

— o direito público compreende as relações entre sujeitos dotados de *imperium* e entre estes e seus súditos (sujeitos desiguais em força jurídica), envolvendo as condições para a realização de fins comuns impessoais, relativos a interesses dotados de certo grau de intensidade;

— o direito privado compreende as relações de coordenação (entre sujeitos dotados da mesma força jurídica), envolvendo as condições para a realização de fins próprios pessoais, individuais ou coletivos, de intensidade insuficiente para a sua publicização.

10. Embora difícil, a distinção é necessária na solução de variados problemas de incidência e intensidade de atuação da norma jurídica. Os gregos a ignoraram, mas os romanos, os grandes construtores do edifício jurídico, não tardaram em distinguir os dois aspectos do direito. Os povos germanos não os compreenderam. Por sua influência, como reconhecem os doutos, na Idade Média várias confusões se estabeleceram como, por exemplo, entre soberania territorial e propriedade privada ou na posse de imóveis acarretando jurisdição. Nota-se, ainda, essa “privatização” do direito público no considerar a função pública como bem de família ou no dever nobre de portar armas. A Idade Moderna, porém, assiste a restauração dos dois campos distintos do direito e, recentemente, o fenómeno inverso, da penetração crescente do direito público nos institutos de direito privado. A “publicização” deste, tendência que os privatistas procuram coarctar, é cada vez mais intensa, notadamente no que diz respeito à instituição da propriedade e outras, de relevância social. Não quer isso dizer, todavia, que tenda a desaparecer o direito privado. Pelo contrário. Este se expande constantemente, mais flexível e livre, atendendo à complexidade crescente do cada vez mais intenso intercâmbio de variados e novos interesses particulares. O direito público, porém, mais nobre e mais enérgico, mais e mais social e universal, se impõe como o futuro direito do mundo, seguindo a evolução da ordem internacional para o Super-Estado que se avizinha.

O DIREITO DE CONSTRUIR E OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO

Procurador Geral da P.D.F.

Ponto cardeal e de partida, para este estudo, é o princípio que define a propriedade como o direito de gozar e dispor da coisa de modo amplo — *desde que dela não se faça o uso vedado pelas leis e regulamentos.*

A origem e a legitimação da propriedade foram, em todos os tempos, matéria de controvérsia; as escolas socialistas, todavia, trouxeram à ordem do dia uma revisão básica do conceito.

A princípio, o direito de propriedade, com caráter exclusivo e ilimitado, traduzia uma relação direta e imediata entre a pessoa e a coisa, *erga omnes*. Encerrava o conceito primitivo dois elementos: relação entre o sujeito e a coisa, permitindo a utilidade e a obrigação, de conteúdo negativo, por parte de terceiros, de não perturbar aquela situação, cuja consequência é a exclusividade.

Envolvendo a propriedade a plenitude do direito sobre a coisa, e sendo como tal ilimitada, tôdas as restrições a se lhe opor pareceriam em contradição com essa idéia fundamental. A conclusão seria absurda — a plenitude da propriedade não impedindo uma limitação, que se faz em favor da coletividade, com origem ainda nos tempos de Roma. O *abusus* primitivo já não mais indicava um aproveitamento sem peias; o exercício do domínio começava a subordinar-se ao bem público. Sem embargo, o influxo dos princípios individualistas dominantes no final do século XVIII forçou a considerar-se o direito de propriedade como sagrado para seus titulares. O exagêro voltou a plasmar, como nos primórdios do direito romano, os três elementos constitutivos. A propriedade podia ser usada de modo absoluto, gozada de maneira exclusiva e mesmo disposta de forma abusiva. Essas normas, prescritas pela Declaração de Di-

reitos, foram acolhidas, sem sombra de restrição, pelas Constituições que se elaboraram posteriormente ao Movimento.

O interesse social soube porém, sob a forma de interpretações flexíveis, contornar a rigidez das conceituações constitucionais, de modo a que se sujeitasse a propriedade particular às limitações necessárias, em atendimento ao interesse público. A. BANDEIRA DE MELO, eminente Procurador da Prefeitura de São Paulo, em sua monografia *Limitações ao Direito de Propriedade*, salienta com precisão que “a princípio, tímidamente, admitiu-se pequenas barreiras aos excessos dos titulares desse direito, para a manutenção da ordem pública, porém, pouco a pouco, foram se estendendo os entraves opostos à plenitude do seu uso e disposição, para, por fim, chegar-se a proclamar a licitude de qualquer restrição ao direito de propriedade, quando sancionada em defesa do bem estar da coletividade”.

