

**HELY LOPES MEIRELLES**

***DIREITO  
DE  
CONSTRUIR***

*12ª edição atualizada por*

**GIOVANI DA SILVA CORRALO**

**FÁBIO SCOPEL VANIN**

**2023**



**EDITORA**  
*Jus*PODIVM



**MALHEIROS  
EDITORES**

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## *Capítulo IV*

# **LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS AO DIREITO DE CONSTRUIR**

*1. GENERALIDADES: 1.1 Conceito de limitação administrativa; 1.2 Natureza jurídica das limitações administrativas; 1.3 As limitações administrativas como fonte de direito subjetivo para os vizinhos; 1.4 O poder de polícia como fundamento das limitações administrativas. 2. AS PRINCIPAIS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS: 2.1 Limitações urbanísticas: 2.1.1 Natureza das limitações urbanísticas; 2.1.2 Plano Diretor; 2.1.3 Regulamentação edilícia; 2.1.4 Delimitação da zona urbana; 2.1.5 Traçado urbano: 2.1.5.1 Arruamento; 2.1.5.2 Alinhamento; 2.1.5.3 Nivelamento; 2.1.5.4 Circulação; 2.1.5.5 Salubridade; 2.1.5.6 Segurança; 2.1.5.7 Funcionalidade; 2.1.6 Uso e ocupação do solo urbano; 2.1.7 Zonamento; 2.1.8 Loteamento; 2.1.9 Estética urbana; 2.2 Limitações de higiene e segurança; 2.3 Limitações militares. 3. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E TOMBAMENTO: 3.1 Patrimônio histórico; 3.2 Tombamento: 3.2.1 Processo; 3.2.2 Indenização; 3.2.3 Omissão. 4. O ESTATUTO DA CIDADE: 4.1 Instrumentos de planejamento; 4.2 Instrumentos tributários; 4.3 Instrumentos jurídicos: 4.3.1 Desapropriação; 4.3.2 Servidão administrativa; 4.3.3 Limitações administrativas; 4.3.4 Tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; 4.3.5 Instituição de unidades de conservação; 4.3.6 Instituição de zonas especiais de interesse social; 4.3.7 Concessão de direito real de uso; 4.3.8 Concessão de uso especial para fins de moradia; 4.3.9 Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; 4.3.10 Usucapião especial de imóvel urbano; 4.3.11 Direito de superfície; 4.3.12 Direito de preempção; 4.3.13 Outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; 4.3.14 Transferência do direito de construir; 4.3.15 Operações urbanas consorciadas; 4.3.16 Regularização fundiária; 4.3.17 Assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; 4.3.18 Referendo popular e plebiscito; 4.3.19 Consórcio imobiliário; 4.3.20 Demarcação Urbanística para fins de Regularização Fundiária; 4.3.21. Legitimação de posse; 4.4 Instrumentos ambientais; 4.5 Diretrizes.*

## **1. GENERALIDADES**

É sabido que o Estado pode intervir na propriedade particular imóvel por três modos: pela *limitação administrativa*, pela *servidão admi-*

*nistrativa* ou *pública* e pela *desapropriação*. Todas elas são formas de expressão do *domínio eminente* que a Nação exerce sobre as pessoas e coisas existentes em seu território. Na *limitação administrativa* nada paga ao proprietário; na *servidão administrativa* ou *pública* indeniza apenas os danos efetivamente causados ao particular; na *desapropriação* indeniza totalmente a perda da propriedade e os prejuízos dela decorrentes.

Estes três tipos de intervenção pública na propriedade privada são exigidos pelos superiores interesses da comunidade, em benefício do bem-estar social. Como imposições de interesse coletivo, são regidas pelo Direito Público,<sup>1</sup> diversamente do que ocorre com as *restrições civis*,<sup>2</sup> que permanecem reguladas pelo Direito Privado.

O direito de construir pode sofrer condicionamento através de qualquer dessas modalidades de imposição pública, e tais imposições podem advir de qualquer das entidades estatais, em benefício próprio, de suas autarquias, entidades paraestatais e delegados de serviço público.

Quanto à *desapropriação*, o nosso Direito Positivo admite seja promovida diretamente por certas entidades autárquicas, empresas governamentais, ou por concessionários de serviços públicos, depois de declarada a utilidade pública pela entidade estatal competente.

No capítulo anterior vimos as *restrições civis de vizinhança*; neste, veremos as *limitações administrativas*, a *servidão administrativa* ou *pública* e a *desapropriação*. Antes, porém, vejamos o conceito e natureza jurídica da limitação administrativa propriamente dita, para, após, examinarmos as limitações administrativas como fontes de direito subjetivo, o poder de polícia administrativa como fundamento dessas limitações e a polícia das construções como meio de controle do direito de construir.

As possibilidades de interferência da Administração Pública na propriedade privada urbana foram bastante incrementadas com a promulga-

---

1. Sérgio de Andréa Ferreira, *O Direito de Propriedade e as Limitações e Ingerências Administrativas*, São Paulo, Ed. RT, 1980; Renato Martins Prates, “Limitações administrativas ao direito de construir”, *RDP* 80/107.

2. Na técnica jurídica, os vocábulos “limitação” e “restrição” expressam a mesma ideia de condicionamento de direitos. São sinônimos. Mas, para clareza da exposição e perfeita distinção entre as obrigações de vizinhança e as imposições administrativas ao uso da propriedade, adotamos, invariavelmente, as expressões “restrição de vizinhança” para as imposições civis, e “limitações administrativas” para as imposições de Direito Público. Assim, a terminologia adquire maior precisão e evita confusões entre as duas espécies de condicionamento ao direito de construir.

