

RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO *PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO* (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais.

2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.

3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em

Superior Tribunal de Justiça

loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã.

4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras.

5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como *normas-piso*, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição).

6. Em decorrência do *princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado*, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.

7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa).

8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego.

9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições

urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela *via legislativa*, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescência valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários.

14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa.

15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário,

Superior Tribunal de Justiça

para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe – *nemo dat quod non habet*.

16. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns.

17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do *princípio da isonomia*, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente.

18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

19. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-desempate do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos

Superior Tribunal de Justiça

os Srs. Ministros Eliana Calmon e Humberto Martins." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO, pela parte RECORRENTE: CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Dr(a). BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN, pela parte RECORRIDA: ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA

Dr(a). VADIM DA COSTA ARSKY, pela parte RECORRIDA: MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO

Brasília, 26 de agosto de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto com fulcro nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, em face do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa transcrevo a seguir (fl. 843):

NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. Inclusão dos vendedores do imóvel no polo passivo. ILEGITIMIDADE. Extinção sem apreciação do mérito. Restrições convencionais estabelecidas pelo loteador, arquivadas no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação dos lotes. Irrelevante a omissão das restrições nas escrituras subsequentes. Observância às mesmas garantida por lei municipal. Ação procedente.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Julgamento conjunto com a nunciação de obra nova. Conexão. Identidade de partes e entre pedido e causa de pedir. Ação procedente. Recurso do Movimento Defesa São Paulo provido para excluir a imposição de sucumbência, desprovidos os demais.

A recorrente alega violação:

a) dos arts. 535, II, e 128, ambos do CPC, pois teria havido omissão quanto a questões relevantes, quais sejam a natureza civil das restrições convencionais, a sua não-perpetuidade, sua extinção por contado art. 882, do CC/1916, dentre outros dispositivos, a prevalência do interesse coletivo, a aquisição dominial da construção sobre o terreno, e o direito adquirido (fl. 905);

b) do art. 882, do CC/1916, pois "não se pode olvidar (...) que a obrigação em comento é de não fazer, extinguindo-se, portanto, de acordo com o que preceitua a norma insculpida no artigo 882 do Código Civil". Conclui que "na hipótese, presente a causa extintiva, haja vista a impossibilidade absoluta de prestação decorrente da alteração das condições, quer as subjetivas, quer as objetivas autorizadas da manutenção das restrições convencionais, inadmissíveis que são para os dias atuais, em face dos problemas urbanísticos e sociais que envolvem a questão da moradia urbana entre nós" (fl. 913);

Superior Tribunal de Justiça

c) do art. 5º, da LICC, na interpretação da legislação municipal relativa ao parcelamento, uso e ocupação do solo, porque "imperioso para a hipótese dos autos, ainda, empreender-se a correta exegese relativamente ao diploma legal invocado, submetendo-a ao processo sistemático, até que descoberta seja a finalidade social e a exigência do bem comum a que se destina" (fl. 915);

d) do art. 572, do CC/1916, pois "a norma em comento, ao determinar que 'o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos', não se submete às limitações que lhe impõe o venerando acórdão recorrido" (fl. 917); e,

e) "conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, 'tudo aquilo que acede ao solo passa, por via de regra, a ser objeto do direito de propriedade do proprietário deste', sendo certo que a demolição importará em violação ao disposto no art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal na medida em que inexistirá a prévia e justa indenização que, quando muito, adimplida será a posteriori pela Municipalidade, fato esse, no entanto, incapaz de elidir os prejuízos efetivos, materiais e morais, a serem suportadas pela recorrente suportados" (fl. 919).

Ademais, suscita dissídio jurisprudencial com julgado desta Corte (REsp 7.585/SP), visto que "o venerando acórdão recorrido afirma que 'de qualquer forma, é para prevalecer a restrição contratual', pois que, a vingar o entendimento de Hely Lopes Meirelles e José Afonso da Silva, "...estar-se-ia ferindo o direito adquirido e até mesmo o ato jurídico perfeito. A lei superveniente estaria ofendendo direito do loteador, dos adquirentes dos lotes, dos vizinhos'. O venerando aresto paradigma, por sua vez, é enfático ao concluir diversamente com fundamento, inclusive, no mesmo entendimento doutrinário, posto que, segundo afirma, 'não seria possível que o loteador estabelecesse regras, ainda que aceitas pelos primeiros adquirentes, que se tornariam praticamente imutáveis, muitas vezes afrontando as necessidades urbanísticas. Essas são dinâmicas, condicionam-se ao desenvolvimento da cidade, não sendo admissível que esse fique prejudicado. no caso, sendo a construção erigida de acordo com as normas municipais e prevalecendo estas, não se pode ter como irregular o que foi feito'." (fls. 923-924).

Superior Tribunal de Justiça

A recorrente interpôs, também, Recurso Extraordinário (fls. 877-896).

O Município de São Paulo interpôs apenas Recurso Extraordinário (fls. 934-951).

Houve contra-razões (fls. 987-1000).

O Recurso Especial foi admitido na origem (fl. 1019).

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do Recurso e, subsidiariamente, pelo não-provimento.

É o **relatório**.



RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os presentes autos referem-se a duas Ações, reunidas pelas instâncias de origem, uma Nunciação de Obra Nova e uma Ação Civil Pública (fl. 843).

Os autores impugnaram a construção de um prédio no Município de São Paulo.

O argumento adotado pelo juiz de origem, que determinou a demolição do bem, é de que o prédio ultrapassa as restrições convencionais adotadas pelo loteador (City Lapa, fls. 492 e 843-844).

A Corte de origem manteve a sentença e, no que se refere ao objeto deste Recurso Especial, decidiu pela subsistência das restrições convencionais (estabelecidas pelo loteador e inscritas no registro imobiliário) em face da legislação municipal posterior menos restritiva.

Transcrevo trechos relevantes do voto condutor (fls. 844-845):

O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (artigo 572, do Código Civil), ínsita da restrição convencional.

Restrições convencionais são aquelas estabelecidas pelo loteador no plano de loteamento, arquivando-se no registro imobiliário e transcrevendo (sic) nas escrituras de alienação dos lotes. São cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Consequentemente, quem adquire o terreno, do loteador, ou dos sucessores, deve observância a todas as restrições convencionais, ainda que omitidas nas escrituras subsequentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização.

(...)

A discussão surge na hipótese em que a lei municipal posterior vem a efetuar restrições menos rigorosas que as convencionais.

(...)

No caso, a observância às restrições convencionais é garantida pelo própria lei municipal (art. 39 da Lei nº 8.001/73, com a redação dada pela Lei nº 9.846/85).

A lei acolheu a tese da maior restrição. Se as convenções forem mais exigentes, prevalece; se menos exigentes, prevalecem as normais legais.

Portanto, as restrições convencionais fazem parte da legislação

Superior Tribunal de Justiça

urbanística e a rigor não haveria porque cogitar da prevalência de uma sobre a outro. De qualquer forma, é para prevalecer a restrição contratual, como defende o d. Procurador de Justiça e cujos argumentos aqui ficam adotados."

Pela leitura dos trechos acima transcritos, fica evidente que o acórdão recorrido manteve a sentença, prestigiando as restrições convencionais, com base em dois fundamentos:

- a) o art. 572, do CC/1916, prevê a restrição convencional como limitadora do direito de propriedade (fl. 894); e,
- b) a legislação municipal garante a observância às restrições convencionais, desde que estas últimas sejam mais exigentes que as estabelecidas pelas leis urbanísticas (tese da maior restrição - fl. 895).

Feitos esses destaques, necessários ao bom entendimento do caso, passo a apreciar, em tópicos separados, os requisitos para conhecimento do recurso e, a seguir, o mérito recursal.

1. Conhecimento do Recurso

Como relatado, o Recurso Especial, no que tange à alínea "a", é interposto com base em suposta violação dos arts. 535, II, e 128, ambos do CPC. Ademais, sustenta-se o descumprimento dos arts. 882 e 572, do CC/1916, do art. 5º, da LICC, e do art. 5º, XXIV, da CF.

A recorrente sustenta que há, ainda, dissídio com precedente desta Corte (REsp 7.585/SP).

1.1 Conhecimento: art. 882, do CC/1916, e art. 5º, da LICC

Verifico que o Tribunal de origem não tratou, sequer implicitamente, do

art. 882, do CC/1916 (que trata da extinção da obrigação de não fazer), nem do art. 5º, da LICC (que se refere à aplicação da lei pelo juiz).

Ressalto que a recorrente buscou a manifestação do Tribunal *a quo* sobre o tema por meio de Embargos de Declaração (fls. 853-868). No entanto, a Corte de origem rejeitou-os, consignando que "*o julgado analisou todos os pontos objetos de controvérsia e seus fundamentos exauriram a lide, inexistindo os vícios apontados*" (fl. 873).