A acanhada concepção dos primórdios romanos referendada na Declaração de Direitos, de caráter particularmente individualista, nunca poderia vingar numa época em que os interesses pessoais devem coexistir, mas sempre em posição de sacrifício em relação àqueles superiores do Estado. Há sempre que se fazer presente uma subordinação às necessidades gerais. Assim deve ser, dependendo a estabilidade do Estado desta subordinação, que a evolução atual exige cada vez mais enérgica.

O Estado, em relação ao dever que tem de proteger a convivência social traça normas conciliando o exercício da atividade de cada indivíduo com um mínimo de incômodos e um máximo de vantagem para os demais. Dificuldades há, quase insuperáveis, e se bem que, em princípio, à propriedade devam ser reconhecidas as maiores garantias, também é verdade que a convivência social deve merecer uma proteção toda especial, condição *sine qua non* da própria estabilidade estatal.

O eminente desembargador SABÓIA LIMA teve oportunidade de salientar que

“o direito — um bem juridicamente protegido pelo Estado — não pode ter a faculdade de agir de um modo absoluto, sem freios prejudicialmente ao bem comum, ou da maioria, e portanto, abusivamente, anti-socialmente.”

“O direito de propriedade, hoje, não se pode definir, como nos tempos romanos, como o direito que submete uma porção do mundo físico ao poder de um indivíduo,

que dêle pode usar, gozar e abusar de modo absoluto. Nem mesmo se poderá sustentar como PLANIOL, AUBRY ET RAU, GIANTURCO, LAFAYETTE e outros, que o direito de propriedade consiste no poder absoluto e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa. A propriedade tem uma função e há de se ajustar às necessidades e solicitações coletivas, em que, ponderadas sejam as prerrogativas alheias, o direito de outrem, as imposições da vida social.”

“Aos governos cabe a decretação de leis e medidas coarctadoras da liberdade absoluta no gozo dos direitos, e assim impor aos seus titulares condições e restrições, que lhes moderem e orientem o poder e o arbítrio. Doutra forma, há impossibilidade de cumprir o Estado com seus altos fins.”

“Tôdas as modernas doutrinas de Estado — democráticas ou não, socialistas, fascistas, comunistas, admitem como legítima as intervenções das forças governamentais nas relações de direito privado, no sentido de se coibir a opressão de uns homens sobre outros e de evitarem violência, exploração e individualismo anti-social. Não há mais inviolabilidade contratual senão dentro dos limites da ética e da teologia jurídica e social das obrigações” (*apud* CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro — Interpretado*, vol. 7, pág. 272).

O direito de propriedade, conceituado como o fazem Constituições e Códigos atuais, nada mais tem daquele absolutismo que caracterizava a primitiva idéia romana, podendo ser limitado ou modificado onde quer que se faça necessário atender às exigências do bem-estar coletivo. Continua com um certo caráter absoluto, mas até onde o permita o interesse mais elevado da coletividade.

A Constituição brasileira de 1934, no capítulo referente à declaração de direitos, não retrogradou. Admitindo o progresso, aceitou uma situação que as grandes revoluções de *post* guerra haviam estabelecido. PONTES DE MIRANDA, em comentário, notara que os juristas brasileiros ainda não se haviam acostumado à alteração do conceito de propriedade (*Comentários*, 1934, II, 185, n.º 4).

Já a Carta de 1937 mandava que o conteúdo e os limites do direito de propriedade fôssem regulados em leis especiais, e a Cons-

tuição vigente, embora parecendo retrógrada nesse ponto (art. 141, § 16), prescreve seja o uso da propriedade condicionado ao bem-estar social (art. 147).

O REGULAMENTO ADMINISTRATIVO TEM CARÁTER DE DIREITO SUBSTANTIVO — Há necessidade inicial de remissão ao Código Civil, art. 572, que estabelece:

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

Sem dúvida os dispositivos d'este gênero têm função integrante ou complementar do Código Civil. Em outras palavras, o direito de construir está sujeito às restrições de caráter regulamentar, destinadas a impedir o uso da propriedade de forma nociva à saúde, contrária à segurança ou a qualquer outro motivo de interesse público.