ção da Lei 10.257, de 10.07.2001 – lei federal, essa, formalmente designada (no parágrafo único de seu art. 1º) como “Estatuto da Cidade”, que estabelece normas gerais de Direito Urbanístico e regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. O art. 4º dessa lei enumera um extenso rol de instrumentos de política urbana, entre os quais estão incluídos os acima referidos, ao lado de outros inovadores, como é o caso, p. ex., do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, da outorga onerosa do direito de construir e das operações urbanas consorciadas, que serão objeto de exame mais adiante<sup>3</sup> (v. o item 4 deste capítulo).

### 1.1 CONCEITO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

O conceito de *limitação administrativa* não tem sido convenientemente difundido pela doutrina, resultando daí deploráveis indistincções na legislação e na jurisprudência, que ora a confundem com restrição de vizinhança, ora com servidão predial, ora com servidão pública e até mesmo com desapropriação. Impõe-se, por isso, que, fixado o conceito de *limitação administrativa*, se apreciem os caracteres distintivos de todos estes institutos assemelhados, mas inconfundíveis entre si.

*Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.*

As *limitações administrativas* distinguem-se substancialmente das *restrições de vizinhança* porque estas, como já vimos (capítulo 3), são estabelecidas nas leis civis para proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que a habitam (Código Civil, arts. 1.277 a 1.313), e aquelas são editadas em normas de ordem pública – leis e regulamentos – em benefício do bem-estar da comunidade, tendo em vista a *função social da propriedade*

---

3. Sobre o Estatuto da Cidade, v.: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (coords.). *Estatuto da Cidade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2010; Adilson Abreu Dallari e Daniela Campos Libório Di Sarno (coords.). *Direito Urbanístico e Ambiental*, Belo Horizonte, Fórum, 2007; Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida (coords.). *Estatuto da Cidade*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2004; Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005; José dos Santos Carvalho Filho, *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006; Fábio Scopel Vanin, *Direito, Urbanismo e Política Pública*, São Paulo, Almedina, 2022; José Antônio Aparecido Junior, *Direito Urbanístico Aplicado*, Curitiba, Juruá, 2017; Victor Carvalho Pinto, *Direito Urbanístico: Plano Direto e Direito de Propriedade*, São Paulo: RT, 2005.

(Constituição Federal, arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2.º). Ambas incidem sobre o mesmo objeto – a propriedade privada –, mas com finalidades diversas: as restrições civis protegem especificamente os vizinhos – *uti singuli*; as limitações administrativas protegem, genericamente, a coletividade – *uti universi*. Mas convém advertir, desde logo, que as limitações administrativas, conquanto impostas em prol da comunidade, podem gerar direitos subjetivos para os indivíduos, principalmente para os vizinhos, interessados na sua observância por todos os confrontantes, como veremos em tópico adiante (item 1.3).

Dessa distinção entre os objetivos das duas categorias de imposições resulta que a limitação administrativa, como medida geral de ordem pública, protege e obriga indistintamente a todos os indivíduos como membros da coletividade administrada, ao passo que a restrição de vizinhança, como medida de interesse particular dos vizinhos, só alcança os proprietários e inquilinos sujeitos aos efeitos da vizinhança.

Não há confundir, também, *limitação administrativa* com *servidão predial*. Servidão predial é direito real sobre coisa alheia (Código Civil, arts. 1.225, III, e 1.378 a 1.389); é ônus que grava o prédio particular em benefício de outro ou outros, mediante convenção ou usucapião, sendo o Poder Público estranho à sua constituição e desinteressado de sua utilização.<sup>4</sup>

Do mesmo modo, não se confunde *limitação administrativa* com *servidão administrativa* ou *pública*. Enquanto a limitação administrativa é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da coletividade, a servidão administrativa ou pública é um ônus especial imposto a determinada propriedade, mediante indenização do Poder Público, para propiciar a sua utilização no interesse da comunidade.<sup>5</sup> Assim, a proibição de altura dos edifícios é, tipicamente, uma limitação administrativa, ao passo que o atravessamento das propriedades particulares com aqueduto para abastecimento de uma cidade é, caracteristicamente, uma servidão administrativa.

Por fim, importa distinguir a *limitação administrativa* da *desapropriação*. Nesta há um despojamento da propriedade particular pelo Po-

4. Ferrini-Pulvirenti, *Servitù Prediali*, I/82 e ss., Roma, 1908; Giuseppe Frago-la, *Limitazione al Diritto di Proprietà*, Roma, 1910, pp. 32 e ss.

5. Rafael Bielsa, *Restricciones y Servidumbres Administrativas*, Buenos Aires, 1923, pp. 103 e ss.; Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, I/244 e ss., Roma, 1946; Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, I/219, Roma, 1954. V. também TJSP, RT 633/55.

der Público, mediante indenização, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (Constituição Federal, art. 5º, XXIV); naquela, a restrição é unicamente ao *uso da propriedade*, imposta genericamente a todos os proprietários e sem qualquer ônus para a Administração.

Vê-se, pois, que a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa como da desapropriação. A *limitação administrativa*, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder Público a qualquer indenização; a *servidão administrativa* ou *pública*, como ônus especial a uma ou algumas propriedades, exige indenização dos prejuízos que a restrição acarretar para os particulares; a *desapropriação*, por retirar do particular a sua propriedade ou parte dela, impõe cabal indenização do que foi expropriado e dos consequentes prejuízos.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA DAS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

As *limitações administrativas* são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade: *positiva* (fazer), *negativa* (não fazer) ou *permissiva* (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe;<sup>6</sup> no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.

