

HERMANO DUVAL, in "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. XXXIII, verbete "Muro ou cerca divisória", nº 8, pág. 319, ensina:

"Assim, inexistindo as servidões de não edificar mais alto, **servitus non altius tollendi**, de vista, luz, insolação ou aeração a favor do prédio vizinho, fechando-lhe áreas de serventia, casos em que o titular do prédio dominante tem ação de nunciação de obra nova contra o vizinho para impedir a inovação, ou para demolí-la, se já consumada, o **proprietário exclusivo** do muro divisório tem o direito de elevá-lo à altura que quiser.

Com efeito, de levantamento jurisprudencial a que procedemos ficou a impressão que são muito mais frequentes os casos de alçamento de muro divisório para conter o devassamento do que por outro qualquer motivo. Inversamente, o capricho, a emulação ou a cizânia entre vizinhos também podem determinar a elevação, mas com o intuito de prejudicar. Nestas condições, concluímos que a regra geral — ditada pela jurisprudência — é a seguinte: o alteamento do muro divisório é lícito desde que não prejudique o vizinho."

Rio, 8 de março de 1978.

Roberto Pinto Fernandes
Procurador do Estado

Aprovo.

À consideração do Exmo. Sr. Prefeito.

Em 14 de março de 1978.

Roberto Paraiso Rocha
Procurador-Geral do Estado

Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro.

Aloysio Maria Teixeira, brasileiro, casado, magistrado, residente à Rua Codajás, nº 511, nesta cidade, onde é domiciliado, vem, respeitosamente, recorrer, no prazo legal, do despacho proferido pelo ilustre Secretário de Obras do Município e publicado no Diário Oficial deste Estado, em 12 de outubro próximo passado, pelas razões e fundamentos que passa a expor:

1. O recorrente, na qualidade de proprietário do prédio nº 511, da Rua Codajás, no Leblon, onde reside, requereu licença para construção de muro na linha divisória de fundos do mencionado imóvel, com o da Rua Timóteo da Costa, nº 168, onde, no momento se edifica um prédio de apartamentos com dez (10) pavimentos.

2. Mas, o Sr. Secretário de Obras do Município, embora reconheça que "a legislação edilícia não estabelece limitações à altura de muro divisório", conclui que o muro a ser erguido pelo recorrente "ultrapassa os padrões normais", e, em conseqüência, a sua altura "deve ficar limitada a valores compatíveis com a sua finalidade", que, é, como diz, "a de impedir o devassamento."

3. Em razão disso, deferiu a licença, mas subordinando a construção do muro às seguintes exigências:

- "1) — seja impedido o devassamento do imóvel do recorrente;
- "2) — fiquem garantidas as condições de aeração do local, com o uso de elementos vazados;
- "3) — seja adotada boa solução arquitetônica compatível com o local; e,
- "4) — fique demonstrada, em projeto estrutural próprio e respectivo memorial descritivo, a estabilidade da obra."

4. Colhe-se, pois, pela simples exposição dos fatos, com as próprias palavras da autoridade, que as restrições impostas pelos itens nºs 2 e 3, são, **data venia**, contraditórias e arbitrárias, e, por isso mesmo, ilegais, desde que representam, a um só tempo, exercício abusivo do

poder de polícia administrativa e limitação inadmissível ao direito de construir.

5. A contradição é evidente, indisfarçável. Se a autoridade admite, como premissa necessária, "que a legislação não estabelece limitações à altura do muro divisório", impossível lhe será negar a contradição, em que incorre, ao estabelecer as restrições dos n.ºs 2 e 3 da sua conclusão, a não ser em clara confissão de que está **legislando** sobre matéria que não é de sua competência, ou, o que é mais grave, que está agindo **arbitrariamente**.

6. Por outro lado, a **ilegalidade** das exigências não é menos evidente, indisfarçável. Se a autoridade administrativa é a primeira a reconhecer, **expressamente**, que não há limites para a altura do muro, na legislação edilícia, não pode, pois, negar, **data venia**, que exorbita dos seus poderes, e, na verdade, deles abusa, quando cerceia, limita, restringe o direito de construir do proprietário, impondo-lhe exigências cerebrinas, sob a roupagem ambígua ou sibilina de "valores compatíveis com a finalidade do muro" (?).