Em consequência, é facultado ao Estado a decretação de normas dessa natureza, com liberdade ampla, *dentro da órbita reclamada pelo bem-estar coletivo e de um respeito à substância do próprio direito de propriedade.*

Neste passo, convém distinguir os preceitos atinentes ao modo de construir (*licença*, regras sobre segurança e higiene das habitações, previstas nos regulamentos edilícios), dos que se referirem às inobservâncias das exigências administrativas.

Quanto à primeira parte, por sem dúvida, nenhuma lei federal existe, interferindo indêbitamente em matéria de polícia de construções.

Em relação à segunda parte, isto é, à competência do Estado para decretar medidas que lhe permitam sanções imediatas e eficazes contra obras iniciadas em infração dos regulamentos, força é reconhecer que o poder do município não deve ir além do embargo administrativo ou da aplicação de multa por inadimplemento de postura. O desfazimento de construção clandestina só pode efetuar-se por via de ação cominatória de que trata o art. 302, XI, *a*, do Código de Processo Civil. Somente para os casos mais graves aplica-se o disposto no art. 305. Quer isso dizer que, quando a obra é comum, e não se imponha sua imediata demolição, a Administração tem de aguardar decisão judicial que a declare ilegal e a submeta à regularização, ou lhe determine a destruição. São assim, inteira-

mente desvaliosos os preceitos que, a respeito, contém o Código de Obras local.

Na verdade, faltaria um dispositivo de caráter violento, que enseje ao Estado a imediata demolição de obra clandestina, logo em seu comêço, uma vez que se não pudesse invocar a urgência requerida pelo dispositivo do art. 305. Poder-se-ia argumentar que a concessão de arma tão poderosa criaria talvez o arbítrio e acobertaria abusos. O interesse público, todavia, autorizaria a medida; de resto, o art. 48 da vigente Lei Orgânica cogita torná-la realidade.

A tese já foi estudada pela Procuradoria da Prefeitura de São Paulo, que respondeu, afirmando, ninguém poder acoimar de arbitrário ou de abusivo aquêle que apenas fiscaliza o cumprimento da exigência legal de apresentação de alvará de licença e planta aprovada. Quem constrói sem êsses requisitos é que abusa e não tem o direito de queixar-se contra a justa reação coercitiva do órgão fiscalizador. Se a Administração ignora o plano da construção, como poderá consentir na sua execução? O que virá a ser, que perigos poderão ela apresentar, se não fôr destruída logo de início?

As normas regulamentares atuam sobre a coisa, delas não sendo lícito afastar-se, porque o Estado, como poder social, entendeu lesivo ao interesse comum o levantamento de obra contra determinadas especificações. Se se constrói com desrespeito a essas normas, a obra deve ser suspensa, demolida ou posta de conformidade com o interesse geral.

Embora reconheçamos o raciocínio como levando à conclusão ideal, dêle não comungamos; parece-nos indispensável a intervenção do Judiciário, que agirá em campo neutro, no resguardo, inclusive, do direito do privado.

Em tese, incontestavelmente, pois, o direito do proprietário de construir em terreno seu. É o que prescreve o art. 572, do Código Civil, com as restrições nêle consignadas.

Ao movimento ascensional da socialização dos direitos já não se ajusta, por absoluto, o conceito da propriedade que o Código de Napoleão cristalizara no art. 544:

“O direito de gozar e de dispor das coisas de maneira mais absoluta.”

Não é, com efeito, absoluto, o direito do proprietário.

“O absoluto — adverte JOSSEBRAND — não é dêste mundo jurídico. Não há direitos que sejam verdadeiramente isolados no espaço e no tempo. Tôdas as faculdades jurídicas, por isso mesmo que se realizam em um meio social, comportam fatalmente limitações. Acham-se comprimidas por fôrça de situações, de aspirações por igual respeitáveis que reivindicam sua parte legítima e que devem obtê-la” (*Direito Civil*, I, n.º 1.472).

É que, como acentua GABBA:

“La proprietà anzi ogni diritto, si intende dato dalla legge all'individuo allo escopo di rendere possibile la sociale convivenza, e non già per renderla impossibile” (*Questioni di Diritto Civile*, pág. 150).

Para tornar possível a convivência social, tem o Poder Público o direito — mais que isso, o dever — de prescrever normas que conciliem o exercício da atividade de cada um com a menor soma de incômodos e inconvenientes para os demais.