Aplica-se, portanto, o disposto na Súmula 211/STJ: "*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*"

De toda sorte, ainda que assim não fosse, a letra do art. 882 conspira contra a postulação da recorrente ao dispor que "*Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar*" (art. 882), regra essa que é complementada por outra, no sentido de que "*Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos*" (art. 883).

1.2 Conhecimento: art. 572, do CC/1916

Reitero que o acórdão recorrido manteve a sentença, prestigiando as restrições convencionais, com base em dois fundamentos:

- a) o art. 572, do CC/1916, prevê a restrição convencional como limitadora do direito de propriedade (fl. 894); e,
- b) a legislação municipal garante a observância às restrições convencionais, desde que estas últimas sejam mais exigentes que as estabelecidas pelas leis urbanísticas (tese da maior restrição - fl. 895).

Fica claro que o primeiro argumento é genérico: com base no art. 572, do

Superior Tribunal de Justiça

CC/1916, as restrições convencionais superariam aquelas fixadas pela legislação urbanística.

Já o segundo argumento é específico: a legislação do município de São Paulo garantiria a supremacia das restrições convencionais, desde que mais exigentes que as legais (tese da maior restrição).

Evidentemente, esta Corte poderia apreciar somente o primeiro fundamento, qual seja a subsistência das restrições convencionais à luz do art. 572, do CC/1916, cujo texto transcrevo a seguir:

"Art. 572. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos."

Como visto, o Tribunal *a quo* interpretou o dispositivo no sentido de que a restrição convencional se enquadraria na ressalva "*salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*" (fl. 844).

Ocorre que, mesmo na hipótese de a recorrente ter sucesso em sua argumentação, afastando a interpretação dada pela Corte Estadual ao art. 572, do CC/1916, o acórdão recorrido manter-se-ia pelo segundo fundamento.

É que a supremacia das restrições convencionais, se mais exigentes que as legais (tese da maior restrição), garantida pela legislação do Município de São Paulo, não pode ser apreciada por esta Corte, cuja competência, em Recurso Especial, restringe-se à análise e interpretação da legislação federal.

Acrescente-se, caso se supere o óbice do conhecimento, que tampouco se vê nesse tipo de norma violação às regras de competência para legislar, já que a matéria urbanística é o exemplo mais citado na doutrina e jurisprudência de típico "interesse local" (Constituição, art. 30, I), a não ser que estejam presentes interesses estaduais ou nacionais, como ocorre quando, v.g., estejam em jogo a proteção dos mananciais, da fauna e flora ameaçada de extinção e da qualidade do ar. Na ausência de quaisquer dessas hipóteses excepcionais, difícil imaginar como se pode atribuir ao Município de São Paulo violação aos limites de sua competência legislativa.

Superior Tribunal de Justiça

Percebe-se, portanto, que, ainda que não existisse a disposição da legislação federal civilista (art. 572, do CC/1916), o acórdão recorrido sustentar-se-ia pelo fundamento de que o art. 39 da Lei Municipal 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85, com isso assegurando-se a supremacia das restrições convencionais, desde que mais exigentes que aquelas fixadas na legislação urbanística municipal (tese da maior restrição - fl. 845).

Anoto que a discussão quanto ao zoneamento da cidade previsto pela legislação municipal, além de ser vedada no âmbito do STJ (direito local, Súmula 280/STF), fica prejudicada por essa determinação especial do art. 39 da Lei Municipal 8.001/73 a que se refere o acórdão recorrido (fl. 845). Significa dizer: mesmo que a lei de zoneamento permita a construção de altos prédios em determinada região, se determinados proprietários (loteador e adquirentes) resolverem criar um condomínio de casas, por exemplo, registrando a restrição convencional na forma da lei, essa convenção não infringe a normatização local, havendo de ser respeitada.

Conseqüentemente, na hipótese dos autos a discussão do art. 572, do CC/1916, acaba por ser inócua, na medida em que o segundo fundamento (regra da maior restrição fixada pela lei municipal) que dá amparo à decisão recorrida não pode ser conhecido por esta Corte, por envolver apreciação de legislação local.

Conclui-se, pois, que a questão da subsistência das restrições convencionais em relação às leis urbanísticas posteriores, bem como a alegada violação do art. 572, do CC/1916, não podem reexaminados, pois o acórdão recorrido mantém-se por outro fundamento suficiente, insindicável em Recurso Especial (legislação municipal).

Mas mesmo que assim não fosse, a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça não parece *prima facie* desarrazoada, já que leu o art. 572 do CC/1916 de modo a enxergar, na expressão "*salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*", base legal suficiente para a validade do instrumento contratual de disciplina das obras no empreendimento urbanístico.

De fato, modernamente há de se compreender as restrições urbanísticas e ambientais convencionadas pelo loteador, no momento da instituição do loteamento,

como atributos garantidos em favor dos vizinhos, isto é, da sociedade, tanto dos vizinhos-internos (coletividade menor), como dos vizinhos-externos (coletividade maior) ao empreendimento. Vislumbra-se aí verdadeira estipulação em favor de terceiros, sem que com isso o próprio empreendedor perca o interesse em ver respeitadas as restrições estabelecidas. Dessa maneira, estaria atendida a primeira parte do art. 572.

Além disso, tais restrições são aprovadas pela Prefeitura e incorporadas à licença urbanística, o que lhes confere um inequívoco caráter geral em relação a terceiros não-contratantes (e até quanto ao conjunto dos contratantes-compradores). Por esse prisma, estaríamos diante de um ato administrativo assemelhado, pelo menos nos seus efeitos, de tom geral, a um "regulamento administrativo".

1.3 Conhecimento: art. 5º, XXIV, da CF

Com relação ao art. 5º, XXIV, da CF, a incompetência desta Corte é evidente. Inquestionavelmente, não cabe apreciar a suposta violação de dispositivo constitucional, em Recurso Especial, sob pena de desrespeito aos limites estritamente traçados pela Constituição Federal, invadindo-se o âmbito de atuação do e. STF.

1.4 Conhecimento: dissídio jurisprudencial (alínea "c")

Finalmente, ainda no juízo de conhecimento, verifico que o paradigma apresentado pela recorrente, como substrato para a interposição do Recurso Especial pela alínea "c", não permite aferir a similitude entre os casos e o dissídio na interpretação da legislação federal.

De início, destaco que o REsp 7.585/SP (paradigma) não foi conhecido pela Terceira Turma (fl. 927), o que, por si, afastaria a viabilidade do Recurso com base na alínea "c", do permissivo constitucional.

Ainda que se ultrapasse esse obstáculo cognitivo, pela simples leitura do relatório do acórdão confrontado, verifico que a situação fática é absolutamente

distinta.

O REsp 7.585/SP (paradigma) refere-se a caso muito específico, em que a Ação de Nunciação de Obra Nova foi julgada improcedente, tendo a sentença sido confirmada pelo Tribunal. Ocorre que o proprietário demoliu a obra, por vontade própria. A partir daí, o autor daquela Ação defendeu que a demolição "*importaria reconhecimento do pedido*" (fl. 931). Este é o cerne da discussão, apreciada no paradigma.

Assim, não é de se conhecer o Recurso, com base na alínea "c", do permissivo constitucional.

De qualquer forma, a questão da subsistência das convenções em confronto com a legislação municipal (tratada no paradigma, apesar do não-conhecimento), ficou prejudicada, como mostrei, ao analisar a alegada violação do art. 572, do CC/1916, já que o acórdão recorrido mantém-se pelo fundamento da legislação municipal, insindicável por esta Corte.

Assim, o presente recurso deve ser conhecido apenas com relação à alegada violação dos arts. 535 e 128, do CPC (alínea "a" do permissivo constitucional).

2. Mérito: arts. 535 e 128, do CPC

Como anotei anteriormente, o Tribunal *a quo*, no que se tange ao objeto deste Recurso Especial, decidiu pela subsistência das restrições convencionais (estabelecidas pelo loteador e inscritas no registro imobiliário) em face da legislação municipal posterior, com base em dois fundamentos:

a) o art. 572, do CC/1916, prevê a restrição convencional como limitadora do direito de propriedade (fl. 894); e,

b) a legislação municipal garante a observância às restrições convencionais, desde que estas últimas sejam mais exigentes que as estabelecidas pelas leis urbanísticas (tese da maior restrição - fl. 895).

Superior Tribunal de Justiça

A recorrente aduz omissão quanto a questões relevantes, quais sejam a natureza civil das restrições convencionais, a sua não-perpetuidade, sua extinção por conta, dentre outros, do art. 882, do CC/1916, a prevalência do interesse coletivo, a aquisição dominial da construção sobre o terreno, o direito adquirido (fl. 905).

Não prospera sua irresignação.