7. Na verdade, ao estatuir exigências que não estão previstas na legislação edilícia, como o próprio despacho recorrido reconhece, a autoridade administrativa, fazendo tábula rasa do art. 572 do Código Civil, esqueceu-se, evidentemente, do ensinamento de CLÓVIS BEVILÁQUA, à luz desse preceito básico do nosso direito, quando o inesquecível mestre assinalava que "o direito do proprietário levantar construções no seu solo", . . . "com a elevação que lhe parecer", . . . só encontra "as limitações determinadas pela vizinhança e pelas regulamentações administrativas"; pois, ainda na lição do mesmo mestre, com apoio no art. 527 do mesmo Código, o domínio, embora não se considere absoluto e sem restrições, é ilimitado, e, por isso, "se não se provar que há qualquer ônus limitando a sua plenitude, a lei o declara pleno" (Código Civil Comentado, ed. de 1975, v. I, págs. 1048 e 1009).

8. Assim é que as **restrições administrativas ao direito de construir**, reconhecido ao titular da propriedade particular, têm que resultar de **lei ou regulamento administrativo**, mas sempre respeitando a carta fundamental dos direitos civis, justamente porque o **fundamento do poder de polícia administrativa, inspirado no interesse social, emana diretamente da Constituição e das leis ordinárias, fontes exclusivas de sua legitimidade**.

9. Assim, para que surja uma "obrigação de não fazer", da qual resulte um "direito subjetivo de abstenção", para o particular, é indispensável que o ato da autoridade administrativa que impõe aquela obrigação, ou exige o respeito do mencionado direito, venha apoiado em regulamento edilício, que não contrarie a lei ou a Constituição.

10. Está no ensinamento de todos os nossos administrativistas, que o poder de polícia da Administração Pública, que se alicerça no interesse superior da comunidade e é exercitável pelos órgãos públicos, somente pode impor limitação de direitos e atividades individuais que corresponda a uma norma legal, pois não se admite sequer, conforme as expressões do Professor ONOFRE MENDES JUNIOR, "que sob o color da regulamentação, a lei anule, praticamente, o gozo das liberdades e garantias constitucionais" (HELY LOPES MEIRELLES — **Direito de Construir**, 1961, pág. 103).

11. Eis porque, HELY LOPES MEIRELLES, magistrado e professor eminentíssimos, depois de assinalar as **condições de validade do ato de polícia administrativa — competência, finalidade pública, proporcionalidade e legalidade** — conclui que o ato de polícia é legítimo quando atende a esses requisitos, por isso que

"o direito não tutela atos sem finalidade, nem autoriza restrições caprichosas", . . . tanto que, "fora daí tudo descamba para o arbítrio e se macula de ilegalidade." (Op. cit., pág. 105).

12. Aliás, nesta matéria, vale como verdadeiro dogma, a frase de ROGER BONNARD — "le fin ne justifie pas tous les moyens."

13. Que dizer-se, então, do ato da autoridade municipal, que, **confessadamente**, sem apoio sequer em norma edilícia, e, mais ainda, exorbita da sua competência para, sem demonstrar finalidade pública (de interesse geral), impõe, "ex autoritate propria", restrições **arbitrárias e ilegais** à construção de um muro divisório, para que este atinja a altura desejada pelo proprietário?

14. Mas, por que **arbitrárias e ilegais** as exigências contidas nos itens n.ºs 2 e 3 do despacho recorrido?

15. Em primeiro lugar, porque exigir que o muro pretendido pelo recorrente, que satisfaz as normas exigidas pela técnica e segurança da

construção, ainda ficasse subordinado a uma "boa solução arquitetônica compatível com o local", é submeter o direito do proprietário ao **critério subjetivo**, ou melhor dizendo, ao **puro arbítrio** da autoridade administrativa, que, a seu talante, poderia impedir a construção com base nos mais fúteis ou inconsistentes propósitos, inclusive exigindo a realização de obra dispendiosa, que não afina com a própria natureza e finalidade do ato.