Em qualquer hipótese, as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem produzir um total aniquilamento da propriedade. Essas limitações não são absolutas, nem arbitrárias. Encontram seus lindes nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem expressar-se em forma legal. Só são legítimas quando representam razoáveis medidas de con-

---

6. Alguns autores menos atualizados com o Direito Administrativo se recusam a admitir possa o Poder Público impor obrigações de *fazer* aos particulares, só admitindo as limitações administrativas consistentes em *não fazer* e *deixar fazer*. Tal entendimento está superado. As normas administrativas tanto podem impor obrigações negativas como permissivas e positivas aos particulares. Nesse sentido, consultem-se: Fleiner, *Droit Administratif Alemand*, 1933, pp. 239 e 245; Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Ed. RT, p. 594. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013), a obrigação de fazer é apenas aparente, para evitar atividades dos particulares que sejam perigosas ou nocivas.

dicionamento do uso da propriedade, em benefício do bem-estar social, e não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural. Daí a exata observação de Bielsa de que “la restricción solo conforma y nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad, y obedece a una solidaridad de intereses: el público y el privado”.<sup>7</sup>

Além disso, para que sejam admissíveis as limitações administrativas sem indenização, como é de sua índole, não de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação.<sup>8</sup> Para situações particulares que conflitem com o interesse público a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora da comunidade.

O interesse público a ser protegido pelas limitações administrativas – observa Alessi – pode consistir na necessidade de evitar um *dano* possível para a coletividade, segundo o modo de utilização da propriedade particular, como pode, ao revés, consistir na necessidade de assegurar à coletividade uma determinada *utilidade específica* que os bens particulares sejam aptos a produzir, juntamente com a utilidade genérica para o particular proprietário.<sup>9</sup>

Na defesa desses interesses coletivos é que atua o Poder Público, coartando direitos individuais, condicionando o uso da propriedade privada e regulamentando atividades particulares que afetem diretamente a comunidade, vale dizer, policiando tudo quanto possa refletir no bem-estar geral. Para tanto, o Poder Público edita normas genéricas de condutas (leis) ou baixa provimentos específicos de atuação administrativa (decretos, regulamentos, provimentos de urgência etc.) visando a ordenar as atividades individuais, no sentido social em que devem ser exercidas.

As limitações administrativas ao uso da propriedade particular podem ser expressas em lei ou regulamento de qualquer das três entidades estatais, por se tratar de matéria de Direito Público (e não de Direito

---

7. Rafael Bielsa, *Restricciones y Servidumbres Administrativas*, Buenos Aires, 1923, p. 68. No mesmo sentido: Miguel Angel Berçaitz, *Problemas Jurídicos del Urbanismo*, Buenos Aires, 1972, p. 46.

8. Alcides Greca, *El Régimen Legal de la Construcción*, Buenos Aires, 1956, p. 36.

9. Renato Alessi, *Diritto Amministrativo*, Roma, 1949, pp. 459 e ss.

Civil, privativo da União), da competência concorrente federal, estadual e municipal. O essencial é que cada entidade, no impor a limitação, mantenha-se no campo de suas atribuições institucionais.

Constituem matéria privativa de lei as limitações que versarem as denominadas “reservas da lei”, isto é, assuntos que só por lei possam ser regidos; poderão ser impostas por regulamento (decreto), quando consistirem em especificação de matéria já constante, genericamente, de lei, ou que, por sua natureza, for da alçada de regulamento autônomo.

Neste ponto merece repetida a justa observação de Biagio Brugi: “O regulamento é lei material e ato administrativo formal. Os juristas devem, hoje, abandonar certos preconceitos, e, conservando-se embora guardas fiéis da lei, considerar que a Administração Pública desempenha certa *atividade legislativa*, que é justamente a chamada faculdade regulamentadora. O caráter imperativo da lei apresenta-se igualmente no regulamento, desde que este não exceda seus limites naturais”.<sup>10</sup>

Para casos de perigo iminente, pode, ainda, a Administração estabelecer limitações ao uso da propriedade através de provimentos de urgência, objetivando um campo mais restrito que o do regulamento, mas com idêntica normatividade. O regulamento – diz Luigi Galateria em obra especializada – não pode ter senão um conteúdo geral ou individual. Diversas, ainda, as funções dessas duas formas de imposição administrativa: no regulamento impõe-se limitação com caráter de continuidade e permanência; no provimento de urgência a imposição é transitória, a fim de resolver determinadas situações imprevistas e transeúntes.<sup>11</sup> Tal ocorre quando, em face de um evento danoso, se tornam necessárias providências de ordem pública instantâneas, gerais ou particulares, para debelar o mal, as quais são feitas por meio de ordens

---

10. *Della Proprietà*, I/165, Roma, 1918. No mesmo sentido: Meirelles Teixeira, *Estudos de Direito Administrativo*, I/253, São Paulo, 1949; Diógenes Gasparini, *Poder Regulamentar*, São Paulo, Bushatsky, 1978; Fabrício Motta, *Função Regulamentar da Administração Pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2007. Para Geraldo Ataliba (*República e Constituição*, 3ª ed., atualizada por Rosoléia Miranda Folgosi, São Paulo, Malheiros Editores, 2011), no princípio constitucional da separação de Poderes está um peremptório limite material ao regulamento, que não pode inovar inauguralmente a ordem jurídica, posto que só o órgão legislativo pode extinguir ou modificar normativamente direitos, de modo inaugural ou inovador.

