments*, edição revista, págs. 433/434. Entre nós, porém, o juiz não poderá, sem invasão de poderes, substituir seu parecer ao do legislador: terá, ao menos, que demonstrar que ête adotou critério arbitrário, sem qualquer motivo defensável.

(7) Colhemos os dados de jurisprudência nas conhecidas notas críticas da *Harvard Law Review*, em especial volumes 62/327, 64/326, 65/1467, 67/1283 e 68/1089.

clamou ser constitucional a postura de zoneamento, quando razoavelmente conexa à saúde pública, segurança, moral e bem-estar da coletividade.

Uma das espécies interessantes, sem dúvida, a da validade das posturas, que impõem dimensão mínima aos lotes urbanos. Contestou-se a respectiva constitucionalidade, mas sem bom êxito, por isso promover a saúde e bem-estar dos habitantes (caso "Dilliard v. Village of North Hills", 94 N.Y.S., 2d., 715; caso "Simon v. Town of Needham", 311 Mass. 560). Num caso desses, a questão se apresentava com certa diferença: a ordenança impedia o parcelamento do lote para revenda, mas tolerava que nêle o proprietário construísse (para arrendar as casas, mas não para vendê-las, como unidades autônomas), uma vila de bangalôs (*a nine-unit bungalow court*). A ordenança foi mantida, no caso "Clemons v. Los Angeles" (216 P. 2d. 1); alegava-se que a postura feria o direito de propriedade, privando o dono de, livremente, vender o que era seu, mas a Justiça de Los Angeles deu como improcedente a ação declaratória, embora com o fundamento duvidoso de que se destinava a postura a evitar a formação de favelas (*slums*) (8), o que, em si, parecia contraditório com o fato de ser permitida a construção da vila para arrendamento. Nos casos, porém, em que a área mínima é fixada para as residências familiares, sem aquêlê particularismo, a doutrina aplaude a jurisprudência tranqüila, que dá pela perfeita constitucionalidade (caso "Collins v. Board of Adjustment", 3 N. J. 200), uma vez que levantar pequenas casas em lotes de dimensão inadequada apresenta problema substancial para as municipalidades, eis que elas provocam congestionamento nas ruas e cloacas, perigo de incêndio, barulho e insuficiente espaço vital, luz e aeração, etc.

A situação dos vizinhos pode sofrer prejuízo — mas de fato e não jurídico, quando uma zona previamente era destinada a residências unifamiliares e, por exemplo, uma emenda ao plano de urbanismo permite a construção de edifícios de apartamentos. Chamam-se, pejorativamente, tais emendas de *spot zoning*, mas nem por isso uma delas deixou de ser confirmada pela Justiça (caso "Rodgers v. Tarrytown", in 302 N. Y. 115), mais uma vez afirmando-se a regra de que os moradores do vizindário não têm direito subjetivo à manutenção de um determinado zoneamento.

Hipótese não menos importante, e que não se confunde com a que acabamos de referir, foi apreciada pela Justiça de Nova Hampshire (caso "For-

(8) Traduzimos *slum* por favela, pôsto seja difícil encontrar sinônimo perfeito na nossa língua. Lê-se no *Webster's New International Dictionary*, 2.^a edição, vol. II, pág. 2370: "SLUM: (Origin uncertain) n. — 1. a A thickly-populated street or alley, esp. one marked by squalor, wretched living conditions, or the degradation of its inhabitants (He lived in Mizzen Lane, a back *slum* of the town) — b A city district comprising such streets". Os tudescos traduzem *slum* por *Elendquartier* (bairro miserável), o que não traduz o primeiro sentido (*sub 1. a*). E os franceses por *bidonville*. O certo é que favelas não são triste privilégio sul-americano; existem pelo mundo a fora, com outras denominações, inclusive nos Estados Unidos, onde, segundo a lição do referido H. ZINK, grandes cidades dos Estados Unidos contêm algumas das piores favelas do mundo (*Large cities in the United States contain some of the worst slums in the world*) (op. cit., pág. 583). Tudo isso a mostrar a necessidade de posturas, a prevenirem a difusão desses malefícios sociais urbanos.

