



PARECER N.º: 746/93

PROCESSO N.º: 2.070094.93.4

INTERESSADO: DIVISAO DE CONTROLE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE OBRAS E VIAÇAO - SMOV

ASSUNTO: DIREITO DE CONSTRUIR - RESTRIÇÕES DE NATUREZA PRIVADA ESTRANHAS A COMPETENCIA FISCALIZADORA DO MUNICIPIO.

EMENTA: DIREITO DE CONSTRUIR - ABERTURA DE JANELA A MENOS DE METRO E MEIO DA DIVISA - DANO A VIZINHO POR QUEDA DE MATERIAIS DE OBRA - RESTRIÇÕES DE NATUREZA PRIVADA -

Falece ao Poder Público competência para fiscalizar atos objeto de restrições de vizinhança, regidos exclusivamente pelo direito privado.

EMBARGO ADMINISTRATIVO - AUTO-EXECUTORIEDADE - INEXIGENCIA DE RATIFICAÇÃO JUDICIAL. O embargo administrativo, enquanto manifestação do poder de polícia, goza de auto-executoriedade, podendo ser imposto e mantido pelo Poder Público independentemente de ratificação judicial.

O Diretor da Divisão de Controle da Secretaria Municipal de Obras e Viação - SMOV, solicita a esta Procuradoria parecer sobre as seguintes questões, formuladas não exatamente com essas palavras:

a) é competência da Divisão de Controle fiscalizar as janelas abertas para os prédios vizinhos? Em caso positivo, qual o enquadramento da infração e respectiva multa?

b) é competência da Divisão de Controle fiscalizar as proteções nas laterais das obras, onde fazem divisa com os prédios vizinhos? Em caso positivo, qual o enquadramento e respectiva multa? E enquadrável no art. 229, III do Código de Edificações de Porto Alegre?

c) é válido o embargo administrativo? Em que situação poderá ser aplicado o art. 227, II, letra "a", do Código de Edificações de Porto Alegre?

A liberdade de construir é a regra, prescrevendo, o Código Civil em seu art. 572, que o "proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprover...". Dito direito não é, no entanto, absoluto, devendo respeitar, nas palavras do mesmo dispositivo legal, "...o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos".

Os limites às construções são, pois, de duas ordens: privada e pública.

Os limites de natureza privada chamam-se "restrições de vizinhança" e só podem ser impostas por leis federais e convenções particulares. Seu objetivo é a proteção da propriedade, saúde, segurança e sossego dos que nela moram.

As restrições de ordem pública são identificadas como "limitações administrativas", podendo estar contidas em lei, decreto ou regulamento, federal, estadual ou municipal. São normas restritoras do direito de construir, estabelecidas em prol do bem-estar da comunidade.

A diferença básica entre as restrições de vizinhança e as limitações administrativas está em que as primeiras atingem o direito de propriedade em sua substância, enquanto as segundas condicionam, apenas, o seu uso. Quanto aos seus destinatários, as restrições de vizinhança buscam proteger os vizinhos individualmente considerados. Já as limitações administrativas protegem a coletividade.

Dentre as restrições de vizinhança encontramos a do art. 573 do Código Civil, que assim dispõe:

"Art. 573 - O proprietário pode embargar a construção de prédio que invada a área de seu, ou sobre este deite goteiras, bem como daquele em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela ou faça eirado, terraço ou varanda".(grifamos)

Pelo que determina o dispositivo legal acima transcrito, não pode ser aberta janela a menos de metro e meio do prédio vizinho. Face às explicações expostas anteriormente, depreende-se que a restrição em apreço enquadra-se dentre as de natureza privada, cabendo às pessoas diretamente envolvidas a solução do caso. Em tais situações, nada pode a Administração fazer, uma vez que a proibição de abertura de janela não é uma limitação de ordem pública. Deverá, no caso, o prejudicado, buscar o Poder Judiciário, única via capaz de por fim aos conflitos privados.