11. Luigi Galateria, *I Provvedimenti Amministrativi d'Urgenza*, Roma, 1953, p. 27.



administrativas tão operantes quanto as normas legislativas ou os decretos executivos.

### 1.3 AS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS COMO FONTE DE DIREITO SUBJETIVO PARA OS VIZINHOS

As *limitações administrativas* ao uso da propriedade, e especialmente as urbanísticas, conquanto sejam imposições de ordem pública, podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, interessados na sua fiel observância por parte de todos os proprietários *sujeitos às suas exigências*.

Esse aspecto tem merecido, ultimamente, acurados estudos na doutrina, mas continua a ensejar fundas divergências nos tribunais, motivadas, ao que se vê, pela errônea consideração das limitações administrativas concernentes ao direito de construir. Os julgados que negam ação ao vizinho para exigir de seu confinante o atendimento das limitações administrativas à construção o fazem por excessivo apego à distinção romanista entre normas de interesse privado e normas de interesse público, como se os departamentos do Direito constituíssem domínios estanques.

Ora, no direito de construir, por expressa determinação do Código Civil, as normas de vizinhança são sempre *complementadas* pelas limitações administrativas ordenadoras da construção e asseguradoras da funcionalidade urbana.

Essa realidade foi agudamente percebida e exposta por Bielsa, ao estudar as interpenetrações do Direito Privado e do Direito Público, e em cujo trabalho concluiu que “el contenido legal del derecho de propiedad no puede determinarse sólo con referencia a las limitaciones que el Código Civil establece, sino también mirando a las limitaciones que impone el Derecho Administrativo”.<sup>12</sup>

Basta relermos o art. 1.299 do Código Civil brasileiro para verificarmos que o nosso Direito não se afasta dessa orientação ao estabelecer que “o proprietário pode levantar em seu terreno as constru-

---

12. *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1923, p. 71. No mesmo sentido: Guido Zanobini, *Diritto Amministrativo*, IV/140, Roma, 1948; Romeu Felipe Bacellar Filho, *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.

ções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os *regulamentos administrativos*”.<sup>13</sup>

Opera-se, em tais casos, autêntica delegação da lei civil às disposições administrativas para que passem a atuar *em lugar* da legislação privada, preenchendo o claro da norma civil, embora conservando o caráter de imposição de Direito Público.<sup>14</sup>

“Definindo o alcance da propriedade – disse Filadelfo Azevedo –, o Código Civil estabelece que o direito de construir encontra ainda limites nas *regras administrativas*, ou, melhor, nas *posturas municipais* e nos *regulamentos de higiene*. Essas regras de caráter local são, assim, encampadas e sublimadas, passando à categoria de direito substantivo”.<sup>15</sup>

“Sem dúvida – continuou Gustavo Filadelfo Azevedo, a sustentar a tese do pai –, os dispositivos deste 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 qualquer outro motivo de interesse público dessa natureza, com liberdade ampla, dentro da órbita reclamada pelo bem-estar coletivo e do respeito à substância do próprio direito de propriedade”. E conclui o mesmo jurista que “os regulamentos edilícios não serão, genericamente considerados, simples normas de polícia edilícia, mas, de modo mais preciso, como limites de direito público à propriedade imobiliária”.<sup>16</sup>

Idêntico é o ensinamento de Virgilio Testa, em completa monografia sobre legislação urbanística: “Il carattere integrativo del Codice Civile che acquistano tali norme, dà luogo al sorgere, in favore del privato, di un diritto soggettivo ad ottenere la rimozione delle nuove opere, che risultano in contrasto con esse, anche, se l’interessato non sia in grado

---

13. A expressão “regulamentos administrativos”, usada pelo nosso Código Civil em seu art. 1.299, é imprópria, por redundante, uma vez que todo regulamento é ato administrativo. Com ela pretendeu o legislador pátrio referir-se a “normas administrativas”, que abrangem tanto as leis administrativas como os regulamentos e as demais regras da construção.

14. Cabe esclarecer que as expressões “posturas municipais” e “regulamentos de higiene” não mais figuram no Código Civil. As “regras administrativas” devem ser entendidas como compreendendo as leis, decretos, resoluções e outros atos normativos editados pelos Municípios.

15. *Destinação do Imóvel*, Rio, 1957, p. 138.

16. Gustavo Filadelfo Azevedo, “O direito de construir e os regulamentos administrativos”, *RDPG* 229.

di dimostrare l'esistenza di un danno ed anche se vi sia stata acquiescenza da parte dell'autorità comunale alla costruzione non rispondente alle norme predette o il sindacato l'abbia addirittura autorizzata".<sup>17</sup>

No mesmo sentido já se pronunciavam Ferrini e Pulvirenti, nos albores do século XX, afirmando que ao dever "che incombe ad ogni proprietario di non accedere nell'esercizio dal suo diritto i limiti assegnati dal regolamento, é correlativo il diritto negli altri proprietari che verrebbero a risentire dano dalla violazione di tali leggi o regolamenti, di pretenderne l'osservanza".<sup>18</sup>

A integração dessas normas administrativas na legislação civil faz surgir para os proprietários, nas suas relações de vizinhança, direitos subjetivos à observância das limitações por parte dos que constroem sob a vigência de tais imposições.