tuna v. Zoning Board of Adjustment" — 60 A 2d 133, N. H., 1948), negando razão ao particular. Lá, em certa localidade, a lei reguladora de zoneamento admitia que, em casos especiais, a autoridade local permitisse desvio (*variance*) da regra de zoneamento, desde que não contrário ao interesse público e se demonstrasse que, em razão de estar o interessado em condições peculiares, a aplicação literal da ordenança se traduziria em gravame desnecessário.

Aconteceu que uma área, em que certo proprietário possuía e explorava uma garagem e salão de automóveis, fôra transformada em distrito puramente residencial; a lei porém, abria uma exceção, para tolerar no distrito aumento de área desde antes em exploração industrial e não em uso puramente residencial: ser dono o industrial de terreno contíguo, na data da lei. O garagemista não o era, mas adquiriu, após do novo zoneamento, um chão limítrofe e obteve licença para crescer a capacidade da garagem. Um vizinho foi à Justiça, alegando prejuízo por ser residente e não concordar com a *variance* do zoneamento a favor do garagemista, mas o ato administrativo, como suso já acenado, foi confirmado, por considerar o tribunal que havia, na hipótese, o requisito do gravame desnecessário.

A crítica judiciária não foi favorável a êsse julgado, que terá feito uma interpretação liberal a dispositivo excepcional do regulamento de zoneamento, quando a jurisprudência dominante era no sentido da interpretação estrita, tanto mais que não é função judicial modificar as condições de zoneamento, *tarefa para a qual a competência é legislativa*.

Espécie importante coube à Justiça de Ohio decidir (caso "Akron v. Chapman", 160 Ohio St. 383). Em 1922, certa ordenança incluiu num distrito residencial uma propriedade, em que o dono, desde 1916, explorava certa atividade não residencial. A postura previa que, decorrido tempo razoável, devessem cessar usos não residenciais na área; em 1950, estava inalterado o uso e nova postura ordenou fôsse cessado qualquer uso não residencial, mas o tribunal concluiu não ser de aplicar a mesma ao demandante, já que a postura era inconstitucional por privativa de um uso legítimo da propriedade. Êsse acórdão, porém, apenas tem a seu favor não haver a primitiva ordenança fixado um prazo certo para a *amortização*, pois que posturas prevendo que, após um determinado e razoável período de tempo deva cessar o uso, têm obtido aprovação pretoriana (caso "Standard Oil C.º v. Tallahassee", 183 F. 2d 410 — 5th Cir. 1950), por ser admitido que mitigam, suficientemente, o prejuízo do proprietário e até, durante certo período, lhe favorecem uma posição privilegiada, por falta de novos concorrentes. Segundo os anotadores, em geral êsses prazos são de 20 a 100 anos! (*Usually periods ranging from 20 to 100 years are provided*). Também a proibição de começar um novo uso contra o disposto na postura de zoneamento, pôsto que seja isso prejudicial ao proprietário, tem sido considerada constitucional (caso "Village Euclid" já citado; caso "People v. Miller", 304 N. Y. 105); já as ordenanças que determinam, sem prazo de amortização, a eliminação do uso preexistente têm sido julgadas inconstitucionais, salvo se provado constituir o uso um dano (caso "Jones v. Los Angeles", 211 Cal. 304; caso "Hadacheck v. Sebastian", 239 U.S. 394), mas algumas limitações podem ser impostas ao uso

anterior à postura: sua expansão pode ser restringida e a reconstrução, após destruição do prédio, impedida.