Não se ensejaria arguição de inconstitucionalidade, muito menos se constataria inconstitucionalidade manifesta quanto à tese. Já sob o império da Constituição anterior, mais ortodoxa que a vigente no amparo ao direito de propriedade, a Côte Suprema decidira que:

“Não afetam o direito de propriedade, assegurado pelo art. 72, § 17, da Constituição Federal, por não deixar de prevalecer o interesse público sôbre o particular, as disposições de ordem administrativa que entendem com o alinhamento, altura, solidez e condições de salubridade ou embelezamento (embelezamento, atente-se bem) na construção dos edificios situados nas cidades ou povoados” (*in* ARAÚJO CASTRO, *Comentários*, nota 9 à pág. 416).

E como agir no sentido dessa limitação em benefício do interesse coletivo? — Exatamente por meio do regulamento e da polícia edilícia.

O DIREITO PÚBLICO IMPÕE LIMITES À PROPRIEDADE PRIVADA — Os regulamentos edilícios não serão genêricamente considerados, neste estudo, simples normas de polícia edilícia, mas,

de modo mais preciso, como limites de direito público à propriedade privada imobiliária.

A existência dos regulamentos é perfeitamente justificada: de um lado, num sentido privatístico, pelo mesmo princípio jurídico que legitima a servidão legal, ou seja, em face da necessidade que tem o Estado de ditar normas para disciplinar a coexistência de direitos, com vantagem recíproca para o interesse singular; de outro lado, num sentido publicístico, pelo evidente interesse que tem a coletividade em manter o aspecto da cidade conforme às regras da arte, bem sistematizados, amplos e regulares, os logradouros públicos; de modo a que o comércio e o trânsito não encontrem obstáculos, a incolumidade das pessoas seja salvaguardada e o ar e a luz possam circular e se projetar livremente.

Contudo, se os regulamentos edilícios representam essencialmente um limite à propriedade privada, não se pode esquecer que esta goza, em contradição, pela torna da incidência, uma proteção especial.

O problema comporta duas soluções: — ou essas normas edilícias estão impregnadas unicamente de caráter publicístico, e jamais deixarão de ser simples disposições de direito público-administrativo, ou apresentarão ainda um nítido caráter privatístico.

Defendendo a primeira, há preciso e elegante estudo de ALCINO PINTO FALCÃO (fascículo XV da *Revista de Direito Imobiliário*), que entra na apreciação da natureza jurídica dessas normas regulamentares.

Em resposta à indagação lançada no sentido de saber se os preceitos dos regulamentos municipais se incorporam à norma civil, passando conseqüentemente a constituir direito substantivo, o ilustre magistrado decide-se pela negativa.

Trazendo em abono as opiniões dos modernos privatistas italianos, por via de CARLO GIROLA mostra em evidência que a orientação jurisprudencial mais recente se inclina no sentido de considerar as normas constantes dos regulamentos comunais como de puro caráter administrativo, nunca civil. Em refôrço, ainda, aduz as opiniões de NICOLA e FRANCESCO STOLFI, de MARTINO, de BARBERO e, para fechar a questão, um pronunciamento do eminente civilista brasileiro Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES.

Concluindo, ALCINO FALCÃO afirma:

“Apesar de reconhecer que a tendência da doutrina italiana, acima invocada, tem ótima aparência, considero aceitável a conclusão do acórdão referido, por motivo de ordem constitucional. Considerar que legislação municipal fôsse incorporada às normas civis, seria admitir que tal legislação municipal fôsse fonte de direito civil, o que não é possível em razão de ser da competência da União Federal (Constituição de 1946, art. 5.º, n.º XV, letra a) legislar sobre direito civil, não pode haver possibilidade sequer (Constituição, art. 6.º), em relação à alínea a mencionada, de legislação estaduais supletiva ou complementar, e, muito menos, portanto, para a legislação municipal.

As normas edilícias, em consequência, não se incorporam às normas civis, permanecendo como normas administrativas, de direito público. E, daí, não podem elas ser invocadas em caráter de normas de direito privado, mesmo suplementares.”

Também não ficamos no campo adverso, proferindo um meio termo. A nosso ver, *data venia*, a só questão da competência não justificaria a conclusão de ALCINO FALCÃO. Para nós, é indiscutível a delegação expressa do Legislativo Federal (Código Civil, art. 572), autorizando ao Executivo dos municípios a prescrever sobre a matéria.

Se o legislador federal, ao elaborar o Código Civil, entendeu permitir à autoridade administrativa qualidade bastante para elaborar as posturas restritivas, não há que se reter a formalismos exagerados, ou a questões de competência.