Os regulamentos edilícios, impondo, normalmente, obrigação de *não fazer*, criam um direito subjetivo a essa abstenção, como bem acentua Jean Dabin: "sans doute, ces obligations spéciales peuvent être génératrices de droit subjectif au profit d'une personne; se sera alors la face active de l'obligation".<sup>19</sup> 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 proprietari dei beni rispetto ai quali le limitazioni sono imposte e pertanto dalla loro violazione od inosservanza nascono le stesse conseguenze giuridiche, che derivano dall'inosservanza delle norme del Codice Civile".<sup>20</sup>

Fiel à nossa legislação e atento à doutrina prevalecente, o Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal decidiu, com inteiro acerto, que, "se as restrições de Direito Administrativo são de molde a criar obrigações de não exercício do direito de propriedade, logo se está a ver que todo aquele que se julgar prejudicado em sua vizinhança pelo inadimplemento de tais obrigações tem o direito subjetivo de obter a reposição *in pristinum* do estado de coisas anterior ou de evitar o descumprimento diante de uma ameaça de lesão ao seu direito individual". E, linhas adiante, o culto Relator, Des. Hugo Auller, ajunta que "esta conclusão vem, assim, espantar quaisquer dúvidas acerca da disputa suscitada pela questão de

17. *Legislazione Urbanistica*, Roma, 1956, p. 342.

18. *Delle Servitù Prediali*, I/188, Roma, 1908.

19. *Le Droit Subjectif*, Paris, 1952, p. 52.

20. *Della Proprietà*, Roma, 1946, p. 220.

saber se os regulamentos edilícios limitadores do uso da propriedade autorizam o exercício de uma ação entre vizinhos e cumulativamente contra a Pública Administração para o efeito de exigir o respeito às normas respectivas do direito de construção”.<sup>21</sup>

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Seção Civil, em acórdão da lavra do ilustrado Des. Carmo Pinto, que: “o proprietário lesado por obra vizinha erguida com infração de normas edilícias tem ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou ilegalmente”.<sup>22</sup> E, na motivação deste aresto, que constitui um autêntico *leading case*, ficou dito que: “É, de fato, estranho que a norma que regula a atividade administrativa não seja suficiente para fundamentar um direito do cidadão quando este pode exigir, no próprio interesse, a observância de tal norma”. E remata o douto Relator: “No Direito brasileiro, como no americano, o ato administrativo está sujeito ao conhecimento irrestrito da Justiça Comum. Chama-se interesse legítimo ou direito subjetivo à proteção indireta concedida ao interesse do particular pela norma dirigida ao interesse geral, coletivo; inegável é a existência de um direito de ação”.

Aplaudimos irrestritamente a orientação desses julgados, que se põem em consonância com o objetivo do moderno Urbanismo, qual seja, o de assegurar conforto individual e bem-estar social através de imposições técnico-funcionais para as construções que vão compor o conjunto urbano. Essas limitações urbanísticas, conquanto expressas em disposições de ordem pública, geram direitos subjetivos para os proprietários que delas se beneficiam *uti singuli* e que, por isso mesmo, podem compelir judicialmente os vizinhos a observá-las nas suas construções.

Além disso, é inegável que a inobservância das limitações administrativas de proteção à funcionalidade urbana não só prejudica o conjunto da cidade ou do bairro, como afeta patrimonialmente as propriedades vizinhas, desvalorizando-as com a supressão das vantagens urbanísticas que resultam das imposições de zoneamento, recuo, afastamento, altura e natureza das edificações. Essa dupla proteção ao indivíduo e à comunidade se obtém pela concessão de ação aos vizinhos e pelas medidas ad-

---

21. TJDF, RDA 45/333. No mesmo sentido: TJSP, RT 225/242, 246/163, 254/233, 267/210, 275/249, 312/262; TASP, RT 241/513. Contra: TJSP, RT 202/435, 246/388.

22. TJSP, RT 312/262, confirmado pelo STF no RE 49.042, DJU 19.7.1963; TJSC, RT 676/165.

ministrativas do Poder Público, as quais, conjugadas, preservam os fins urbanísticos visados pelas normas edilícias da construção e almejados pelos particulares que procuram os bairros sujeitos a limitações dessa natureza,<sup>23</sup> como veremos adiante (item 2.1).

O mesmo dever de observância das limitações administrativas da construção cabe ao Poder Público quando realiza suas edificações em bairros ou zonas sujeitas a imposições urbanísticas, pois a Administração se iguala aos particulares na subordinação à lei<sup>24</sup> e no respeito aos direitos individuais dos cidadãos. A propósito, proclamou o Supremo Tribunal Federal, pela palavra de um de seus mais conspícuos membros, o Min. Orozimbo Nonato, que o Poder Público não se encontra sobranceiro à contingência de respeitar a propriedade dos particulares e ao dever de não lhes causar danos, visto que “sua atividade se move dentro do mesmo encerro que a ordem jurídica traça para os administrados, e, quando a ultrapassa, cabem os mesmos remédios de Direito que corrigem os excessos da atividade dos particulares”.<sup>25</sup> Diante das imposições municipais concernentes às edificações e ao ordenamento urbano cedem, até mesmo, a União e o Estado-membro, porque tais matérias são da competência constitucional do Município (Constituição Federal art. 30, VIII). Anteriormente, a Lei federal 125, de 03.12.1935, já determinava que a construção de edifício público deveria obedecer às normas municipais pertinentes ao local da edificação (art. 1º), sujeitando-se ao licenciamento prévio da Prefeitura (art. 2º). Da mesma forma, o art. 74 da Lei federal 9.472, de 16.07.1997, chamada “Lei Geral de Telecomunicações”, na redação dada pela Lei 13.116, de 20.04.2015, determinou que “a concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou distritais relativas à construção civil”.