No exame da jurisprudência norte-americana, posição de relêvo merece o caso "Vernon Park Realty, Inc. v. Mount Vernon" (*in*, 307 N. Y. 493 — 1954), que mereceu procedentes críticas. Assim se pode resumir: certa firma comprou, em 1951, uma área, onde havia muitos anos se explorava o negócio de estacionamento de veículos, tolerado mesmo após postura de 1927, pela qual, de comercial, o distrito passara a residencial. No instrumento da operação, o comprador, declarando-se ciente da ordenança, fêz consignar cláusula de que pretendia no terreno construir um edifício de lojas comerciais a varejo (*a retail shopping center*), uma vez que a área estava circundada por edifícios comerciais. Se não obtivesse a licença, reservava-se o direito de desfazer a aquisição (*under the provisions of the purchase agreement plaintiff retained a power to reconvey to its vendor*). A licença foi denegada pela Administração, mas a Justiça de Nova Iorque, em ambas as instâncias não foi do mesmo parecer, por considerar inconstitucional a postura que "proíbe empregar a propriedade em uso para o qual seria o mais fâcilmente adaptada" (*most readily adapted*).

Este caso, quanto à solução de mérito (pelo fundamento adotado), recebeu forte reserva da crítica especializada; mas, no tangente à questão prévia (de legitimidade do nôvo adquirente para postular a declaração de inconstitucionalidade, não). A regra jurisprudencial, de fato, era no sentido de que quem compra ciente de pesar sôbre o bem restrição de zoneamento não pode pretender uma dispensa (*variance*) da limitação, por considerar esta gravame excessivo, eis que o seu prejuízo terá sido por êle mesmo criado (*since the hardship he complains of is self-created*), como, em outra espécie, já se decidira (caso "Clark v. Board of Zoning Appeals", 301 N. Y. 86-1950). Mas isso não impediria o nôvo adquirente de postular a inconstitucionalidade: na hipótese de pleitear a *variance*, em juízo estaria afirmando a existência de uma ordenança *válida* e no outro a sua *nulidade* e uma postura nula não seria vinculativa para quem quer que fôsse (antigo ou nôvo dono do bem).

No mérito, porém, os ditos julgados não foram felizes no fundamento adotado, pois a tese de que será inválida a ordenança, que proíba o uso para o qual o bem pode o mais fâcilmente ser adaptado, nega o princípio de que o processo de zoneamento freqüentes vêzes tem que restringir o uso da terra preferido pelo proprietário, por não o considerar o mais desejável para o local. Talvez a conclusão do julgado fôsse a mesma, se tivesse adotado o fundamento mais aceitável e já com bons antecedentes pretorianos (*v. g.*, caso "Rowland v. City of Racine", *in* 223 Wis. 488), pelo qual o zoneamento não pode, *arbitrariamente*, impor um uso mais restritivo à propriedade do que o permitido à circunvizinha. As restrições ao uso da propriedade, pelas posturas, não podem ser arbitrárias ou desarrazoadas (caso "Nectow v. Cambridge", 277 U.S. 183), tampouco sendo lícito chegar-se a não ser tolerado qualquer uso razoável de uma propriedade (caso "Arverne Bay Constr. C.º v. Thatcher", *in* 278 N. Y. 22).

4. *Como encarar os problemas em nosso direito.* Temos como bem elucidativa a solução jurisprudencial acima concatenada, com as observações en-

tão feitas, que deixam claro, nos casos de acórdãos conflitantes, qual dêles nos parece merecer aprovação. E aprovação que, para nós, implica em autorizada recepção para o nosso direito, por se tratar de princípios gerais, que a técnica jurídica aconselha invocar, quando inexistir texto constitucional, ou legal, em contrário.

Mas alguns pontos, devido a opiniões entre nós sustentadas por juristas de ótima suposição, merecem algumas reflexões a maior.

Tido por todos nós como especialista de alto predicado, o prof. HELY LOPES MEIRELES (9), com vigor, ensina: “entendem uns que (o zoneamento, *sc*) só pode ser expresso em lei Municipal; admitem outros sua imposição por decreto do Prefeito. Perfilhamos esta última orientação, por entendermos que o zoneamento é ato tipicamente administrativo, de repartição da área planificada e reservada para ocupações específicas. Não é ato normativo geral; é provimento especial para a repartição do solo consoante sua destinação específica”.