O art. 572 do Código Civil, atribuindo ao Município os poderes reguladores do direito de construir, veio criar uma das questões jurídicas mais controversas. Porque, muito embora haja forte corrente doutrinária em contrário, nota-se indiscutível valor de normas de direito substantivo a impregnar os textos dos regulamentos edifícios.

Já por diversas vezes temos salientado que o objetivo do espírito que presidiu a elaboração do art. 572 do Código Civil foi armado de prudência e previsão. Teve-se, como certo, que o vigoroso e crescente progresso da técnica da engenharia e da urbanística não

poderiam sujeitar-se à estagnação de rígidas normas de direito substantivo. Sentiu-se que as consequências de uma centralização de normas orientadoras do urbanismo dar-se-iam em imponderável prejuízo do interesse coletivo. Do exame comparativo da legislação similar estrangeira decorreu o critério que tão proveitosos resultados vem produzindo, fazendo com que jamais a evolução da técnica de construção possa encontrar óbices de difícil transposição. A rápida substituição dos textos somente seria possível com o expediente utilizado pelo legislador federal — o da remissão ao regulamento administrativo.

Infelizmente, ao abordar o problema da vizinhança, o legislador não agiu com a mesma previsão, forçando a consequência do fenecimento de preceitos pelo desuso, após o decurso de poucos anos. Basta conferir-se as prescrições relativas ao travejamento, ao suporte, aos processos de iluminação e ventilação, hoje condenados pela técnica atual da construção.

Para nós, o poder regulamentar da municipalidade em matéria de polícia edilícia deriva diretamente do disposto no art. 572 do Código Civil, que dá ao particular o livre direito de construir em seu domínio, observadas as restrições constantes dos regulamentos administrativos, sem embargo, não perdem a vinculação ao direito público, pela prevalência do interesse coletivo sobre o do particular. Daí, entendermos que as normas estabelecidas nesses regulamentos vêm também atuar, por verdadeira recepção, no direito privado, mais precisamente no direito civil. Os regulamentos edifícios vão assim integrar-se nas normas gerais estabelecidas pelo Código Civil em matéria de direito de propriedade privada — *guardado o evidente caráter público, de que não se despem.*

O CONCEITO DE POLÍCIA EDILÍCIA EM FACE DOS REGULAMENTOS DE CONSTRUÇÃO — Seguiremos aqui o desenvolvimento de GENCO em seu *Poder Regulamentar da Comuna*:

A sociedade juridicamente organizada deve necessariamente tutelar e assegurar a tranqüilidade, a ordem e segurança gerais e prover às irrevogáveis necessidades relativas à salubridade, ao bem estar e à prosperidade dos seus componentes.

Todos os meios de ação que, com tal fim, a autoridade exercita nas relações com os governados, vêm uniformemente designados com a expressão “polícia”, pois que nela se concretiza, ainda que

com o amparo de sanções penais, uma intenção preventiva ou repressiva reclamada pela necessidade pública.

Em particular, a polícia administrativa-municipal urbana, compreendendo em seu campo de aplicação todo o aglomerado urbano de uma cidade, não pode desinteressar-se das condições higiênicas, artísticas ou técnicas das construções que a compõem.

A exceção das prescrições de higiene, que a polícia urbana provê separadamente, as exigências edilícias são ordenadas mediante especial sistema de provimentos: são os regulamentos edilícios, que vêm constituir assim o instrumento para a atuação dessa polícia — que pode ser definida como o complexo de normas que têm em vista proporcionar às construções de uma cidade a maior segurança, a maior salubridade, a maior comodidade e o maior decôro possíveis, *sem ofensa grave aos direitos da propriedade privada*.

As necessidades da moderna edificação não podem satisfazer, de modo exaustivo, os planos reguladores, por isso que diz ela respeito a uma minuciosa, vasta e orgânica disciplina da sistematização e do desenvolvimento do centro habitado.

Manifesta-se, assim, a necessidade de uma disciplina, de um lado mais particular, para ser mais aderente às variadas necessidades das zonas encaradas isoladamente, e de outro lado, mais elástica, para poder assegurar com a maior presteza as variadas exigências da edificação moderna. A razão é óbvia, por isso que os regulamentos edilícios *se alteram com o tempo* em função das crescentes e mutáveis condições de higiene e das exigências de ordem estética.

A disciplina imposta pelos planos reguladores de urbanização decorre naturalmente de regras previamente determinadas nos regulamentos edilícios: através dêles verifica-se um contrôle, técnico, referente à estrutura das construções e sua situação, com a finalidade de assegurar perfeita correspondência com as normas higiênicas e os critérios tomados como base pelo plano regulador em relação a tôda uma zona.