O Tribunal de origem, ao julgar os Embargos de Declaração, manifestou-se no sentido de que **a empresa pretendia inovar**, naquele momento processual, buscando a apreciação de questões não ventiladas em suas peças recursais anteriores. Transcrevo trecho do voto-condutor dos Embargos de Declaração (fl. 873):

Ao contestar as ações, a ora embargante trouxe uma única tese, qual seja, a construção seguiu as normas legais, portanto inaplicáveis as convencionais.

A decisão tem que se ater aos limites da lide, não havendo, portanto, as omissões apontadas.

De fato, analisando a peça de Apelação (fls. 508-520), noto que a recorrente nada alegou acerca da natureza civil das restrições convencionais, a sua não-perpetuidade, sua extinção por conta, dentre outros, do art. 882, do CC/1916, ou a aquisição dominial da construção sobre o terreno.

Não há como acusar o Tribunal de Justiça de omissão com relação a essas questões, estranhas à Apelação. Entender de maneira diversa seria admitir inovação em sede de Embargos de Declaração, o que é inviável.

O que há, na Apelação, é sucinta referência à questão do direito adquirido (fl. 510) e da primazia do interesse público sobre o direito de propriedade (fl. 513). Assim, quanto aos pontos alegadamente omissos, somente essas duas questões foram ventiladas no recurso contra a sentença. Para clareza, transcrevo trechos da petição de Apelação:

Tal entendimento, que, em síntese, sustenta a prevalência de suposto **direito adquirido** em relação às normas de ordem pública, ao contrário, viola frontalmente o disposto na Constituição Federal em seu artigo

30, inciso VIII. (fl. 510, grifei).

De igual forma, já se pronunciaram renomados publicistas, sempre no sentido de reconhecer a **primazia do interesse coletivo ou público, no que diz respeito ao conceito de propriedade**. (fl. 513, grifei).

No entanto, tampouco com relação a elas subsiste razão à recorrente, pois não houve omissão. É que as duas questões (direito adquirido e primazia do interesse público sobre o direito de propriedade) foram apreciadas pelo Tribunal de origem, conforme os seguintes trechos do acórdão recorrido:

"Data venia", estar-se-ia ferindo o **direito adquirido** e até mesmo o ato jurídico perfeito. A lei superveniente estaria ofendendo direito do loteador, dos adquirentes dos lotes, dos vizinhos. (fl. 845).

O direito de propriedade (...) não é absoluto. (fl. 844).

A restrição á construção está cônsona com a lei municipal de regência, sempre teve a necessária publicidade, ao que se colhe todos os proprietários a ela se sujeitaram, **os direitos e interesses da comunidade social não são afetados** quanto a prejudicar projetos/programas municipais tendentes à resolução do grave problema de habitação a favor de faixas populacionais menos aquinhoadas, por isso que não teve motivação o ato administrativo de expedição de alvará autorizador de construção, "data venia". (fls. 848-849).

Assim, quanto a esses pontos (direito adquirido e supremacia do interesse público sobre o direito de propriedade), os únicos ventilados na Apelação dentre aqueles que a recorrente aponta como omissões do Tribunal de origem, verifico que **houve manifestação expressa** da Corte Estadual.

De qualquer forma, o Tribunal de origem **fundamentou adequadamente seu entendimento**. Na linha de argumentação do Tribunal de Justiça, é descabido falar-se em direito adquirido quando, na origem, se tem um não-direito, isto é, um expressa previsão contratual, legalmente válida, de obrigação de não-fazer. Direito adquirido não é sinônimo de fato consumado. Ao contrário, como é do conhecimento geral, conta com seus pressupostos jurídicos, nenhum deles presentes nos autos. Por outro lado, as restrições urbanísticas e ambientais são mesmo perpétuas, no sentido que lhe confere o Direito das Coisas. Ou será que alguém defenderá que a

Superior Tribunal de Justiça

obrigação de recuo, própria da licença urbanística, seria temporária? Essas obrigações que aderem ao título são mesmo temporalmente em aberto, pois integram a própria essência do direito de propriedade. Enquanto permanecer este, permanecerão aquelas.

Mas nenhum desses aspectos, levantados em sede de Embargos de Declaração, precisa ser aqui analisado. Como é sabido, não viola o art. 535, do CPC, a decisão suficientemente fundamentada, que resolve adequadamente a questão controvertida:

"ADMINISTRATIVO – RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO PRÉVIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO – RESERVA DE PLENÁRIO – NÃO CABIMENTO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido resolve satisfatoriamente a questão e adota fundamentação que lhe parece adequada, suficiente à solução da controvérsia.

2. Não sendo hipótese de afastamento de norma jurídica por inconstitucionalidade, desnecessária a observância do rito dos arts. 480 a 482 do CPC (reserva de plenário).

3. Recurso especial improvido." (REsp 728.796/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007 p. 221).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS.

1. A divergência jurisprudencial ensejadora do conhecimento do recurso especial pela alínea c deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255 do RISTJ.

2. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

3. Não se pode confundir ônus da prova com obrigação pelo pagamento ou adiantamento das despesas do processo. A questão do ônus da prova diz respeito ao julgamento da causa quando os fatos alegados não restaram provados. Todavia, independentemente de quem tenha o ônus de provar este ou aquele fato, cabe a cada parte prover as despesas dos atos que realiza ou requer no processo, antecipando-lhes o pagamento (CPC, art. 19), sendo que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público (CPC, art. 19, § 2º). Precedentes.

4. Recurso especial a que se dá provimento." (REsp 939.587/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.08.2007, DJ 03.09.2007 p. 151).

Não se trata aqui de reavaliar a decisão a que chegou o Tribunal de origem. Apenas reconhece-se que não houve omissão, tendo a Corte Estadual adotado uma linha argumentativa e fundamentos suficientes para sustentar seu acórdão.

É de se afastar, portanto, a alegada violação dos artigos. 535 e 128, do CPC.

3. Conclusão

Assim, não se conhece o recurso **a)** quanto ao art. 882, do CC/1916 (extinção da obrigação de não fazer), e art. 5º, da LICC (regra de interpretação), por falta de prequestionamento, **b)** quanto ao art. 572, do CC/1916, por conta de um segundo fundamento suficiente que não pode ser apreciado pelo STJ (legislação municipal) e **c)** quanto ao dissídio jurisprudencial, por falta de similitude entre os acórdãos (o paradigma foi pelo não-conhecimento, e tratou de caso específico) e porque o conteúdo do acórdão confrontado refere-se à questão da subsistência das restrições convencionais (assunto prejudicado por conta da legislação municipal que a fundamenta).

No mérito, afasto a alegação de violação dos arts. 535, II, e 128, ambos do CPC), pois a Apelação não faz referência à maior parte dos pontos tidos como omissos (houve inovação em sede de Embargos de Declaração). Quanto à questão do direito adquirido e da primazia do interesse público sobre o direito de propriedade, sucintamente ventilados na Apelação, observo a existência de manifestação pelo Tribunal de origem. Ademais, a Corte Estadual adotou fundamentos suficientes para sustentar seu entendimento.

Diante do exposto, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.**

É como **voto.**

**ERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0014094-7

REsp 302906 / SP

Números Origem: 3996 936075

PAUTA: 27/11/2007

JULGADO: 27/11/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA
ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : MARCUS VINÍCIUS GRAMEGNA
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO, pela parte RECORRENTE: CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Dr(a). VADIM DA COSTA ARSKY, pela parte RECORRIDA: ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo parcialmente do recurso e, nessa parte, negando-lhe provimento, pediu vista dos autos a Sra. Ministra Eliana Calmon."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira e Humberto Martins.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 27 de novembro de 2007

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: – O presente processo tem como relator o Ministro Herman Benjamin, que, em lapidar voto, conheceu parcialmente do recurso especial interposto pela CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, mas negou-lhe provimento.

O recurso é complexo, recheado de questões processuais e de grande interesse para as partes que acorreram ao Judiciário com memoriais, artigos, informações etc., envolvendo, de um lado, interesses de particulares e, do outro, interesses de moradores do bairro, reunidos em associação, e, ainda, há interesse público por parte do município que regulamentou a ocupação da área questionada.