Ora, pela leitura da esclarecedora jurisprudência norte-americana — se apura que sempre em jôgo deliberações do órgão legislativo local, o competente para editar as posturas de zoneamento. No caso particular do Estado da Guanabara, outra não pode ser a solução, já que o diploma substantivo em vigor, base da regulamentação em estudo, é a citada “Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado da Guanabara” e a atual Constituição do Estado, em seu artigo 9.º, inciso III, é muito clara ao recitar que à Assembléia Legislativa compete, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente: “planos e programas estaduais de desenvolvimento”, não havendo qualquer dificuldade, dados os termos amplos do inciso, em incluir nêle os planos de zoneamento.

E não nos parece corresponder à natureza das coisas, nem ter bom amparo doutrinário, sustentar que o zoneamento não seja ato normativo geral e que seja êle ato tipicamente administrativo. Com muita precisão, ROBERT NEBINGER (10), observa que êle — justamente porque tem o caráter de um princípio geral (*Weil er den Charakter einer allgemeinen Vorschrift hat*), não é nenhum ato administrativo declaratório. Assim, argumentar com o caso da desapropriação, em que a lei dá as espécies e concede a autorização para desapropriar e por ato administrativo é que esta se realiza, é um argumento impróprio, já que nela o ato administrativo se admite e torna necessário, por ser declaratório (declaração de utilidade pública), o que não se dá na hipótese de zoneamento. Êste, aliás, só aparentemente é um *minus* em relação à desapropriação, pois na verdade se trata de um *aliud*: restrição à propriedade, sem indenização e a desapropriação forma coata de adquirir o domínio

(9) Cf., *Direito de Construir*, 2.ª ed., págs. 126/127. Adere, sem reservas, a essa lição o Dr. ARION SAYÃO ROMITA, em artigo rico em pesquisa legislativa e digno de leitura atenta, pôsto que nem sempre possamos aderir às suas teses (cf., *Os loteamentos ante a legislação do Estado da Guanabara*, na “Rev. de Direito da Procuradoria Geral”, vol. 18).

(10) Cf., *Verwaltungsrecht*, Parte Geral, 2.ª ed., págs. 188/189, onde assinala: “ist der Bebauungsplan kein feststellender Verwaltungsakt”. O grifo é do próprio NEBINGER.

privado, mediante pagamento de preço, se acordado entre as partes ou de indenização justa, se malograr a composição amigável. O ilustre autor paulista, de que ora ousamos divergir, pôsto que com as devidas homenagens, anteriormente também sustentava que o Plano Diretor poderia ser apenas aprovado por decreto executivo, mas um melhor estudo o fêz modificar a opinião, como, com boa humildade científica, ora confessa (ver, livro citado, pág. 113, nota 63) e, assim, talvez uma melhor meditação no presente tema, harto aparentado com aquêlo outro, o faça convencer de que a lição do professor tedesco é que deve prosperar.

Outro ponto polêmico, que implica numa tomada de posição, é o da legitimidade *ad causam* do vizinho, para tornar efetivas as normas das posturas edilícias, relativas ao zoneamento e normas conexas. Houve na América do Norte (apura-se da jurisprudência suso referida) demandas propostas, investindo contra a *spot zoning*, afinal decididas pela improcedência (mas por considerar o tribunal que a situação dos vizinhos pode sofrer prejuízo de fato, mas não jurídico), todavia sem dar pela preliminar de mérito, por ser essa técnica exótica ao direito processual local. No entanto, entre nós, o assunto há de ser apreciado em termos de carência de ação.