E, a propósito, o Supremo Tribunal Federal deu razão à Municipalidade de São Paulo quando exigiu do Poder Público estadual que obser-

23. Georges-Henri Noël, *Le Droit de l'Urbanisme*, Paris, 1956, pp. 8 e ss.; Maurice-François Rouge, *Urbanisme Expérimental*, Paris, 1951, pp. 58 e ss.; Gaston Bardet, *Mission de l'Urbanisme*, Paris, 1950, pp. 52 e ss.

24. Caio Tácito assinala, com muita propriedade, que: “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime da legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas” (in *O Ensino do Direito Administrativo no Brasil*, Rio, 1957, p. 3).

25. STF, *RF* 71/484. No mesmo sentido: TJSP, *RT* 171/241.

vasse a legislação edilícia no levantamento de um edifício público em zona sujeita a limitações urbanísticas especiais.<sup>26</sup>

As limitações urbanísticas nascem revestidas de *imperium* inerente a toda ordem estatal, tornando-se impositivas não só para os particulares como para a Administração em geral, visto que a submissão dos indivíduos e das entidades públicas às normas legais é característica do Estado de Direito, como o nosso.

#### 1.4 O PODER DE POLÍCIA COMO FUNDAMENTO DAS LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Antes de examinarmos as principais espécies de limitações administrativas ao direito de construir, necessário se torna fixar o conceito, objeto, extensão, limites e sanções do poder de polícia administrativa, em que se baseia a maioria dessas limitações.

O *conceito de poder de polícia* se vem alargando dia a dia, de modo a abranger, cada vez mais, as atividades particulares que afetam direta e imediatamente os interesses da coletividade. Dentre essas atividades a serem policiadas está, sem dúvida, a das construções, que entende fundamentalmente com a salubridade pública, a segurança coletiva, a funcionalidade da cidade e a estética urbana.

Podemos dizer que *o poder de polícia é a faculdade discricionária que se reconhece à Administração Pública de restringir e condicionar o uso e gozo dos bens e direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral*.<sup>27</sup>

Em linguagem mais livre, diremos que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem empregado pela Administração Pública para deter o

---

26. STF, RT 314/624, confirmando acórdão do TJSP, RT 303/137.

27. Sobre poder de polícia em geral, v., do Autor, *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed., 2012, cap. III, n. 7, e, sobre poder de polícia do Município, consulte-se, do Autor, *Direito Municipal Brasileiro*, 17ª ed., 2013, cap. VIII. V., ainda, Clóvis Beznos, *Poder de Polícia*, São Paulo, Ed. RT, 1979; Herald Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, São Paulo, Malheiros Editores, 2010; Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo Ordenador*, São Paulo, Malheiros Editores, 1ª ed., 3ª tir., 2003; Luís Manuel Fonseca Pires, *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*, São Paulo, Quartier Latin, 2006; André Ramos Tavares e Fabrício Bolzan, “Poder de Polícia: da supremacia do interesse público à primazia dos direitos fundamentais”, in *Tratado de Direito Administrativo*, Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder Nascimento e Ives Gandra Martins (coords.), Saraiva, 2013, vol. 2, p. 377.

de todo cidadão é a conduta proba, leal e honesta na condução de seus negócios. Esta é a boa-fé objetiva.

Relacionado com esses, o Código Civil contempla, ainda, outro dispositivo de muita importância: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato” (art. 421). Isto quer dizer que ele deve representar uma justa composição entre os direitos individuais e coletivos. Daí a razão pela qual pode ser rescindido se acontecimentos imprevisíveis tornarem por demais onerosa a prestação de uma das partes (art. 478). Satisfação dos interesses das partes em harmonia com os valores e ideais da comunidade, eis a função social do contrato. Se tais fundamentos não estiverem presentes na celebração do ajuste, este estará eivado de ilegalidade.

Os contratos de construção, como todos os outros, ficam sujeitos a essas diretrizes do Código Civil de 2002.

## 1. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO DE OBRA PARTICULAR

### 1.1 CONCEITO

*Contrato de construção* é todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou comitente.

Este conceito abarca, na sua generalidade, as duas modalidades de contrato de construção de obra particular conhecidas e praticadas entre nós – a *empreitada* e a *administração* –, as quais se diversificam nas condições econômicas da realização da obra, mas guardam as características da espécie que assinalamos.

Muito embora a nossa legislação ainda não contemple o *contrato de construção* como instituto autônomo, a doutrina já o considera espécie diversificada dos ajustes tradicionais, e a prática o tem consagrado como instrumento legal da indústria da construção civil. Tal contrato, na sua dupla modalidade – *empreitada* e *administração* –, deveria ser regulado pelas leis comerciais, visto que seu objeto é nitidamente mercantil (v. cap. 10, item 2.2). À minguia de disposições legais próprias, aplicam-se aos contratos de construção os preceitos gerais do Código Civil e, para os contratos de edificação em condomínio, as normas especiais da Lei 4.591, de 16.12.1964, arts. 48 e ss.

## 1.2 CARACTERES

Como *caracteres marcantes dos contratos de construção civil* assinalamos, na conceituação supra, o *objeto*, que há de ser sempre a execução de uma obra material certa e determinada (p. ex., edifício, estrada, ponte); o *executor*, que será, necessariamente, uma empresa – sociedade empresária ou empresário individual – legalmente autorizada a construir; o *projeto aprovado*, a ser executado pelo construtor (empresa) de acordo com as suas especificações, normas técnicas e normas legais da construção; as *condições* particulares de execução dos trabalhos (p. ex., prazo de conclusão da obra, qualidade dos materiais); o *preço* e a forma de pagamento e de custeio de obra; o *beneficiário* da construção, que tanto pode ser o proprietário do terreno como qualquer outro interessado, autorizado a construir (p. ex., o promissário comprador, o locatário).