Os regulamentos edilícios representam, em substância, o meio através do qual a administração afirma e defende o próprio interesse por via de melhor sistematização, em benefício de justo desenvolvimento do centro habitado.

O LIMITE DE AÇÃO DAS RESTRIÇÕES — O ponto crucial do problema é o que diz respeito à observância dos exatos limites

que devem bitolar a zona de ação dos regulamentos administrativos. Estes, como já se viu, podem impor à propriedade privada as limitações que visem impedir um dano ao interesse público e à coletividade; podem, inclusive, proteger o interesse da coletividade em cada uma das facetas em que se apresente. Todavia, as *limitações não se deduzem em vantagem ABUSIVA desse mesmo interesse com a recíproca do prejuízo ao particular*. Daí, a necessidade de uma detida verificação para que se tenha sempre em mira o exato limite da atuação da autoridade administrativa.

Os regulamentos devem simplesmente moderar o exercício do direito de propriedade privada, mas jamais poderão alterar-lhe a própria substância. É esse um princípio que a doutrina nunca descuroou de mencionar, nem jamais a jurisprudência deixou de reafirmar.

Seria o caso, exemplificando, de afirmar-se que nenhum regulamento administrativo poderia vetar a construção em uma determinada zona da cidade. Se o interesse coletivo viesse assim a exigi-lo, ter-se-ia o caminho certo da desapropriação. É, pois, ponto pacífico — as normas limitadoras que se possam impor como regulamento edilício devem estar sempre circunscritas ao exercício do direito do proprietário, sem poderem jamais feri-lo em sua *substância*.

Particularizando, verifica-se que na legislação do Distrito Federal há iniciativas pretendendo criação de um “cinturão verde”, a ser integrado por sítios e chácaras, com vistas ao abastecimento dos mercados e feiras-livres locais.

Embora de todo louváveis, trazem elas a conseqüência de forçarem a utilização dos imóveis apenas com finalidade agrícola. A contrapartida é a proibição de loteamentos, em contrariedade a uma destinação indiscutível das grandes áreas próximas ao centro urbano: a formação de bairros satélites, de futuro absorvíveis num mesmo conjunto urbano.

Releva salientar, por outro lado, que muito embora o Distrito Federal disponha de estensa zona rural, é óbvio que o excessivo valor de suas terras não permite se as reserve ao aproveitamento agrícola. Dia virá em que o território do Distrito Federal será totalmente ocupado pelas construções, a exemplo do que se está verificando na cidade de São Paulo — os arrabaldes mais distantes vindo, pouco a pouco, unir-se ao centro urbano, pela ocupação domiciliar, comercial e fabril das grandes distâncias que os separam. O abas-

tecimento da Capital Federal, em breve, terá que ser atendido pela orla do vizinho território fluminense.

A nosso ver, não há como impedir-se os loteamentos na zona rural, onde hoje se exercem atividades agro-pecuárias em granjas, sítios, chácaras e hortas.

Não é possível confundir-se princípios constitucionais orientados para o integral aproveitamento das *terras públicas*, que se faria sem ônus para o Tesouro e com reais e efetivas vantagens para o Estado, com o expediente onerosíssimo da desapropriação.

A propósito, merecem transcritas as palavras do eminente brasileiro que foi ARTUR BERNARDES, ao discutir-se na Assembléia Constituinte o art. 156 da Carta Magna:

“Nós nos pomos fora da realidade brasileira toda vez que falamos aqui em direito de propriedade, e esquecemo-nos de que somos habitantes de um país que se compõe de 21 outros países. Não somos propriamente uma nação, mas 21 nações aglutinadas, um continente. Temos terra em abundância entregues ainda aos selvícolas. Somos um país de imigração. Atraímos o imigrante e até pagamos sua passagem para ocupar nossas terras. Enquanto isto, está havendo em nosso meio uma quase idiossincrasia contra o direito de propriedade.

Estamos, portanto, importando princípios exóticos para o nosso meio. Aqui há terras para todos. Se existem para os estrangeiros, como faltará para os nacionais?

Tem-se, entretanto, insistido num verdadeiro ataque à propriedade, como se alguém houvesse aqui impedido aos nossos patrícios de se tornarem também proprietários.