Ter o vizinho ação nesse sentido é matéria controvertida, não apenas entre nós, mas também nos demais países de direito informado no continental europeu, inclusive na Alemanha, onde, afirma KURT EGON VON TUREGG (11), a jurisprudência dominante é no sentido de não haver (salvo, é claro, dispositivo legal expressamente reconhecendo-o) direito público subjetivo à manutenção do que preverem as normas do zoneamento; jurisprudência dominante, mas não tranqüila, tanto assim que a Justiça de Stuttgart (em 1951) teve oportunidade de julgar pela existência do direito, no caso, porém, de que as normas tenham sido editadas, não apenas no interesse da comunidade, mas sim, também, no de simples pessoas, p. ex. dos proprietários vizinhos (*für den Fall, dass die Bebauungsvorschriften nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch von einzelnen Personen, z. B. von Grundstücksnachbarn erlassen worden sind.*).

Na Itália, também, o assunto sempre foi harto disputado e bem limado, pela doutrina e pela jurisprudência. O atual Código Civil pretendeu acabar com a departição de opiniões, mas não o conseguiu, como já tivemos oportunidade de relevar em artigo de vinte anos atrás (12). O legislador italiano no artigo 869 passou a dispor: "Os proprietários de imóveis nas municipalidades, em que haja planos reguladores, devem observar as suas prescrições, nas construções e nas reconstruções ou modificações das construções existentes" e o artigo 872, segunda parte: "Aquêle que sofreu dano por efeito da violação deve ser ressarcido, ressalvada a faculdade de pedir a volta ao estado anterior, quando se tratar de violação das normas contidas na seção seguinte ou por esta referidas". Êsses artigos, que não possuímos, não fizeram

(11) Cf., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3.^a edição, pág. 381 e nota 4.

(12) Sob o título *Da responsabilidade do vizinho, e da Prefeitura Municipal, por dano à propriedade de confinante*, publicado na *Revista Forense*, vol. 130 (julho de 1950), págs. 57/60.

cessar a discrepância reinante entre os juristas peninsulares, como naquele trabalho de mais de dois decênios já acentuávamos. Então dizíamos:

“IV. Poderia ter-se sustentado a responsabilidade civil do proprietário, frente ao vizinho, considerando-se que certos regulamentos administrativos impõem deveres a proprietários e regulamentos poderiam ser invocados como norma civil subsidiária já que certos artigos do Código Civil prevêem a existência e sujeição do proprietário a tais normas edilícias”.

“A questão não é apenas elegante, mas de interesse prático, havendo divergência ao propósito. Divergência no sentido de saber se tais regulamentos (normas dos) municipais se incorporam à norma civil, constituindo direito subjetivo do vizinho. Se assim é, o vizinho, no caso, podia ter acionado o proprietário, réu no feito, com a simples alegação de não haver este cumprido o que lhe ditava a norma edilícia”.

“A controvérsia, porém, já agitou os italianos, sendo que eles se dividiram a respeito, tendo havido uma reapreciação de conceitos com a publicação e vigência do novo Código Civil”.

“Antes do novo diploma civil, CARLO GIROLA (*Le servitù prediali pubbliche*, 1937, pág. 328) sustentava que a orientação jurisprudencial mais recente se inclinava no sentido de considerar que as normas contidas nos regulamentos comunais eram puramente de caráter administrativo e não civil. Os comentadores do atual art. 872, porém, ensinam o contrário. NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI (*Il nuovo codice comentato*, livro III, 1944, pág. 122) enfaticamente dizem que outorgam um verdadeiro e próprio direito subjetivo, correlativo à obrigação que tais normas impõem ao proprietário confinante. Mas, ao que me parece, essa afirmativa pode merecer algum temperamento. Melhor será a moderação contida na lição de FRANCESCO DE MARTINO (*Della proprietà*, 1946, pág. 209; ampla jurisprudência em CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, ed. de 1949, vol. I, págs. 121/124) — que diz que a solução que se impõe consiste em distinguir: a) normas ditadas a favor de um interesse público (caso em que o privado não poderá exigir a observância com a ordinária ação judiciária); b) normas que não têm natureza diversa daquelas recebidas pelo Código Civil (e aí não haverá razão para excluir que se trate de verdadeiros e próprios direitos subjetivos). DOMENICO BARBERO (*Sistema istituzionale del diritto privato*, 1949, vol. I, págs. 680/681 e nota 2) subdistingue, ainda, com mais rigor: para a violação das normas regulamentares comunais há que verificar se se trata daquelas referidas pelo Código ou das não reclamadas pela lei civil. As primeiras, sendo complementares das disposições gerais do Código, têm valor de limites legais e conferem ação privada. Para as outras, não em relação às que foram ditadas somente no interesse público e *sim* para as que, dessa última natureza, protegem (enquanto coincidente) o interesse privado”.