Diante de tudo isso, entendo pertinente fazer um retrospecto do que se passou na base fática e deu ensejo ao questionamento que está sendo examinado:

1) contra o Município de São Paulo, em litisconsórcio com a empresa CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA e mais seis pessoas, foi proposta **ação de nunciação de obra nova** por Maria Joana Martins Rodrigues e a Associação de Amigos e Moradores pela Preservação do Alto da Lapa e Bela Aliança, demanda que foi unida, por conexão, à **ação civil pública** movida pelo Movimento Defenda São Paulo contra a Prefeitura do Município de São Paulo e a empresa CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;

2) em 1º grau, o magistrado sentenciante, após excluir do pólo passivo as pessoas físicas, julgou procedente o pedido e condenou a Construtora na obrigação de demolir a construção no prazo de cento e vinte dias, sob pena de multa, ao tempo em que determinou a cassação do alvará de licença concedido pela Prefeitura Municipal de São Paulo. Na ação civil pública, a Prefeitura foi excluída do feito, sendo condenada a empresa Construtora, impondo o julgador à ré a obrigação de demolir a construção sob as penas da lei;

3) todos recorreram e o Tribunal, na questão de mérito, confirmou a sentença, embasando-se nos seguintes postulados:

a) o direito de propriedade tem garantia constitucional, mas não se trata de

direito absoluto;

- b)** o proprietário, embora possa levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, deve respeitar o direito de vizinhança, os regulamentos administrativos e as restrições convencionais;
- c)** restrições convencionais são as estabelecidas pelo loteador no plano de loteamento, arquivadas no registro imobiliário e transcritas na escritura de alienação; e
- d)** as normas convencionais têm seus efeitos operando entre loteador, o adquirente de lotes e a Prefeitura, de forma que o adquirente recebe o imóvel com a restrição e não mais pode alterá-la.

4) tudo começou quando a Associação de Amigos e Moradores pela Preservação do Alto da Lapa e Bela Aliança questionou judicialmente a concessão de licença para construção de prédio em lote integrante do loteamento original do bairro do Alto da Lapa, outorgada pelo Município de São Paulo, visto que havia restrição convencional do loteador, gravando todas as áreas que compunham o loteamento, restrição chancelada ao longo dos anos pelas leis de zoneamento;

A licença permitia o fracionamento do solo de forma incompatível com as restrições do loteador, em ofensa ao ato jurídico perfeito, porque o entendimento da municipalidade foi no sentido de aplicar a lei que regulamentava a utilização das áreas para construção de forma muito mais acessível que as normas convencionais;

5) prevaleceu nas instâncias ordinárias, 1º e 2º graus, o entendimento de que a legislação referente à urbanização, especialmente o disposto no art. 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85, garantiu as restrições convencionais, ao estabelecer que deveria ser observada a norma de maior restrição, fosse a legal ou a convencional;

6) contra o acórdão da Corte de Apelação foram interpostos recursos extraordinário e especial pela empresa construtora, com a só admissibilidade do especial (fl. 1019), o qual, no STJ, recebeu substancioso parecer ministerial, concluindo a peça opinativa pelo não conhecimento do recurso mas, se conhecido, pelo seu não provimento (fls. 1071/1079).

7) alegou a empresa recorrente:

- a) violação dos arts. 535, II, e 128, ambos do CPC, ao argumento de ter a Corte omitido questões relevantes, tais como: a natureza civil das restrições convencionais, a não perpetuidade da convenção, a extinção da cláusula restritiva pelo art. 882 do Código Civil de 1916, a prevalência do interesse coletivo, a aquisição dominial da construção sobre o terreno e a tese do direito adquirido;
- b) violação do art. 882 do Código Civil, diante da impossibilidade de se atender à obrigação de não fazer inserida nas normas restritivas, pela sua incompatibilidade com os dias atuais em que enfrenta a cidade de São Paulo grandes e graves problemas urbanísticos e sociais envolvendo a questão da moradia urbana;
- c) violação do art. 5º da LICC, porque na interpretação da legislação referente ao parcelamento, uso e ocupação do solo é importante observar o processo sistemático que leve à finalidade social e às exigências do bem comum;
- d) vulneração do art. 572 do Código Civil de 1916, porque a norma, ao ressalvar a observância pelo proprietário das limitações impostas pelo direito de vizinhança e pelos regulamentos administrativos, não incluiu as limitações convencionais, como reconheceu o acórdão;
- e) como tudo que é agregado ao solo passa a ser objeto do direito de propriedade, a demolição indicada no julgado importará em violação à Constituição; e
- f) o aresto impugnado destoa de diversos julgados, como, por exemplo, o decidido no Recurso Especial 7.585/SP.

8) o relator descartou, de pronto, a possibilidade de conhecimento do especial pela alínea "c", primeiro, porque o paradigma era imprestável, na medida em que se assentou em premissa fática inteiramente distinta da hipótese em exame, e, em segundo lugar, terminou por não conhecer do especial.

Entretanto, analisou o Ministro Herman Benjamin os diversos artigos

Superior Tribunal de Justiça

indicados nas razões de recurso e acabou por manter integralmente o acórdão recorrido, ou seja, acolheu a tese de que as restrições convencionais, embora mais restritivas que as imposições da legislação urbanística, devem prevalecer diante da regra prevalente: a mais restritiva, seja legal ou convencional.

Após essa digressão, passo a proferir o meu voto-vista, depois de ter lido atentamente os memoriais oferecidos por ambas as partes e pela Prefeitura de São Paulo, que se diz interessada:

a) sobre a alegada **violação dos arts. 535, II, e 128 do CPC**, por omissão quanto à natureza civil das restrições convencionais, a não perpetuidade da convenção, a extinção da cláusula restritiva pelo art. 882 do Código Civil de 1916, a prevalência do interesse coletivo, a aquisição do domínio do terreno pela construtora, ora recorrente, e o direito adquirido, verifico que o acórdão não se omitiu. Ao contrário, há referência, no voto condutor do julgado, a todos os subitens indicados pelo recorrente.

Afasto a pertinência da alegação diante do que consta no acórdão, transcrito, aliás, pelo recorrente, nos memoriais apresentados em 26 de outubro de 2003, quando o feito ainda estava sob a relatoria do Ministro Peçanha Martins. Dos memoriais transcrevo parte do voto condutor do acórdão, que demonstra, à saciedade, a inexistência de omissão:

"O direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal) **não** é absoluto.

O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, **salvo** o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (**artigo 572, do Código Civil**), **ínsita** a restrição convencional.

Restrições convencionais são aquelas estabelecidas pelo **loteador no plano de loteamento**, arquivando-se no **registro imobiliário** e transcrevendo nas **escrituras** de alienação dos lotes. São **cláusulas urbanísticas** a serem observadas por **todos** em defesa do bairro, inclusive a **Prefeitura** que as aprovou. **Conseqüentemente**, quem **adquire** o terreno, do **loteador**, ou dos **sucedores**, deve observância a todas as **restrições convencionais**, **ainda** que **omitidas** nas escrituras **subseqüentes**, porque o que **prevalece** são as **cláusulas iniciais** do plano de urbanização.

As **normas convencionais** de **loteamento** operam **efeitos** entre o loteador e o adquirente de lotes e entre a **Prefeitura**. O **adquirente** de lotes recebe propriedade **restrita**, não lhe assistindo o direito de alterá-la." (v. 4, p. 844/5).

(...)

"A discussão surge na hipótese em que **lei municipal posterior** vem a efetuar **restrições menos** rigorosas que as **convencionais**.

Na lição de **Hely Lopes Meirelles** ("As Restrições de Loteamento e as Leis Urbanísticas Supervenientes" – RT 462/23), "as restrições dos **loteadores** são acordos **particulares** operantes nos **vazios** da lei urbanística, **suprindo-lhe** a falta ou mesmo a **ausência** do texto legal regulador do uso do solo naquele bairro. **Sobrevindo** a lei, **cessam**, daí por **diante**, **todos** os efeitos **contratuais contrários** à norma legal..."

"**Data venia**", **estar-se-ia** ferindo o **direito adquirido** e até mesmo o ato jurídico perfeito. A lei superveniente estaria ofendendo direito do **loteador**, dos **adquirentes** dos lotes, dos **vizinhos**.

Correto, pois, o entendimento esposado pelo MM. Juiz **sentenciante**.

No **caso**, a **observância** às **restrições convencionais** é **garantida** pela **própria** lei municipal (**art. 39 da Lei nº 8.001/73**, com a redação dada pela **Lei nº 9.846/85**).

A **lei** acolheu a tese da **maior** restrição. **Se as convenções** forem **mais** exigentes, **prevalecem**; **se menos** exigentes, **prevalecem** as **normas legais**.

Portanto, as **restrições convencionais** fazem **parte** da legislação **urbanística** e **a rigor** não haveria porque cogitar da prevalência de uma sobre a outra. De **qualquer** forma, é para **prevalecer** a **restrição contratual**, como defende o d. Procurador de Justiça e cujos argumentos aqui ficam adotados." (v. 4, p. 845).

O trecho transcrito deixa clara a inexistência das omissões apontadas, afastando-se, assim, a violação do art. 535 do CPC;

b) violação do art. 882 do Código Civil de 1916, pela incompatibilidade das restrições convencionais com os dias atuais. Vejamos. O dispositivo do Código revogado tinha a redação seguinte:

Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato que se obrigou a não praticar.