Afora estes traços característicos, os contratos de construção civil enquadram-se entre os ajustes pessoais, consensuais, bilaterais perfeitos, comutativos e onerosos.

São *pessoais*, porque objetivam uma obrigação de fazer, tendo em vista as qualidades individuais dos contratantes; *consensuais*, porque resultam do simples acordo de vontade dos contratantes, independentemente de formalidades ou instrumentos especiais; *bilaterais perfeitos* ou *sinallagmáticos*, porque deles decorrem obrigações recíprocas para as partes; *comutativos*, porque as obrigações dos contratantes são equivalentes; e *onerosos*, porque os trabalhos contratados são remunerados, constituindo exceção a gratuidade da construção. Há quem sustente o caráter aleatório dos contratos de construção, do que discordamos, porque a álea deles resultante não vai além dos riscos normais de todo negócio em que se visa a lucro.

Os contratos de construção civil não são formais, nem estão sujeitos a registro para validade entre as partes, pelo quê podem ser firmados verbalmente ou por escrito, em instrumento público ou particular, mas é de toda conveniência sejam escritos e registrados, para perfeita fixação do que foi combinado e validade perante terceiros.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o contrato particular não registrado é indiferente a terceiros, para os quais a sua existência só se manifesta e produz efeitos a partir da data em que o ofi-



cial de Registro de Títulos e Documentos o transcreve no livro próprio.<sup>3</sup> Antes disto, ou sem isto, inexistia para terceiros, embora operante entre as partes.

Cabe aqui observar que, se as leis civis não impõem requisitos formais aos contratos de construção, as normas administrativas – Código Sanitário, Código de Obras, legislação urbanística, ambiental etc. – consignam exigências de interesse público para as edificações, as quais hão de ser atendidas, necessariamente, pelas partes na feitura de seus ajustes, sob pena de invalidade das cláusulas contratuais que as desatendam.

### 1.3 PARTES CONTRATANTES

O contrato de construção civil comumente é formado entre o *proprietário do terreno* e o *construtor* – pessoa física ou jurídica que se incumba da construção. Pode, ainda, a obra ser encomendada pelo *compromissário comprador do terreno*, ou mesmo por *terceiro* autorizado pelo proprietário a construir. Qualquer destas pessoas é parte legítima para contratar a construção, como comitente da obra.

O construtor, porém, segundo dispõe as leis reguladoras da profissão do engenheiro, do arquiteto e do agrônomo – Lei 5.194, de 24.12.1966, só poderá ser um destes profissionais, habilitado (art. 2º) e registrado como firma individual ou sociedade construtora regularmente inscrita no CREA (arts. 55 e 59). A sociedade construtora só poderá ter em sua denominação as palavras “engenharia”, “arquitetura” ou “agronomia” se sua direção for composta por maioria de profissionais registrados nos Conselhos Regionais (art. 5º).

O contrato de construção firmado com pessoa física não habilitada a construir ou com pessoa jurídica não registrada no CREA é *nulo de pleno direito* (art. 15). Esta nulidade abrange não só o contrato de construção propriamente dito, como o de qualquer ramo da Engenharia e da Agronomia, inclusive o de elaboração de projeto e fiscalização de obra. O dispositivo que consigna a nulidade é de ordem pública, pelo quê não admite transigência nem validação parcial do ajuste para efeito de cobrança da remuneração avençada.

---

3. STF, *RF* 122/408; TJSP, *RT* 243/185, 249/177. O art. 54 da Lei 13.097, de 19.01.2015, com redação dada pela Lei 14.382, de 27.06.2022, reforçou taxativamente a normatividade da concentração de atos na matrícula do imóvel, com a finalidade de produzir efeitos perante terceiros.

A única exceção admitida é para os contratos de construção de residências de pequena área, a juízo dos CREA. Com estas restrições a lei visa a afastar os leigos da construção civil, só os admitindo na execução de obras diminutas e isoladas, que não ofereçam dificuldades técnicas, nem comprometam a segurança das edificações vizinhas.

As obras de vulto ficaram reservadas aos profissionais diplomados e às sociedades construtoras regularmente autorizadas a executar serviços técnicos de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, sempre sob responsabilidade efetiva de profissional habilitado, sendo punido por infração ético-profissional o diplomado que acobertar com seu nome, ou com sua assinatura, o exercício ilegal da profissão.

Importa referir que, embora não tenha revogado expressamente os dispositivos até aqui citados, com a entrada em vigor da Lei 12.378, de 31.10.2010, questões relativas a arquitetos e urbanistas constantes na Lei 5.194, de 24.12.1966, passam a ser regulamentadas com base na nova norma (art. 66). As atividades e atribuições de arquitetos e urbanistas constam em rol próprio (art. 2.º), ficando seu registro submetido ao Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU/BR, inclusive para sociedade de arquitetos e urbanistas exclusivas ou em conjunto com outras categorias (art. 10), ficando vedado o uso das expressões “arquitetura” ou “urbanismo” ou designação similar em sociedade que não possuir arquiteto e urbanista entre os sócios com poder de gestão ou entre os empregados permanentes (art. 11).