Naquele estudo de mais de quatro lustros atrás, pôsto que reconhecendo que a tendência da doutrina italiana tinha ótima aparência, ficamos com o acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo eminente civilista e professor ministro HAHNEMANN GUIMARÃES (“agravo”, n.º 12.730, no D.J., de 12-V-1947, apenso, pág. 843) de não incorporação das normas administrativas pelas civis.

Passados tantos anos, continuamos pensando que a solução *prudente e justa* será a defendida por aquêles dois professôres italianos, por último citados. Mas uma coisa é a Justiça e outra a Lei e, pela lei brasileira, o jurista não pode ir tão longe como pretende o ilustre HELY LOPES MEIRELES (livro citado, págs. 84/85), embora sua enérgica posição nos leve, em parte, a modificar a primitiva posição (13).

Por muito esclarecedora, temos como indicada a tradução do comentário de FRANCESCO DE MARTINO:

"1. Caráter das normas edilícias. — Para o tangente à primeira parte (do art. 872) veja-se acima, *sub arts.* 869/871. Importante é a disposição contida na segunda alínea (*comma*), a qual resolve dúvidas surgidas sob o império do código de 1865. O problema se apresentava assim: se o particular, que fôsse prejudicado pela inobservância por outros das normas dos regulamentos comunais de edificação e higiene, podia exigir que as obras, feitas em contravenção a tais normas, fôsem demolidas. As soluções dêsse problema, que se encontram tôdas representadas nas decisões judiciárias e na doutrina, são as seguintes: *a*) as normas regulamentares, quando invocadas pelo código civil, dão vida a direitos subjetivos, em razão dos quais o vizinho pode sempre exigir a demolição; *b*) requer-se, precisando ulteriormente tal doutrina, que da violação da norma regulamentar derive um dano para o vizinho, que, então, terá legitimidade a agir pelo dano; *c*) contra tais soluções se objecta que as normas regulamentares são de tutela de interesses públicos e, se ao atuarem, coincidem com um interesse privado, isto não é motivo suficiente para legitimar êste com a ação judiciária; *d*) distingue-se, segundo miremos as normas regulamentares a um interesse público, com o qual coincida uma simples vantagem do particular ou objetivem um interesse público e privado simultâneamente ou, como com outras palavras sói expressar-se a jurisprudência, sejam normas integrativas das disposições dadas pelo código civil; *e*) finalmente, distinguem-se as normas regulamentares em três categorias: aquelas endereçadas à tutela de um interesse público, as

(13) O douto professor dá pela total incorporação e nós, não. Lê-se em seu precioso tratado: "Os regulamentos edilícios impondo, normalmente, obrigação de *não fazer*, criam um direito subjetivo a essa abstenção, como bem acentua DABIN: "sans doute, ces obligations especiales peuvent être génératrice du droit subjetif au profit d'une personne: ce sera alors la face active de l'obligation". O mesmo ponto de vista é esposado por DE MARTINO em trabalho especializado sobre a propriedade, onde afirma que as normas regulamentares limitativas da construção constituem "fonte di diritti soggettivi a favore di proprietarii dei beni rispetto ai quali la limitazioni sono imposte e pertanto dalla loro violazione od inosservanza nascono le stesse conseguenze giuridiche, che derivano dall'inosservanza delle norme del Codice Civile".