O dispositivo, embora devidamente prequestionado, não tem aplicação à espécie, na medida em que a obrigação imposta aos proprietários, consubstanciada nas restrições de uso da área, inseriu-se nas regras das leis municipais que cuidaram da urbanização da cidade, no particular a Lei Municipal 8.001/73, diploma que definiu o padrão urbanístico da cidade. Não se pode olvidar, nesta assentada, a disciplina da Lei 9.846/85, que alterou a redação da Lei 8.001/73, todas devidamente prequestionadas, disciplinadoras do parcelamento, uso e ocupação do solo.

Não se trata de exame de lei local, obstada de exame na via do especial. Examina-se a compatibilidade do sistema normativo local, com as regras convencionais e a disciplina da lei federal, o Código Civil de 1916.

Em primeiro lugar, deve-se observar que, em matéria de ocupação do solo, cabe ao Município a disciplina legislativa, estabelecida constitucionalmente – art. 30, inciso I, da CF.

Assim, entendo que a norma local pode extinguir regra oriunda de convenção das partes, se se verificar a incompatibilidade das regras particulares com a regra municipal, que representa o interesse público. Podemos, então, estabelecer que, em matéria de urbanização, a prioridade é a regra emanada do Município. Se acomodadas no seu seio,

adquirem as regras convencionais caráter cogente. Se, diferentemente, em testilha com as normas municipais, a prevalência será das regras oficialmente públicas. A questão colocada pelas partes é a de que a regra normatizada no art. 39 da Lei 8.001/73 estabeleceu, no confronto entre as restrições convencionais e as restrições municipais, que devem prevalecer as mais rígidas. Como na hipótese a rigidez mais acentuada está com as regras convencionais, a prevalência deve ser delas;

c) em referência ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, diz o recorrente que, na interpretação da legislação referente ao parcelamento, uso e ocupação do solo, é importante observar o processo sistemático que leva à finalidade social e às exigências do bem comum.

Entendo que, se as leis mencionadas não excepcionaram as restrições convencionais de forma explícita, e se as normas particulares não se atritam com as restrições legais, temos a possibilidade de manutenção das cláusulas convencionadas, sem se vulnerar a LICC; e

d) quanto à alegação de vulneração do art. 572 do Código Civil de 1916, por inexistir nas restrições estabelecidas para o direito de propriedade limitações convencionais, as quais não se inserem nas limitações do direito de vizinhança e dos regulamentos administrativos, únicas expressamente permitidas, tenha-se presente que as restrições convencionais não podem estar em desacordo com as convenções de utilização do solo, como bem enfatizou o Ministro Eduardo Ribeiro, no precedente trazido à colação pelo recorrente (REsp. 7.585/SP).

Como já visto, cabe aos municípios estabelecerem as regras de ocupação e uso da área urbana, respeitando as restrições convencionais dentro dos limites do seu interesse, com a prevalência do interesse público quando da elaboração dos planos de urbanização.

Dentro desse quadro temos a existência, na Capital Paulista, da Lei de Zoneamento, estabelecendo uma série de regras para utilização das diversas áreas, tais como recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura dos prédios, número de pavimentos etc., identificando-se as zonas por números distintos, com maior ou menor restrição. Assim, tem-se a Zona 1, situada na divisa do loteamento, com indicação para residências unifamiliares; a Zona 3-01, identificando a zona para uso residencial multifamiliar, com possibilidade de aí construir-se edifícios residenciais para diversas

Superior Tribunal de Justiça

famílias. Advirto, por oportuno, que não estou examinando prova ou documentos, e sim debruçando-me sobre as regras do plano diretor da cidade de São Paulo, no cotejo com as limitações convencionadas pelo loteador, selando o destino e a vocação da área.

As cláusulas convencionais devem se harmonizar com as normas de postura municipal, como já visto, e dentro dessa harmonia terem até predominância, se mais restritivas. Entretanto, não podem, ao meu sentir, mudar ou alterar o sentido da norma pública, de forma a tornar os municípios reféns das restrições ou limitações convencionadas. Se assim fosse, teríamos o comando do interesse particular sobre o delineamento das áreas urbanas, decidindo os cidadãos – ainda que com as melhores intenções –, mas sem o caráter global e geral, por estarem equidistantes dos seus interesses primários, apesar de inseridos no contexto dos problemas sociais da municipalidade como um todo. Daí a competência legislativa dada aos municípios pelo legislador constitucional, incumbindo-os de legislar sobre os assuntos de interesse local, neles inserindo-se, sem dúvida, as regras da urbanização.

Imagine-se, por absurdo, que no início do século fosse estabelecido pelos Matarazzo, proprietários de grande número de propriedades em hoje valorizadas áreas, como por exemplo, no atual Bairro dos Jardins, à época exclusivamente residenciais e com prédios unifamiliares, por hipótese, se convencionassem para a área fracionada de suas propriedades a restrição de ali não se estabelecer prédios em vertical, ou com destino de comércio. Estaria o município obrigado a respeitar tal convenção? Penso que não, na medida em que a municipalidade, dentro de uma visão global, é quem dita as regras restritivas, como está no art. 572 do Código Civil revogado.

A municipalidade, como interessada, prequestionou o art. 39 da Lei 8.001/73, dispositivo que também veio a ser prequestionado pelos autores da ação, de forma a sustentar-se nele a tese de que deve prevalecer, no confronto de restrições legais e convencionais, as mais rígidas.

Entretanto, a questão que se coloca está também e, principalmente, no § 1º do mencionado art. 39, que estabelece o seguinte:

As categorias de uso permitido nos loteamentos referidos no caput deste artigo serão aquelas definidas para as diferentes zonas de uso pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo.

A regra acima transcrita é de supremacia, pois reserva ao Poder Público a categorização, dentro dos loteamentos, das zonas de uso e ocupação do solo. Estas regras são

Superior Tribunal de Justiça

imutáveis pelo particular.

Com efeito, mesmo que se admita, como faz crer o relator, seguindo o acórdão impugnado, que o art. 39 da Lei 9.846/85 ordena a prevalência da norma mais rigorosa, por uma interpretação sistemática chega-se à conclusão de que nem sempre poderá ser feita esta leitura. Com efeito, na categorização do uso do solo deve-se atender às disposições, como previsto no parágrafo do mesmo artigo.

Assim, concedeu o município, à vista da sua legislação, alvará autorizando a construção do edifício questionado, porque a área estava em uma zona destinada a prédios multifamiliares, sem observar a convenção particular que, no particular, punha-se em testilha com as regras do zoneamento.

Dentro desse entendimento é que compreendo vulnerado pelo aresto impugnado o disposto no art. 572 do Código Civil.

Entendo que, dentre os dispositivos apontados pelo recorrente, um só dispositivo foi vulnerado pelo acórdão, mas o especial adquire densidade quanto à alínea "c", na medida em que o entendimento constante do voto condutor, abraçado pelo relator, está em confronto com julgado desta Corte, como o relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, cuja ementa é a seguinte:

Reconhecimento do pedido.

Exige, para que se tenha como configurado, clara manifestação do réu de que se submete aos termos da demanda. O fato de que tenha desfeito construção, que a inicial sustentava ser irregular, não significa haja admitido a procedência da pretensão do autor, podendo ter agido impelido por motivação inteiramente estranha à alegada ilicitude. Para decidir sobre a condenação em custas e honorários ter-se-á que examinar a lide e verificar quem deu causa, de modo objetivamente injurídico, à instauração do processo.

Loteamento - Restrições convencionais à construção.

Prevalência das normas municipais supervenientes, pois o plano urbanístico é de interesse geral e limitações introduzidas por particulares não podem empecer o normal desenvolvimento da cidade.

A tese é a mesma, e do confronto analítico pode-se afirmar que embora distintas as situações fáticas, estão ambas inseridas dentro do mesmo diapasão interpretativo.

Enquanto o acórdão indica como prevalente a norma convencional, que é mais rígida do que a norma oficial, o aresto paradigma, diferentemente, entende impossível a prevalência da vontade do loteador, mesmo aceita por todos os adquirentes, de forma a torná-la imutável, o que pode vir a afrontar as necessidades urbanísticas.

Trago ainda à colação, como reforço de argumentação, dois tópicos: uma

decisão da Primeira Turma, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Luiz Fux, no Recurso Especial 289.093/SP; e um dispositivo do Código Civil atual, não prequestionado.

Do acórdão temos a ementa do que nele foi tratado:

ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS. PREVALÊNCIA SOBRE NORMAS QUE INSTITUEM LIMITAÇÕES DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

REPRISTINAÇÃO DOS EFEITOS DE CLÁUSULAS CONVENCIONAIS APÓS TRANSCORRIDOS DÉCADAS DE SUA APOSIÇÃO MANUSCRITA EM ESCRITURA ORIGINAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REPRISTINAÇÃO.