É por causa dela, principalmente, que se exige, em princípio, o ataque à propriedade, nas nações superpovoadas. Nem todos tinham meios com que ganhar a subsistência e, então, daí surgiu o ataque aos latifúndios. No Brasil não há latifúndios, mas terras devolutas, que o govêrno dá a quem quiser trabalhá-las.”

O ponto nevrálgico da questão é saber se a restrição ou a limitação que à propriedade podem ser aduzidas pelos regulamentos administrativos irão a ponto de anular-lhe praticamente os efeitos.

Realmente. É possível impedir o aproveitamento de um lote situado em zona residencial com uma construção de caráter industrial. Motivos de higiene, de salubridade pública, ou, mesmo, de estética o recomendam. A inversa também é verdadeira. Mas diferente é ir-se a ponto de *impedir* totalmente a construção, sob o escudo de uma destinação imposta em lei! A destinação do imóvel decorre dêle próprio. Um imóvel localizado em centro urbano, ou em sua periferia, tem destinação implícita, ainda decorrente de seu próprio valor, reflexo daquele. Como impedir o seu aproveitamento natural, sob a simples afirmativa de que se torna conveniente a formação de um “cinturão verde de abastecimento”?

A persistir-se na idéia, o caminho será o da desapropriação, providenciada prèviamente a elaboração legislativa, *em termos de constitucionalidade*, das normas que devem presidir ao aproveitamento futuro.

Inteiramente abusivo e ilegal, senão mesmo inconstitucional, será proibir-se o aproveitamento lógico da propriedade, com um caráter impeditivo que ultrapassa de muito as limitações e restrições que ao Poder Público é lícito fazer incidir sôbre o patrimônio privado. Tudo tem seu limite. Acima dêle, deve o Estado compor a propriedade particular, ferida além do justo e do razoável.

A VALIA DOS DECRETOS EXECUTIVOS REVOGADORES DO CÓDIGO DE OBRAS — Muitas vèzes, alterando os limites e os impedimentos determinados pelo nosso Código de Obras — indiscutivelmente lei municipal, já que promulgado pelo Interventor do Distrito Federal quando no gôzo dos poderes legislativos locais — caberia discutir, por pertinente, a consequência derogatória de simples ato menor, emanado do Executivo, em face de ato maior, originário do Legislativo.

Temos ponto de vista reiteradamente manifestado, embora vencido nesta Procuradoria Geral. Há manifestações dos Procuradores LINO SÁ PEREIRA, BARBOSA LIMA SOBRINHO e MANOEL DE CARVALHO BARROSO, que concluem pela desvalia dos decretos infringentes do Código de Obras.

Sem embargo do maior acatamento que nos merecem tão eminentes colegas, sempre que chamados a dizer da competência para o poder regulamentar em matéria edilícia temos nos pronunciado em favor da pessoa do Chefe do Executivo. A competência para a expedição de normas de construção é expressamente deferida ao

Prefeito, responsável pelos regulamentos administrativos. Por força do Código Civil e do próprio Código de Obras:

I — Art. 572 do Código Civil, que prescreve:

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

II — Art. 813 do Código de Obras, que autoriza:

“Independentemente do que dispõe o artigo precedente, o Prefeito poderá, mediante as condições que o mesmo artigo estabelece, e depois de decorrido o prazo de cinco anos, decretar as modificações que em consequência do desenvolvimento da cidade se tornarem convenientes.”

É preciso notar ainda que, embora lei, por sua origem, não resiste, em sua essência, a uma análise mais detida: é um verdadeiro regulamento, elaborado já com a idéia de se readaptar periodicamente à evolução do tempo, tanto assim, que, de modo expresso, autorizou em seu art. 813 as reformas exigidas pelo progresso da técnica.

Não há dúvida que o legislador agiu com louvável e avançado bom senso, uma vez que a técnica da construção e o progresso da urbanística são dotados de tal rapidez de evolução que os dispositivos pertinentes às respectivas aplicações não poderiam bitolar-se em limites de muita rigidez. Na generalidade, cuida o regulamento de difundir, esclarecer, descer a particularidades e detalhes que seriam inconvenientes se abrangidos em lei. Essa foi a própria razão porque CLÓVIS BEVILÁQUA, ao redigir o projeto do Código Civil Brasileiro, fez expressa remissão no art. 572 aos regulamentos administrativos.

E por que assim se fez? Justamente em vantagem de maior facilidade na atualização dessas normas regulamentares-edilícias, afastadas as demoradas elaborações legislativas. Não só por inequívoca delegação legislativa — *mais ainda por um expresso reconhecimento de uma competência privativa, de resto outorgada já na lei civil* (art. 572, citado).