Em nota 19, refere-se ao livro que nós também citamos, na mesma edição, pág. 220. No entanto, tal página 220 não é a *sede materiae* e nela não deparamos o trecho imputado a DE MARTINO. Este autor trata do tema no local por nós indicado, sustentando uma opinião moderada, a merecer tradução, que nos permitimos fazer. A menos que se trate de outro livro, que não *Della Proprietà* (volume da coleção "Commentario del Codice Civile", "a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca"), Bolonha-Roma, 1946.

que integram as normas do código sôbre relações vicinais, aquelas que, sem referência ao código, estabeleceu limitações para fins de interesse público, com que coincidem interesses de particulares. As três primeiras soluções, muito extremadas, devem por isso mesmo rejeitar-se, uma vez que descuram o relêvo essencial de que os regulamentos edilícios nem sempre tutelam um interesse público exclusivamente ou um interesse privado conjuntamente ao público. Assim a solução prevalente na mais recente jurisprudência se impõe, porque — tratando-se de normas ditadas a favor de um interesse público, nenhum direito surge para o particular de exigir a sua observância através da ação judiciária comum; mas, se se tratar de normas que não têm natureza jurídica diversa daquelas recebidas no código civil, não há razão para não admitir que aqui se trate de verdadeiros e próprios direitos subjetivos. Feita esta fundamental distinção, o problema pode considerar-se colocado em termos exatos, mas não ainda resolvido, pois que é de mister, nos casos emergentes, estabelecer quais normas se devam considerar como invocadas pelo código ou integrativas do mesmo e quais devam ser estimadas, ao contrário, como dirigidas à tutela de exclusivos interesses públicos. Em particular, para o afastamento e altura dos edifícios, se afirmava que as normas regulamentares não deveriam entender-se recebidas pelo código e, por isso, que ao particular não competisse a ação judiciária para a demolição das obras, mas tão só que êle pudesse fazer valer seu interesse legítimo nos confrontos da Administração Pública, perante a justiça administrativa. O atual código acolheu a distinção fixada na mais recente jurisprudência. A inobservância das normas regulamentares edilícias constitui título para a ação de ressarcimento do dano em qualquer caso; a redução em pristino poder-se-á postular tão somente quando tiver ocorrido violação de normas reclamadas pelo próprio código”.

Infelizmente, dada a imprevisão do nosso código civil — a merecer corretivo no em elaboração — só por raridade se poderão ter, como outorgando direito subjetivo ao vizinho, as normas edilícias. No artigo 572, não — eis que êste, na parte final, separa o direito dos vizinhos da observância dos regulamentos administrativos (“salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”). A rigor, só no artigo 578, que não é norma geral, mas particular e que apenas se refere à distância entre construções e certas benfeitorias (“As estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras e, em geral, as construções que incomodem ou prejudiquem a vizinhança guardarão a distância fixada nas posturas municipais e regulamentares de higiene”) ou o artigo relativo a tapumes (art. 588, § 2.º).

Impõe-se, sem dúvida, uma mudança legislativa, mas enquanto ela não vier, não nos parece se possa ir mais longe do que ora sugerimos, mitigando posição extremada anterior. Assim, carência de ação no geral dos casos, em que o vizinho autor da ação não demonstre ocorrer referência expressa da norma civil aos regulamentos edilícios, não apenas como limitação ao direito de construir, mas também como “direito do vizinho” (14).