#### 1.4 EXECUÇÃO E INEXECUÇÃO DO CONTRATO

Já assinalamos que o contrato de construção, em ambas as suas modalidades – por empreitada ou por administração –, é de caráter pessoal, mas não de prestação personalíssima, o que torna possível a *execução da obra* por terceiros que trabalhem sob a responsabilidade do construtor-contratado. Daí não se conclua, porém, possa o construtor liberar-se das obrigações contratuais com o proprietário, transpassando-as a estranhos. Absolutamente, não. O caráter não personalíssimo da execução do contrato de construção só autoriza que pessoas estranhas ao ajuste (técnicos e artífices diversos) interfiram na obra para realizar serviços de sua especialidade, sob direção e responsabilidade do construtor-contratado, sem lhe permitir a transferência da obra a outrem à revelia do proprietário ou comitente. Poderá o construtor subcontratar serviços ou incumbir especialistas de determinadas partes da obra, independentemente de autorização de quem a encomendou, mas será o responsável pela fiel execução

do projeto e pelo cumprimento de todas as cláusulas contratuais, bem como por todos os encargos legais decorrentes da construção, embora realizada parcialmente por outro.

A faculdade de subcontratar mão de obra e trabalhos especializados é inerente a todo contrato de construção, e resulta da complexidade das edificações modernas e da diversidade de operações, materiais e equipamentos empregados numa mesma obra, o que requer a presença de diferentes técnicos e artífices para sua perfeita execução. O essencial é que o construtor responsável pela obra a dirija integralmente e nela se faça presente por seus subcontratistas e prepostos.

Segundo entendia o Autor, em caso de falecimento, interdição ou qualquer outro motivo impediendo a condução da obra pela pessoa física do construtor-contratado, o contrato se rescindiria automaticamente, não sendo exigível a sua execução pelos sucessores do construtor originário. Já, o mesmo não ocorreria quando o contrato de construção fosse firmado com pessoa jurídica autorizada a construir, caso em que, mesmo com o falecimento de sócio, ou a sucessão da empresa, subsistiria o contrato em toda a sua plenitude. Mas, de acordo com o Código Civil de 2002, o contrato de empreitada não se extingue pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro (art. 626). Assim, o entendimento do Autor continua válido, mas é indispensável que tal circunstância esteja expressa no contrato ou que se manifeste evidente dos termos em que foi redigido.

Quanto ao proprietário-contratante da construção o ajuste persiste e se transfere a seus sucessores singulares ou universais em caso de falecimento. Para o Autor, a transferência voluntária do contrato, entretanto, só se afigurava possível com concordância do construtor-contratado, uma vez que poderia ao cessionário não convir a outra parte, por falta de capacidade econômica ou qualquer outro motivo de ordem pessoal, a juízo do construtor. E assim entendia, por se tratar de um contrato feito *intuitu personae*, vale dizer, tendo em vista a pessoa dos contratantes. Mas, diante do mencionado art. 626 do Código Civil, tal entendimento está superado, visto que o empreiteiro-construtor não poderá se opor à continuação dos trabalhos, desde que os sucessores do primitivo contratante cumpram suas obrigações. Esta é a tendência da evolução dos contratos de construção, hoje realizados quase sempre com empresas especializadas.

Se a execução material da obra sempre admite a intervenção de subcontratistas, que se incumbem de determinados trabalhos ou partes

da construção, o mesmo não se dá com a elaboração do projeto, já que, neste caso, o proprietário que o encomenda tem em vista o autor na sua dupla posição de técnico e de artista. Para os trabalhos materiais de desenho e elaboração de cálculos matemáticos de resistência poderá o autor do projeto incumbir outros técnicos, mas para a idealização da obra no seu conjunto estrutural e arquitetônico não se nos afigura transferível o seu encargo profissional, porque nessa concepção entram fatores individuais, de cunho personalíssimo, que o proprietário certamente teve em mira ao procurar determinado engenheiro, arquiteto ou agrônomo.

Não se deve confundir e identificar o trabalho material da construção, embora realizado com técnica, com o trabalho intelectual e artístico da concepção e elaboração do projeto.

A técnica é uniforme e generalizada; a arte é diversificada e individualizada. Daí por que o trabalho de natureza meramente técnica pode ser executado, sem inconvenientes, por profissionais diversos; quando, porém, é técnico-artístico, personaliza-se naquele que foi contratado para executá-lo. Certo é que, em tal caso, já não se trata de *contrato de construção propriamente dito*, mas de *serviços profissionais* de elaboração de projeto, como veremos adiante (item 3.1).

Aqui aproximamos as duas espécies de contrato, com o só intuito de acentuar as diferenças e apontar a diversidade de consequências jurídicas no momento de execução de cada um deles. Feitas essas considerações preliminares, passaremos a examinar os contratos de construção *in specie* e os ajustes conexos, que precedem ou propiciam a construção, vale dizer, a realização material da obra.

## 1.5 CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO “IN SPECIE”

### 1.5.1 CONTRATO DE CONSTRUÇÃO POR EMPREITADA

*Contrato de construção por empreitada* é o ajuste pelo qual o construtor-empregado, pessoa física ou jurídica habilitada a construir, se obriga a executar determinada obra, com autonomia na condução dos trabalhos, assumindo todos os encargos econômicos do empreendimento, e o proprietário ou comitente-empregador se compromete a pagar um preço fixo, ainda que reajustável,<sup>4</sup> unitário ou global, e a receber a obra concluída, nas condições convencionadas.

---

4. TJSP, RT 614/75.