Em resposta ao primeiro quesito, entendemos que o Município de Porto Alegre não tem nenhuma competência para fiscalizar abertura de janela para prédio vizinho. Na verdade, muito acertadamente omitiu-se o Código de Edificações a este respeito, uma vez que a matéria é de natureza civil, só podendo constar em lei federal. A sua inclusão no Código de Edificações implicaria na sua flagrante inconstitucionalidade.



Dentre as várias obrigações que as obras acarretam, destaca-se a de indenizar danos causados a vizinho por queda de materiais no prédio deste.

Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre danos causados por obras, assim elucida:

"A construção, por sua própria natureza, e mesmo sem culpa de seus executores, comumente causa danos à vizinhança, por recalque do terreno, vibrações do estaqueamento, queda de materiais e outros eventos comuns na edificação. Tais danos hão de ser reparados por quem os causa e por quem auferes os proveitos da construção". ("in" Direito de Construir, 3ª. ed., p.257, grifo nosso).

Assim como na questão anterior, está-se diante de uma restrição de natureza privada, e não de ordem pública. Também para este caso a solução reside exclusivamente na procura do Poder Judiciário pelo prejudicado, podendo ele pedir alguma providência acautelatória, ou buscar diretamente indenização pelos danos sofridos.

A respeito dessa demanda judicial, comenta Hely Lopes Meirelles (ob.cit., p. 290) que "a mais frequente das ações entre vizinhos é a de indenização de danos ocasionados por obras em suas proximidades".

O fundamento legal da pretensão do prejudicado é o próprio art. 572 do Código Civil que dispõe que o direito de construir tem como limite o direito do vizinho. Todo dano causado ao vizinho atinge o direito deste, cabendo-lhe receber indenização.

Com referência a este quesito, repetimos o que foi dito na resposta ao primeiro. Trata-se de uma restrição de vizinhança, regida exclusivamente pelo Código Civil. Deve ser tratada diretamente pelas partes, vedada qualquer intervenção do Poder Público. O legislador municipal, ciente disso, previu no Art. 25 do Código de Edificações que o Poder Público pode exigir a colocação de proteção, mas tão somente "no trecho fronteiro da obra", e não nas laterais. E que a proteção no trecho fronteiro da obra visa garantir a segurança da coletividade, dever este da Administração. Já as proteções laterais visam resguardar, exclusivamente, interesses do vizinhos individualmente considerados, função que escapa à competência da Administração, recaindo, tal tarefa, ao Poder Judiciário.

Concluindo a resposta do segundo quesito, salientamos que por se tratar de restrição de vizinhança, não é possível o enquadramento da situação ora analisada no art. 229, II do



Código de Edificações.

Cabe, por fim, analisar a matéria objeto do terceiro e último quesito.

O fundamento das limitações administrativas é o poder de polícia. Nas palavras de José Cretella Júnior, poder de polícia é a "faculdade discricionária da Administração de limitar, dentro da lei, as liberdades individuais em prol do interesse coletivo". ("in" Curso de Direito Administrativo, 11ª. Ed., p.542)

A atuação do Poder Público Municipal, impondo o Código de Edificações e as sanções pelo seu descumprimento é manifestação de poder de polícia administrativa. Dentre essas manifestações identifica-se o embargo administrativo como autêntico ato de poder de polícia.

Possui o ato de polícia, além de outras características, a da auto-executoriedade. Consiste, ela, num atributo que permite à Administração fazê-lo cumprir independentemente de prévia análise e aprovação pelo Poder Judiciário. Em nome da auto-executoriedade pode a Administração mandar executar o ato, empregando força, se preciso.

Leciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que "no Direito Administrativo do Continente Europeu e da América Latina impera, na doutrina, o ponto de vista de ser o princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos inerente a todos os preceitos que estabelecem deveres e prescrevem limites às atividades particulares". ("in" Princípios Gerais de Direito Administrativo, 2ª. ed., Vol I, p. 616)

Apesar de ser, a auto-executoriedade, a regra dos atos de polícia administrativa, não é a ela absoluta. Casos há em que determinado ato não goza de tal atributo. Celso Antônio Bandeira de Mello (Elementos de Direito Administrativo, 1ª. ed., p. 183) e José Cretella Júnior (Do ato Administrativo, 2ª. ed., p. 98) apontam, basicamente, três hipóteses em que as medidas de polícia são revestidas de executoriedade:

- a) quando a lei expressamente autorizar;
- b) quando não houver outra via jurídica;
- c) quando houver urgência na adoção da medida, face aos prejuízos que a demora pode provocar.

FL NO



A apreciação do embargo administrativo frente à primeira hipótese não apresenta quaisquer dificuldades. Existe, no caso concreto, autorização do legislador para proceder ao embargo de obra, o que, por este motivo, legitima a sua adoção.

O Código de Edificações de Porto Alegre prescreve:

"Art. 229 - As obras em andamento, sejam elas de reforma, reconstrução ou demolição, serão embargadas, sem prejuízo das multas, quando estiverem:

- I - sendo executadas sem o devido licenciamento ou em desacordo com o projeto licenciado;
- II - sendo executadas sem a responsabilidade de profissional qualificado;
- III - causando danos ou oferecerem riscos ao próprio imóvel, à segurança e a outros interesses públicos;
- IV - sendo executadas sobre valas, redes pluviais existentes ou áreas não edificáveis."(grifo nosso)

Examinemos, agora, a segunda condição, a de que a executoriedade dos atos de polícia administrativa só ocorre se não existir outra via de direito capaz de garantir a realização dos interesses públicos. Para Hely Lopes Meirelles, existindo ação judicial, a sua adoção, pelo Poder Público, se lhe apresenta meramente facultativa, não estando vedada, pois, a escolha da via administrativa.

Esta é a lição do saudoso professor:

"Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, concluindo que no exercício regular da autotutela administrativa pode a Administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória, que é posta à sua disposição em caráter facultativo. Nem se opõe a essa conclusão o disposto nos arts. 287, 934 e 936 do novo Código de Processo Civil, uma vez que o pedido cominatório concedido ao Poder Público é simples faculdade para o acertamento judicial prévio dos atos resistidos pelos particulares, se assim o desejar a Administração". ("in" Direito Administrativo Brasileiro, 16^a. ed., p. 116, grifo nosso).

Analisando especificamente a ação de nunciação de obra nova disciplinada no art.934 e seguintes do Código de Processo Civil, idêntica foi a conclusão a que chegou o Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, esclarecendo que "Nada disso exclui, de resto, a adoção pela Municipalidade das providências administrativas cabíveis no exercício do poder de polícia de construções, independentemente de qualquer provimento judicial". ("in" Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1980, Vol. VIII, Tomo III, p. 586, grifo nosso).

--	--

de acordo com o disposto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 1.370/78, a administração pública municipal não pode exercer o poder de polícia em matéria de trânsito, ficando esta competência reservada ao Poder Judiciário.

Assim, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário.

Na obra em anexo, a respeito da competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito, o autor afirma:

"A competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, pois a administração pública municipal não pode exercer o poder de polícia em matéria de trânsito, ficando esta competência reservada ao Poder Judiciário. Assim, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário."

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Assim, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

Portanto, a competência para a aplicação de multa em matéria de trânsito é do Poder Judiciário, não podendo a administração pública municipal exercer esta competência.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi além da mera questão de ser facultativa ou obrigatória a adoção da via judicial, quando existente esta. Entendeu ser absolutamente vedado ao Município recorrer ao Poder Judiciário para buscar o cumprimento de ato de poder de polícia. Justificou tal entendimento afirmando que o poder de polícia, importa em dever para a Administração, não podendo subtrair-se dessa sua função constitucionalmente determinada, transferindo-a a outro Poder.

Tem fundamento o afirmado. O ato de polícia é verdadeiro ato administrativo, cuja execução, face à tripartição dos poderes prevista na Constituição Federal, compete precipuamente ao Executivo, não admitindo sua transferência a outro Poder.