1. Restrições convencionais, apostas de forma manuscrita em 1935, em escritura primitiva de compra e venda de imóvel, revogada por força da edição do Decreto-lei n.º 99/41, que instituiu limitações de ordem pública, não poderiam ter seus efeitos repristinados pela Lei n.º 8.001/73, porquanto inexistentes quando da sua edição.

2. Impossibilidade de normas convencionais se sobreporem à limitações de ordem pública. Precedentes.

3. Afrontaria o Princípio da razoabilidade impor ao recorrente a adequação do imóvel às referidas cláusulas, após décadas de ineficácia, porquanto conspiraria contra a ratio essendi do art. 39, da Lei n.º 8.001/73.

4. Efetuando o recorrente modificações no imóvel, em consonância com o Decreto-lei n.º 99/41, muito embora em dissonância com as restrições convencionais, as quais desconhecia porquanto não foram reproduzidas nas escrituras posteriores à original, em nenhuma ilegalidade incorreu.

5. Sob o enfoque da aplicação da lei no tempo, não seria razoável imputar ao recorrente o cometimento de infração à Lei n.º 8.001/73 que, em data posterior à permissibilidade de recuos maiores no imóvel, determinou a prevalência das restrições pretéritas. A Lei n.º 8.001/73, à semelhança de todo e qualquer diploma legal, somente passou a produzir os seus efeitos quanto às restrições convencionais existentes em data posterior à sua edição.

6. A ausência de reprodução das cláusulas convencionais apostas de forma manuscrita em 1935 na escritura original, no instrumento de compra e venda do imóvel e no Registro Imobiliário, contraria o art.

26, da Lei n.º 6.766/79.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 289093/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.09.2003, DJ 20.10.2003 p. 179)

No Código Civil atual, no Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, está inserida a seguinte previsão:

Art. 2.035 (...)

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Pondero, ainda, que a licença de construção, expedida pela municipalidade, em observância à legislação constante da lei de zoneamento e dentro da boa-fé que se presume

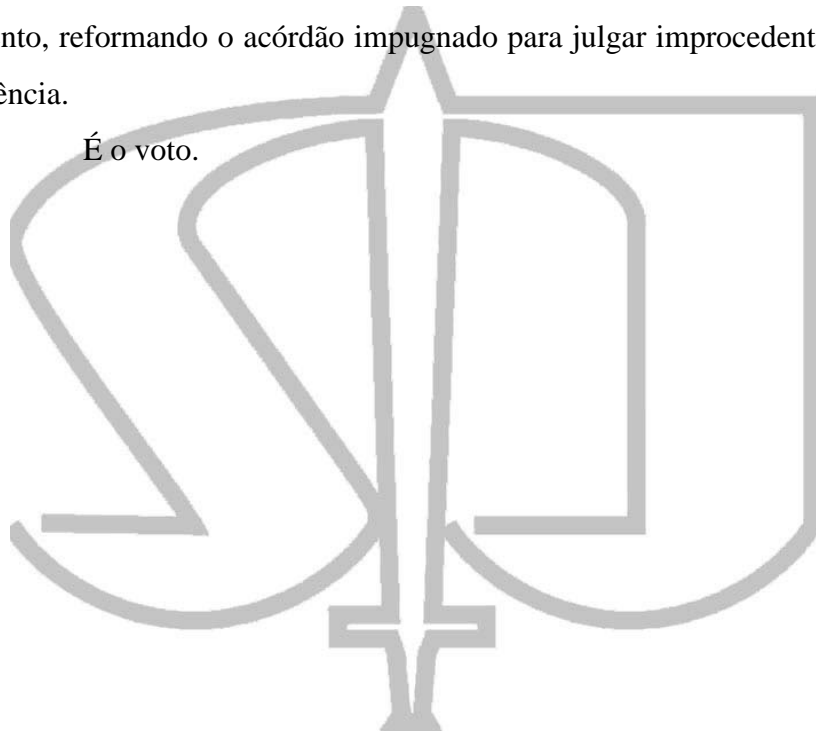
Superior Tribunal de Justiça

para os atos administrativos, mesmo os precários, levou o particular a realizar a construção, já tendo concluído o prédio.

A demolição, como preconizado no aresto recorrido, dirige-se como condenação à construtora, mas ensejará, sem dúvida, ação de ressarcimento, a *posteriori*, na medida em que o particular inculpará a administração municipal pelo insucesso da construção.

Dentro desse quadro analítico, e com as ponderações que me pareceram pertinentes, peço *venia* ao relator para conhecer do recurso pelas alíneas "a" e "c" e dar-lhe provimento, reformando o acórdão impugnado para julgar improcedente a ação, invertendo a sucumbência.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0014094-7

REsp 302906 / SP

Números Origem: 3996 936075

PAUTA: 08/04/2008

JULGADO: 15/04/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA
ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, divergindo do Sr. Ministro-Relator, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento e do voto do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando, no conhecimento, o Sr. Ministro-Relator. Pediu vista dos autos o Sr. Ministro Humberto Martins."

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) nos termos do art. 162, §2º do RISTJ.

Brasília, 15 de abril de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO
ALTO DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se recurso especial interposto por CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., com fundamento no art.105, inciso III, alíneas "a" e "c", CF/1988, em face do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa é abaixo transcrita:

"NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. Inclusão dos vendedores do imóvel no polo passivo. ILEGITIMIDADE. Extinção sem apreciação do mérito. Restrições convencionais estabelecidas pelo loteador, arquivadas no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação dos lotes. Irrelevante a omissão das restrições nas escrituras subsequentes. Observância às mesmas garantida por lei municipal. Ação procedente.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Julgamento conjunto com a nunciação de obra nova. Conexão. Identidade de partes e entre pedido e causa de pedir. Ação procedente. Recurso do Movimento Defenda São Paulo provido para excluir a imposição de sucumbência, desprovidos os demais." (fls.843)

Embargos de declaração rejeitados (fls.873).

O recurso especial fundamenta-se nas seguintes alegações:

a) **Preliminar recursal:** ofensa aos arts. 535, inciso II, e 128, CPC, na medida em que o acórdão deixou de se pronunciar sobre aspectos relativos ao mérito da demanda, como a natureza das convenções restritivas e o exercício do direito de construir;

Superior Tribunal de Justiça

b) **Permissivo "a"**: violação do art. 882, CCB/1916; art. 5, LICC; art. 572, CCB/1916;

c) **Permissivo "c"**: há dissídio pretoriano com o REsp 7585/SP.

Houve interposição de recurso extraordinário por CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. (fls. 877-896).

O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO interpôs somente recurso extraordinário (fls. 934-951).

Contra-razões (fls. 987-1000).

Recurso especial admitido (fl. 1019).

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso e, caso haja cognição, que se lhe negue provimento (fls.1071/1079).

Submetido a julgamento o recurso, foi apresentado voto do **Min.Herman Benjamin**, com as seguintes conclusões:

a) **conheceu do recurso** na preliminar recursal de violação do art. 535, inciso II, CPC, **para, tão-somente, negar-lhe provimento**;

b) **não conheceu do recurso** em relação aos arts.882, CCB/1916, e ao art.5º, LICC, por ausência de prequestionamento;

c) por efeito do óbice da Súmula 283/STF, **não conheceu do recurso** quanto ao art. 572, CCB/1916; e,

d) **o permissivo "c" não deu ensejo ao conhecimento do recurso**, ante a assimetria da base fática.

A **Min. Eliana Calmon** pediu vistas e apresentou voto no qual suscitou a divergência, fazendo-o nos seguintes termos:

a) **conhecimento e improvemento do recurso quanto à violação dos arts. 535, II, e 128, CPC**: não deve ser provido o recurso, porquanto o aresto recorrido tocou os pontos alegados com a necessária fundamentação;

b) **não-conhecimento no que respeita ao art. 882, CCB/1916, e ao art. 5º, LICC**;

c) **conhecimento e provimento do especial** ante o desrespeito ao

art. 572, CCB/1916; e,

d) **conhecimento e provimento do recurso** pelo permissivo "c", considerando-se que há identidade de suporte fático entre o acórdão recorrido e o paradigma.

Em seqüência, o **Min. Castro Meira** também pediu vistas e trouxe à mesa o processo, nos termos do voto abaixo resumido:

a) **o recurso não admite conhecimento pelo permissivo "a"**, quanto ao art. 572, CCB/1916, por efeito da Súmula 283/STF;

b) **a Súmula 283/STF também objeta o conhecimento do recurso pelo permissivo "c"**; e,

c) **se o recurso for conhecido, deve-se dar-lhe provimento**, ante a violação do art. 26, inciso VII, Lei n. 6.766/1979.

É, no essencial, o relatório.

A) PRELIMINAR RECURSAL - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535, INCISO II, E 128, CPC

O exame da preliminar recursal não guarda qualquer divergência com os ilustres julgadores, que me antecederam.

Creio que esta preliminar deve ser conhecida, porque bem posta tecnicamente, todavia, há de ser rejeitada.