(14) O problema não se põe, apenas, em relação às normas edilícias, mas também em relação às normas de polícia relativas, p. ex., à segurança e higiene do trabalho. Com a sua autoridade e precisão, o prof. GUIDO ZANOBINI, na sua

contribuição *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, com que enriqueceu a coletânea *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, ensina (vol. II, págs. 716/717): "I) no direito administrativo, as leis de polícia e as leis sanitárias, vedam o estabelecimento de indústrias insalubres e perigosas no interior dos povoados (*abitati*), salvo autorização a ser concedida, caso a caso, pela autoridade. No caso de violação destas normas, os particulares, que padeçam um dano provocado pela indústria estabelecida na proximidade dos seus bens ou habitações, podem pedir a reparação pecuniária, independentemente da ação repressiva, que pode ser usada pela Administração para fazer cessar a transgressão. Outras situações particularmente importantes são aquelas ligadas à legislação social do trabalho, na parte em que impõe aos empresários a adoção de meios técnicos e pertinentes ao local de trabalho (*ambientali*), necessários para garantir a segurança e a higiene dos trabalhadores. É pacífico que, pela inobservância destas normas, decorre uma responsabilidade pública do patrão em relação ao Estado e uma responsabilidade civil do mesmo em frente aos trabalhadores, sempre que estes sofram um dano, em razão da violação: *todavia, isto não significa que estes tenham um direito subjetivo à observância de tais normas, já que o escopo imediato das mesmas é a tutela de um bem geral* (grifo nosso). Opinião pacífica: cf., de recente, L. LEVI, *Istituzioni di legislazione sociale*, pág. 76".

"Particularmente significativo, afinal, é o parecer, formado na própria doutrina civilística e na jurisprudência, em torno aos efeitos subjetivos das normas de polícia edilícia, contidas nos regulamentos comunais. A questão se de tais normas possam derivar direitos subjetivos entre os proprietários privados é assaz antiga: a doutrina sempre reconheceu que, se pelos regulamentos surgissem verdadeiros direitos, em caso de violação os proprietários vizinhos poderiam pleitear a demolição dos edifícios construídos indevidamente, independentemente de um dano efetivamente verificado; e que, a não ser assim, isto é, se ditas normas não se pudessem estimar fontes de direitos subjetivos, por ditadas apenas no interesse geral, os proprietários não poderiam obter senão o ressarcimento do dano e sempre que este ficasse comprovado. A jurisprudência mais recente, aplicando estes conceitos, distingue as normas estabelecidas no interesse dos particulares das que o foram apenas no interesse público da higiene e da estética: das primeiras derivarão verdadeiros direitos subjetivos, com a consequência acenada e das segundas não surgirá senão o direito à reparação do dano. Isto equivale a dizer que, na hipótese de normas estabelecidas apenas no interesse público, os particulares, carentes de um direito subjetivo, podem valer-se do princípio geral da responsabilidade por danos, quando da violação deflua a lesão de um interesse próprio: interesse que, dessa forma, vem reconhecido como interesse legítimo. A solução da jurisprudência foi acolhida pelo art. 872 do novo Código. Tal artigo representa, portanto, uma aplicação legislativa do princípio geral a que nos referimos: não seria justo considerar, pois, que ele haja transformado em direitos os interesses dos particulares, já que estes através do ressarcimento conseguiram receber uma tutela tão só indireta, contraposta agora à da repristinação, que o mesmo artigo estabelece para as normas edilícias ditadas pelo próprio Código ou por este expressamente invocadas".

No entanto, entre nós, não há como obscurecer a tendência (a nosso ver justificada, só lamentando não haja sido ampliada para o geral dos casos) do legislador em dar, em leis especiais, ação ao vizinho para fazer valer certas posturas. Assim, a lei estadual coibidora dos ruídos excessivos (decreto-lei n.º 112/1969), em seu artigo sexto, outorga direito público subjetivo a qualquer prejudicado, para investir contra os abusos censurados pelo diploma legal. E o legislador federal — decreto-lei n.º 271/1967, art. 6.º, dispendo sobre o lotea-

mento urbano — diz que "...os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacôrdo com as restrições urbanísticas do loteamento ou contrários a quaisquer outras normas de edificação ou de urbanização referentes aos lotes".

A nosso ver, a regra legal não deveria limitar-se ao caso de loteamentos: mas isso é ponto de política legislativa. *De lege ferenda* deverá ser assim; mas, infelizmente, *de lege lata*, ainda não o é.