Merecem transcrição a ementa e o acórdão, na parte em apreço:

"PODER DE POLICIA - Medida provisional de interdição de prédio - Intervenção do Judiciário "a priori" - Inadmissibilidade - Auto-executoriedade dos atos da Administração, como execução direta por seus próprios meios.

(...) Em assim sendo, não pode o Poder Executivo, no caso, a Municipalidade de São Paulo, demitir-se do seu "poder de polícia" para, em uma verdadeira inversão de valores constitucionais, pretender que o Poder Judiciário exerça atividade que não lhe é peculiar, ou seja, a do poder de polícia administrativa.

Os Poderes orgânicos da República são independentes e harmônicos entre si, sendo vedado a qualquer deles delegar atribuições (art. 6º. da CF). E era essa delegação da atribuição que, em última análise, a Municipalidade de São Paulo, ou seja, o Poder Executivo do Município de São Paulo, pretendia em relação do Poder Judiciário. E isso lhe era vedado, pelo óbvio, inclusive, porque, diante do "princípio da legalidade", o exercício do "poder de polícia administrativa," era irrenunciável, vale dizer, a Municipalidade não poderia demitir-se de seu "poder de polícia" para bater às portas do Judiciário". ("in" RT 623/489)

Sendo o embargo administrativo verdadeiro ato de poder de polícia, está ele revestido de auto-executoriedade, podendo, a Administração de Porto Alegre, se entender conveniente, valer-se dessa medida prevista no art 229 do seu Código de Edificações para determinar a paralisação de obra executada em desacordo com essa norma.

Assim confirma Hely Lopes Meirelles:

FL N°



"O que o princípio da auto-executoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, independentemente de mandado judicial. Assim, por exemplo quando a Prefeitura encontra uma edificação irregular ou oferecendo perigo à coletividade ela embarga diretamente a obra e promove a sua demolição, se for o caso, por determinação própria, sem necessidade de ordem judicial para essa interdição e demolição". ("in" Direito Administrativo Brasileiro, 16a. ed., p. 116, grifo nosso)

Também há pronunciamento judicial a este respeito, como demonstra a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

ATO ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO - PODER DE POLICIA.

O ato de polícia, como ato administrativo, pode ser executado direta e imediatamente pela Administração, sem recorrer a qualquer outro Poder.

(...) O ato de polícia, como ato administrativo que é, traz em si a possibilidade de execução direta e imediata pela Administração, sem recorrer a qualquer outro Poder. Não há necessidade de prévia apreciação e decisão judiciária para a execução de medida policial imposta pelo Poder Público. A própria Administração determina o ato e fá-lo executar com seus próprios recursos, garantida pela força pública, independentemente de mandado judicial, ainda que tal ato implique em apreensões de coisas, embargos de obras e demolições, impedimentos de ingressos de pessoas em determinados lugares, inutilização de gêneros deteriorados ou impróprios para o consumo, fechamento de estabelecimento, e o mais que contiver na competência de que determinou o ato." ("in" RDA 93/188, grifo nosso).

Outro aspecto a justificar a inexorabilidade de escolha obrigatória da via judicial para promoção de embargo de obra diz respeito à natureza da sentença de procedência desta medida. Em saindo-se vencedor o Município, terá, ele, uma sentença condenatória, constituindo, dito ato, verdadeiro título executivo oponível contra o perdedor resistente em cumprir espontaneamente a decisão judicial. E qual a característica jurídica do ato administrativo que impõe o embargo? Tem este ato, além de outros atributos, o da sua exigibilidade, que é a virtude inerente ao ato administrativo que obriga terceiros a se submeterem a ele. Ambos os atos, tanto a sentença condenatória, como o mero ato administrativo, produzem o mesmo efeito: o de sujeitar o condenado ao seu cumprimento. Constata-se, assim, que nenhum "plus" agregou, a sentença, à exigibilidade já existente no ato administrativo, limitando-se a confirmar um atributo que este ato já tinha antes mesmo da decisão judicial, comprovando a total desnecessidade de socorrer-se, a Administração, daquela via.