Ao estilo do que afirmado pela Min. Eliana Calmon, o acórdão recorrido enfrentou todos os pontos supostamente omissos ou desviados do objeto da demanda.

Não há o que prover quanto a esse capítulo.

B) PERMISSIVO "A": OFENSA AO ART. 882, CCB/1916, E AO ART. 5º, LICC, POR AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO

Entendo, à semelhança do que já expôs o Min. Castro Meira, que a alegação de desrespeito aos arts. 882, CCB/1916, e 5º, LICC, não merece ser conhecida.

A deficiência do prequestionamento, especialmente quanto ao art.

882, CCB/1916, e a impertinência temática do dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil, torna impossível a cognição desses capítulos do recurso especial.

C) PERMISSIVO "A" - OFENSA AO ART. 572, CCB/1916

Neste momento, cabe a mim expandir o objeto da análise; recordando alguns aspectos da demanda.

Subjacentes ao recurso, têm-se duas ações especiais - uma ação nunciatória e uma ação civil pública -, que foram apreciadas em conjunto nos graus ordinários de jurisdição.

Os recorridos, que integram associações de defesa da estrutura urbanística e paisagística do Município de São Paulo, especificamente do bairro Alto da Lapa, objetivaram impugnar a construção de um prédio naquela cidade.

O *punctum saliens* das demandas estava no conflito de normas existentes entre as posturas municipais, consubstanciadas em lei própria e albergadas pelo Código Civil de 1916, nos dispositivos sobre o Direito de Vizinhança, e as convenções particulares, erigidas no início do século, pela companhia loteadora - a City Lapa.

O juízo de primeiro grau e o TJSP conservaram-se uníssomos na tese de que as restrições construtivas de índole negocial haveriam de prevalecer sobre as normas específicas do Município de São Paulo, de caráter superveniente e menos restritivo.

Reproduzo excerto do acórdão recorrido, que define a moldura fático-jurídica a ser conhecida no recurso especial:

"O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (artigo 572, do Código Civil), ínsita da restrição convencional.

(...)

A discussão surge na hipótese em que a lei municipal posterior vem a efetuar restrições menos rigorosas que as convencionais.

(...)

No caso, a observância às restrições convencionais é garantida pela própria lei municipal (art. 39 da Lei nº 8.001/73, com a redação dada pela Lei nº 9.846/85).

A lei acolheu a tese da maior restrição. Se as convenções

Superior Tribunal de Justiça

forem mais exigentes, prevalece; se menos exigentes, prevalecem as normais legais.

Portanto, as restrições convencionais fazem parte da legislação urbanística e a rigor não haveria porque cogitar da prevalência de uma sobre a outro. De qualquer forma, é para prevalecer a restrição contratual, como defende o d. Procurador de Justiça e cujos argumentos aqui ficam adotados." (fls.844)

Creio ser exatamente esse o ponto no qual reside toda a controvérsia nascida em torno do conhecimento do recurso especial, a saber: **a relevância das normas municipais como fundamento de validade do recurso.**

Se houver efetivo relevo, deve-se aplicar a Súmula 283/STF, porquanto a deficiência de fundamento impediria o conhecimento do recurso. E, de outro lado, se o fundamento é inerente a direito local, ter-se-ia por irremediável a questão cognitiva.

Observo o que dispõe o art. 557, Código Civil de 1916:

"Art. 572. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos."

A norma em questão é compreensiva de um **direito vicinal**. Como uma regra federal, o art. 572 não se dirige a um município ou a uma lei local de zoneamento urbano. O conteúdo dessa regra é notório: o direito de vizinhança, que decorre da propriedade – direito legislado pela União – é pautável por normas administrativas - *strictu sensu*, municipais - e pelo direito dos vizinhos.

Há dois planos de contenção do direito do *dominus* de "*levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver*": a) todos os direitos vicinais, então compreendidos nos arts. 544/588, CCB/1916; b) os "*regulamentos administrativos*", em geral municipais.

Logo, no meu entendimento, é dispensável a invocação de norma local para compreensão do litígio. Se mais ou menos restritiva a norma do Município de São Paulo é um dado acessório, ante duas causas: a) essa menor restrição é afirmada pelo Tribunal de origem; b) o conflito dá-se em **tese e abstratamente** sobre o caráter da eficácia contida ou plena de normas administrativas sobre o direito federal, assecuratório do direito de construir.

Entendo, portanto, que há suficiência cognitiva pelo art. 572, CCB/1916, para o exame do mérito do recurso.

Superior Tribunal de Justiça

Reitero. Não se cuida de apreciação de direito local, mas de **conflito interno de uma norma federal entre o direito de propriedade e seus limites em face de direitos vicinais e normas administrativas.**

A redação do art. 572 esgota em si mesma a tese jurídica abstraída.

Conheço, portanto, do recurso.

Quanto ao mérito, estou de acordo com a Min. Eliana Calmon e com o Min. Castro Meira, no que tange à necessidade de provimento do recurso.

Caso semelhante ao dos autos foi posto ao exame do jurista Antonio Junqueira de Azevedo, Professor Titular de Direito Civil da tradicional Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, em 1997. Na ocasião, o renomado civilista analisava idêntico problema das restrições negociais dispostas sobre a Avenida Brasil, no Jardim América. Ali, como agora, estava em jogo o direito de construir, exercido com base nos "*regulamentos administrativos*" e confrontados pela existência de cláusulas convencionais do início do século XX.

Por útil e indispensável, transcrevo passagem de seu parecer:

"Todavia, nenhum intérprete de bom-senso há de entender que, de repente, depois de décadas de ineficácia das restrições convencionais na Avenida Brasil, esse texto que, visivelmente, tem por finalidade manter a fisionomia dos loteamentos em geral, queria, ali, no caso específico, voltar atrás no tempo e revigorar obrigações criadas em 1917 -ou, na melhor das hipóteses, em 1935. Do ponto de vista teleológico, nada há, no texto legal de 1985, que indique a vontade de reprimatizar, como foi dito, normas convencionais da 1ª metade do século."

(JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2004. p.320)

Em outras passagens, o professor da USP salienta que houve notória alteração na base do negócio jurídico, a convenção restritiva. Ela não acompanhou a mudança de circunstâncias: "*Em matéria de base do negócio, as conseqüências da perda do sentido da disposição negocial, pela modificação das circunstâncias extrínsecas, são as mesmas da impossibilidade superveniente da prestação.*"

Daí ser compreensível que "*o crescimento da Cidade fez, na verdade, com que o fim, depois de atingido, fosse até mesmo ultrapassado, tornando sem sentido a declaração negocial de exigência das velhas restrições.*

*considerando que essas restrições consubstanciam obrigações de não fazer (não construir sem obedecer a determinados recuos e não construir além da taxa de ocupação) e que a perda da base do negócio se equipara à impossibilidade superveniente... " (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Op. cit.** p.317).*

Com essas observações, acompanho, também no mérito, a divergência suscitada pela Min. Eliana Calmon.

D) PERMISSIVO "C" - DISSÍDIO PRETORIANO

O permissivo "c", portanto, encontra-se plenamente configurado.

Ao meu ver, a jurisprudência do STJ está assentada em bases próximas do entendimento divergente, ao estilo do REsp 289.093, cuja ementa transcrevo:

"ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS. PREVALÊNCIA SOBRE NORMAS QUE INSTITUEM LIMITAÇÕES DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. REPRISTINAÇÃO DOS EFEITOS DE CLÁUSULAS CONVENCIONAIS APÓS TRANSCORRIDOS DÉCADAS DE SUA APOSIÇÃO MANUSCRITA EM ESCRITURA ORIGINAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REPRISTINAÇÃO.

1. Restrições convencionais, apostas de forma manuscrita em 1935, em escritura primitiva de compra e venda de imóvel, revogada por força da edição do Decreto-lei n.º 99/41, que instituiu limitações de ordem pública, não poderiam ter seus efeitos repristinados pela Lei n.º 8.001/73, porquanto inexistentes quando da sua edição.

2. Impossibilidade de normas convencionais se sobreporem à limitações de ordem pública. Precedentes.

3. Afrontaria o Princípio da razoabilidade impor ao recorrente a adequação do imóvel às referidas cláusulas, após décadas de ineficácia, porquanto conspiraria contra a ratio essendi do art. 39, da Lei n.º 8.001/73.

4. Efetuando o recorrente modificações no imóvel, em consonância com o Decreto-lei n.º 99/41, muito embora em dissonância com as restrições convencionais, as quais desconhecia porquanto não foram reproduzidas nas escrituras posteriores à original, em nenhuma ilegalidade incorreu.