16. Finalmente, porque exigir que o muro em questão seja "**vazado**", para garantir ao vizinho "**condições de aeração**" (sic), representa, nada mais e nada menos, que **impor uma servidão predial em favor do imóvel da Rua Timóteo da Costa, nº 168**, em terreno que confina, na linha de fundos com o do recorrente.

17. Ora, constitui noção elementar que as servidões prediais não se presumem (Cód. Civ., art. 696), e que se constituem por ato entre vivos, por disposição de última vontade, ou por usucapião (CLOVIS BEVILAQUA, Código Civil Comentado, v. I, pág. 1.163), e que, portanto, jamais seria admissível que a autoridade administrativa, no exercício do poder de polícia, pudesse instituir servidão predial — direito real sobre a coisa alheia — sobre um prédio particular, no interesse privado de outro prédio da mesma natureza.

18. Como explica HELY LOPES MEIRELLES

"Além das limitações administrativas de ordem urbanística propriamente dita (limitações gerais, sem indenização), é **lícito ao Município estabelecer servidões públicas** (limitações especiais de uso, com indenização parcial), ou ainda decretar desapropriações (transferência compulsória da propriedade, com indenização total) de bens particulares necessários à execução do Plano Diretor. O essencial é que o Município se contenha nos limites constitucionais de sua competência e realize tais atos com a discricionariedade administrativa que lhe é própria, mas sem ilegalidade, abuso de poder ou favoritismo. Mais uma vez salientamos que a competência municipal, em tema de urbanismo, se restringe à regulação do uso da propriedade e à ordenação do exercício de atividades particulares que afetem o interesse coletivo, **não lhe sendo permitido modificar a substância do direito de propriedade ou intervir no domínio econômi-**

co de modo a alterar a destinação dos bens particulares, o que é atribuição exclusiva da União (Cons. Fed., art. 5º, nº XV, a e art. 146). A legislação federal institui e garante o direito de propriedade, permitindo, tão-somente, o condicionamento de seu uso ao bem estar social (Const. Fed., art. 147); as normas locais delimitam administrativamente a extensão e o modo de atuação desse direito, conformando-o com as exigências da comunidade, sem suprimir-lhe a existência ou negar-lhe o mínimo constitucional de seu exercício. Dentro desses limites a ação municipal é legal; ultrapassando-os, padecerá de inconstitucionalidade. (Obra cit., págs. 125-126).

19. A servidão que os agentes do poder público podem instituir, é, pois "**a servidão administrativa ou pública**, como ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, a fim de assegurar a realização e manutenção de obras e serviços públicos ou de utilidade pública" (Autor e obra cit., pág. 173). Ora, **o muro vazado, para assegurar condições de aeração, em favor do prédio confinante, nos fundos, representaria uma servidão predial, em favor de particular, constituída por ato da autoridade municipal.**

20. Com efeito, a se admitir como válida, legítima, ou melhor, legal, a questionada exigência é inegável que, no futuro, quando alterada a legislação edilícia, for permitida a construção de edifícios de maior gabarito na área do chamado "bairro residencial do Leblon", — e não se trata de hipótese absurda ou impossível — estará vedado o aproveitamento do terreno do recorrente, com a constituição da "servidão" (!) que a autoridade municipal lhe teria imposto, em benefício exclusivo e particular dos proprietários do edifício de apartamentos em construção na Rua Timóteo da Costa, nº 168, em terreno lindeiro, aos fundos, com o imóvel da Rua Codajás, nº 511.

21. Todos os administrativistas brasileiros estão de acordo em que o poder de polícia, em qualquer das áreas de sua atuação, está sujeito a limites jurídicos: não pode ferir direitos do cidadão, nem prerrogativas individuais (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR — **Direito Administrativo do Brasil — IV — Poder de Polícia**, 1961, pág. 54, nº 54, nº 23; CAIO TÁCITO — **O poder de polícia e seus limites**, na Rev. de Dir. Adm., vol. 27, pág. 10).