Quanto à última hipótese em que se admite a executoriedade do ato administrativo, entende-se que, embora não havendo previsão administrativa, e ainda que haja outra via jurídica, pode a Administração, sempre que haja urgência, impor diretamente a sua solução. Isto desde que a Administração confronte-se com situação em que a mínima demora possa acarretar sérios prejuízos ao bem-estar da coletividade, justificando, assim o uso da execução direta.

Desnecessária, ainda, a ratificação judicial do embargo executado administrativamente.

A ratificação de que trata o parágrafo único do art. 935 do Código de Processo Civil Brasileiro destina-se obrigatoriamente ao particular, consistindo, ela, verdadeira autotutela privada. Nos termos do ordenamento brasileiro, poucos são os dispositivos legais que ainda facultam alguma espécie de justiça privada. O embargo disciplinado pelo dispositivo legal referido é um deles, necessitando, porém, ratificação imediata pelo Poder Judiciário.

Adroaldo Furtado Fabrício, estudando o instituto, escreve que "nessa perspectiva, pode-se dizer que o embargo privado está mais próximo da tomada de bens em penhor legal do que da autodefesa possessória" (ob. cit, p. 604, grifo nosso)

A própria redação do dispositivo legal esclarece a quem é dirigida dita ação. Prescreve o art. 936 do CPC que "ao prejudicado também é lícito, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial...". A Administração, pelo menos neste caso, não é o prejudicado. O prejudicado é o vizinho. A Administração representa o poder fiscalizador das atividades que possam prejudicar a coletividade, estando, pois, excluída do polo ativo dessa demanda.

Acrescente-se que o requisito "urgência" afasta, definitivamente o Município entre os legitimados ativos dessa ratificação. Vimos acima que em caso de urgência a Administração sempre pode executar diretamente a medida administrativa, mesmo que não haja previsão legal, e ainda que haja qualquer outra via jurídica. Vale dizer, em havendo urgência o Poder Público tem, inquestionavelmente, competência para auto-executar seus atos. Se ação administrativa legitima-se pela urgência, desnecessária é, pois, a sua ratificação pelo judiciário.

O embargo administrativo, como ato punitivo que é, deve ser aplicado mediante o devido processo administrativo. Apesar de estar prevista no parágrafo único do art. 223 do Código de Edificações como uma faculdade, é recomendável que a Administração notifique previamente o interessado. Após a




notificação deve o infrator ser devidamente autuado e concedido-lhe o prazo de defesa de 15 dias previsto no art. 225 da LC 284/92. Somente após o transcurso deste prazo poderá a obra ser embargada.

Respondendo objetivamente ao terceiro quesito, esclarecemos que é legal o embargo administrativo previsto no Código de Edificações de Porto Alegre, podendo o Poder Público dele se utilizar ao invés da via judicial, sendo, ainda, desnecessária a sua ratificação pelo Poder Judiciário.

Por fim, a penalidade prevista no art. 227, II, "a" do Código de Edificações, que estabelece multa pelo descumprimento ao embargo, poderá ser imposta sempre que constatado descumprimento ao referido embargo.

E o parecer, SMJ.

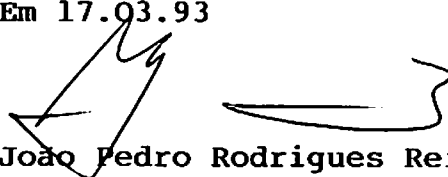
28 de janeiro de 1993.


ROSANE VALLS HOFMEISTER
Procuradora - Matr. 52899.2
Procuradoria - Geral do Município

--	--

Homologo, por seus jurídicos e relevantes termos, o r. Parecer nº 746/93 que lavrou a Dra. Rosane Valls Hofmeister.

Em 17.03.93



João Pedro Rodrigues Reis
Procurador-Geral do Município

FL NO