Enseja-se, destarte, ao Executivo a que, mediante simples atos regulamentadores, traga em dia as normas edilícias, *au fur et a mesure* do progresso da técnica.

Aliás, em matéria de polícia edilícia, a transferência da competência normativa para o Executivo local não é critério nacional. Em todos os Códigos do mundo encontram-se disposições semelhantes àquelas constantes no art. 572. O Código de Obras, em última análise, simples regulamento administrativo de construções, foi sancionado com infração de competência.

O direito de regulamentar incumbe ao Executivo em virtude daquele *imperium* que lhe é próprio; tal poder soberano existe, porém, não só por força de delegação legislativa, mas ainda por respeito à competência.

Não se haveria que argumentar com a proibição a delegação de poder. Se a Constituição, ao proibir as delegações legislativas, tivesse em vista o conceito de lei material (ato-regra) e pretendesse vedar a qualquer outro Poder do Estado, que não o legislativo, expedir atos de conteúdo normativo, teria incidido em patentíssima contradição, quando confiou a faculdade regulamentar ao Presidente da República (art. 87, I), ou quando incumbiu os Tribunais de elaborarem seus regimentos internos (art. 97, II).

O egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas-corpus* n.º 30.355, decidiu que “a proibição da delegação de poderes não é absoluta”. O voto do Ministro CASTRO NUNES afirmou:

“A proibição existe pois, em razão da separação dos Poderes do Estado e da discriminação constitucional das atribuições cometidas a cada um deles.

Implicitamente declara que o Poder Legislativo não pode delegar suas atribuições; lança uma proibição a ser observada em linha de princípio, *sem excluir, todavia, certas medidas a serem adotadas pelo órgão executor no tocante a fatos ou apurações de natureza técnica das quais dependerá a incidência ou aplicação mesma da lei*” (in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 21, pág. 135).

E qual será a lei que está sendo regulamentada pelo Executivo Municipal? Exatamente o art. 572 do Código Civil, que encampa e sublima, em seu corpo, tôdas as normas regulamentares edilícias, de higiene, de segurança e de salubridade públicas.

Também não discrepou o Tribunal Federal de Recursos, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 487:

“A proibição constitucional da delegação de poderes é princípio que *cede em determinadas circunstâncias* quando o órgão executor da lei deve apurar fatos de *natureza técnica* dos quais depende a incidência ou aplicação da mesma lei” (*in Revista de Direito Administrativo*, vol. 25, pág. 148).

CONCLUSÕES

1 — O caráter social do direito de propriedade justifica, cada vez mais, a prevalência do interesse público sobre o privado;

2 — A propriedade privada sofre, conseqüentemente, as limitações e restrições impostas pela necessidade e pela conveniência coletivas;

3 — A restrição, todavia, cinge-se aos limites do razoável, procedendo-se, pelo controle jurisdicional, a censura dos abusos;

4 — Conseqüentemente, a limitação ao direito de propriedade não pode ir ao ponto de anular-lhes os efeitos;

5 — O regulamento edilício, ainda que guardando uma natureza jurídica de direito público, pela proteção ao interesse coletivo, não se despe de seu caráter de direito civil, força da delegação constante do art. 572 do Código Civil;

6 — A competência para a regulamentação edilícia é deferida ao Executivo Municipal;

7 — A fiscalização das normas regulamentares edilícias, baixadas sob a orientação da técnica do urbanismo e da engenharia, é exercida pelo Poder de Polícia;

8 — O Código de Obras do Distrito Federal, embora lei, é alterável por via de decretos do Executivo (art. 813).

CONTEÚDO JURÍDICO DO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO E PERENIDADE DA SUA PROPOSIÇÃO FUNDAMENTAL

ALCINO PINTO FALCÃO

Juiz no Distrito Federal

1. *O texto positivo brasileiro.* — Antecede o texto da Constituição brasileira, de 18 de setembro de 1946, o seguinte ato de promulgação:

“A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como nêles se contém.

Publique-se e cumpra-se em todo o território nacional.”

O corpo da Constituição, por sua vez, é precedido do seguinte preâmbulo:

“Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil.”

2. *Referências de direito comparado.*

a) *Quanto à promulgação.*

A atual Constituição francesa (de 27 de outubro de 1946) tem o seu preâmbulo precedido do ato de promulgação, por parte do