22. Daí dizer o Professor MÁRIO MASAGÃO, que

“pode a polícia preventiva fazer tudo quanto se torne útil à sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja” (Curso de Direito Administrativo, 1960, v. II, pág. 192).

23. Ora, como se acentuou acima, a Administração Municipal que, exorbitando da esfera discricionária (não arbitrária), que a ela não se nega, transpõe os lindes legais ou se desvia de sua verdadeira finalidade, para fazer exigência, data venia, herética, que importa em onerar o imóvel do recorrente com servidão de ar em favor de outro prédio também de propriedade particular, evidentemente pratica “ato sujeito à invalidação, como qualquer outro ato administrativo, cometido com abuso ou excesso de poder” (HELY LOPES MEIRELLES — Os poderes do administrador público, na Rev. de Dir. Adm., v. 51, pág. 13), pois “os limites do poder de polícia são demarcados pela própria lei” (HELY LOPES MEIRELLES — Direito Municipal Brasileiro, 2ª ed., 1964, v. I, pág. 263).

24. Finalmente, o aspecto moral do caso. Como a autoridade municipal não ignora, os proprietários do edifício de apartamentos em construção na Rua Timóteo da Costa, 168, e que terá dez (10) pavimentos, já levantaram junto à linha divisória dos fundos da casa do recorrente, na Rua Codajás, 511, uma parede NÃO VAZADA de cerca de 12 (doze) metros de altura, que, assim, ultrapassa em cerca de 6 (seis) metros o telhado da referida casa.

25. Pelo raciocínio da autoridade municipal, é indubitável que tal parede, com cerca de 12 (doze) metros de altura, não sendo vazada, TERIA ABAFADO A AERAÇÃO DA CASA DO RECORRENTE, sem que tal fato houvesse preocupado a Administração Pública.

26. Entretanto, basta que o muro a ser erguido pelo recorrente ultrapasse em cerca de 18 (dezoito) metros a referida parede, para que a autoridade assumida, logo, zelosamente, posição oposta, e já se preocupe com a aeração do edifício da Rua Timóteo da Costa, 168, que se eleva distante do muro do recorrente e o ultrapassa em alguns metros.

27. Ademais, e apenas para raciocinar, se o muro questionado, vísse, antes de qualquer outra consideração, evitar o devassamento da pro-

priedade do recorrente, como poderia ele ser vazado e alcançar a mencionada finalidade? E por que exigir, para o muro do recorrente, modalidade arquitetônica (sic) que não foi exigida para o do seu vizinho? Qual a razão jurídica ou moral a justificar e amparar essa odiosa desigualdade de tratamento?

28. A verdade é que muro é muro, ou como se lê, no Dicionário de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, “parede forte que separa um lugar do outro, para defesa e proteção”. E a lei não obriga o recorrente a construir nenhuma obra de beleza arquitetônica para atingir aquele escopo, senão obra que obedeça às regras da técnica e da segurança, observadas em casos similares.

29. A única diferença entre a parede construída pelo vizinho e o muro que o recorrente pretende construir é esta: a parede erguida pelos lindeiros excede cerca de seis (6) metros o telhado da casa do recorrente e o muro que este pretende erguer — que ultrapassará em menos de dezenove (19) metros o já existente — carece de qualquer expressão diante da altura do edifício de apartamentos em construção na Rua Timóteo da Costa, nº 168, que se eleva a dez (10) pavimentos.

30. Mas o que tem importância mesmo é que a legislação edilícia não proíbe o muro com a altura desejada pelo recorrente, e, a autoridade não pode criar sobre o prédio do recorrente uma servidão de ar, ao exigir que o referido muro seja vazado, como também não pode, em tratamento discriminatório, exigir modalidade arquitetônica especial para o mesmo muro.

Em face do exposto, o recorrente está certo de que V. Exa., acolhendo as razões deduzidas, dará provimento integral ao recurso, para excluir as condições de números 2 (dois) e 3 (três), impostas ao projeto do recorrente, pelo despacho recorrido.

Nestes termos,
pede deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 1977.

Martinho Garcez Neto — OAB 1.639