5. Sob o enfoque da aplicação da lei no tempo, não seria razoável imputar ao recorrente o cometimento de infração à Lei n.º 8.001/73 que, em data posterior à permissibilidade de recuos

maiores no imóvel, determinou a prevalência das restrições pretéritas. A Lei n.º 8.001/73, à semelhança de todo e qualquer diploma legal, somente passou a produzir os seus efeitos quanto às restrições convencionais existentes em data posterior à sua edição.

6. A ausência de reprodução das cláusulas convencionais apostas de forma manuscrita em 1935 na escritura original, no instrumento de compra e venda do imóvel e no Registro Imobiliário, contraria o art. 26, da Lei n.º 6.766/79.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido."

(REsp 289093/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2.9.2003, DJ 20.10.2003)

E) CONCLUSÃO

Ante o exposto, peço *venia* ao ilustre relator para dissentir de seu brilhante voto.

Acompanho a divergência, para conhecer do recurso especial (preliminares recursais; permissivo "a", art. 572, CCB/1916; permissivo "c") e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Min. Eliana Calmon.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0014094-7

REsp 302906 / SP

Números Origem: 3996 936075

PAUTA: 08/04/2008

JULGADO: 06/05/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA
ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento, e do voto de mérito do Sr. Ministro Castro Meira, dando provimento ao recurso, constatado o empate quanto aos fundamentos do conhecimento do recurso, decidiu-se pelo encaminhamento dos autos ao Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias para voto desempate."

O Sr. Ministro Castro Meira votou com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de maio de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO
DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)
VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS
(JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO):

Trata-se de recurso especial, da relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, que foi interposto por CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, com fundamento no artigo 105, inciso III, incisos "a" e "c" da Constituição, contra acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A apelação trouxe acórdão assim ementado, *in verbis*:

"NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. Inclusão dos vendedores do imóvel no pólo passivo. ILEGITIMIDADE. Extinção sem apreciação do mérito. Restrições convencionais estabelecidas pelo loteador, arquivadas no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação dos lotes. Irrelevante a omissão das restrições nas escrituras subseqüentes. Observância às mesmas garantida por lei municipal.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Julgamento em conjunto com nunciação de obra nova. Conexão. Identidade de partes e entre pedido e causa de pedir. Ação procedente. Recurso do Movimento Defesa São Paulo provido para excluir a imposição de sucumbência, desprovidos os demais." (fls. 843)

Foram opostos embargos de declaração pela ora recorrente, mas rejeitados, nos seguintes termos, *in verbis*:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Alegada

Superior Tribunal de Justiça

omissão no julgado. INOCORRÊNCIA. Embargos Rejeitados." (fls. 873)

A recorrente sustenta, preliminarmente, violação aos artigos 535, II, e 128, do CPC, diante de omissões pertinentes à: natureza civil das restrições convencionais; não-perpetuidade, extinção e prevalência dessas restrições; aquisição do domínio, no que concerne à construção no imóvel; e o direito adquirido.

Na questão de fundo, pleiteia o reconhecimento de violação aos seguintes dispositivos: artigos 2º, § 3º, e 5º da LICC; artigos 582 e 872 do CC (1916).

Traz também dissídio entre o acórdão de apelação e o REsp nº 7.585 - 0, da relatoria do e. Ministro Eduardo Ribeiro.

Por fim, aduz violação a dispositivos constitucionais (arts. 5º, XXIV, e 93, IX, da Constituição)

Parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho, aos fls. 1.071/1079, pelo não-conhecimento do recurso; caso superado os óbices de admissibilidade, opina pelo seu desprovimento.

O e. Ministro Relator proferiu brilhante voto no qual conheceu e julgou improcedente o recurso no que diz respeito às violações aos artigos 535, II, e 128, do CPC.

Por sua vez, a e. Ministra Eliana Calmon, em voto-vista, conheceu do recurso e lhe deu provimento no pertinente à violação do artigo 572 do CC (1916) e à divergência jurisprudencial.

Já o e. Ministro Castro Meira proferiu voto-vista no sentido de conhecer, inicialmente, em parte do recurso (arts. 535, II, e 128, ambos do CPC) para, no ponto, negar-lhe provimento. Caso superado o óbice da Súmula 283 do STF, alinha-se à posição da e. Ministra Eliana Calmon, para dar provimento ao recurso, acrescentando a necessidade de respeito à regra legal prevista no art. 26, VII, da Lei nº 6.766/79.

Por fim, votou o e. Ministro Humberto Martins, o qual, no mérito, alinou-se ao pensamento da Ministra Eliana Calmon e do Ministro Castro Meira para também dar provimento à irresignação.

É o relatório.

1) Violação aos dispositivos constitucionais (arts. 5º, XXIV, e 93, IX, da Constituição).

Como bem ressaltado no voto do e. Relator, a violação a dispositivos constitucionais é da competência da Supremo Tribunal Federal e possui veículo próprio, o recurso extraordinário. Assim, tem-se que o recurso,

Superior Tribunal de Justiça

neste ponto, não deve ser conhecido, sob pena de usurpar-se a competência delimitada pela Constituição.

2) Questão preliminar que envolve a violação dos arts. 535, II, e 128, ambos do CPC.

Ab initio, vê-se que a Corte de origem decidiu de forma clara e precisa todas as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia, motivo pelo qual acompanha-se o entendimento dos votos precedentes.

3) Violação ao art. 882 do CC de 1916 e arts. 2º, § 3º, e 5º da LICC - ausência de manifestação pela Corte de origem.

Nestas duas questões de fundo, tem-se que o recurso não trouxe o imprescindível prequestionamento. Incide, pois, a Súmula 211 desta Corte.

4) Violação ao art. 572 do CC de 1916.

Depreende-se que tanto o Juízo monocrático quanto o *decisum* recorrido fundamentaram a procedência das ações de nunciação de obra nova e civil pública com fulcro na prevalência da convenção estipulada pelo antigo loteador, a qual trouxe restrições convencionais mais amplas do que a própria Lei Municipal nº 8.001/73, modificada pela Lei Municipal nº 9.846/85 (legislação que à época disciplinava o uso e o parcelamento do solo).

Com efeito, neste ponto, pede-se vênua ao e. relator para, assim como os votos dissidentes já proferidos, firmar compreensão de que a questão da análise de violação ao referido artigo do Código Civil de 1916 desborda do âmbito da legislação municipal.

Acrescente-se: a aplicação de restrições previstas em convenção particular em área urbana não poderia deixar de analisar a compatibilidade do direito do particular em face do direito municipal, matéria esta de âmbito local (art. 30, I e VIII, da Constituição de 1988), mas que, ao mesmo tempo, deve guardar consonância com o próprio artigo 572 do CC de 1916. Sob tal perspectiva, entende-se que a questão transcende à manutenção do julgado tão-somente sob o fundamento da aplicação da lei local.

Assim, conclui-se, preliminarmente, não incidir à hipótese as Súmulas 283 e 280 do STF.

O dispositivo questionado está assim redigido, *in verbis*:

"Art. 572. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos." (grifou-se)

Superior Tribunal de Justiça

No ponto, entende-se que a questão a ser dirimida está em se saber se as disposições feitas por loteador em convenção particular, pertinentes à utilização do solo, guardam consonância com o artigo 572 do CC de 1916.

E mais, saber se não há violação do artigo em referência do Código Civil de 1916 diante de norma regulamentar local, que prevê aplicação de convenções particulares mais restritivas ao desenvolvimento urbano, o que, só por si, implica na interpretação da lei com fulcro na função social da propriedade e na garantia do desenvolvimento urbano.

5) Do dissídio jurisprudencial frente ao REsp 7.585.

Inicialmente, vê-se que o recurso atende os ditames previstos no parágrafo único do art. 541 do CPC e no art. 255 do RISTJ. As situações cotejadas guardam similitude fática e o direito a ser aplicado também encontra-se em consonância, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se, em síntese, de limitações ao uso da propriedade introduzidas por particular e sua prevalência ou não sobre normas municipais, desaguando, por conseguinte, na própria interpretação a ser dada ao art. 572 do CC de 1916. Com efeito, tem-se que a hipótese influencia o desenvolvimento do município e de outros que porventura venham a passar por semelhante situação.

Permita-se, por ilustrativo, anotar velha lição extraída do direito romano, que se ajustaria, *mutatis mutandis*, à hipótese: *conventio privatorum juri publicum non derogat*.

Ante o exposto, acompanho o relator quanto ao conhecimento e não provimento do recurso no que diz respeito às infrações aos artigos 535, II, e 128, ambos do CPC. Quanto à violação ao art. 572 do CC (1916) e ao dissídio, entendo, com as vênias devidas, que o recurso deve ser conhecido.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0014094-7

REsp 302906 / SP

Números Origem: 3996 936075

PAUTA: 08/04/2008

JULGADO: 13/05/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA
ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN**, pela parte RECORRIDA: ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto desempate do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), acompanhando o Sr. Ministro-Relator, quanto ao conhecimento e não provimento do recurso no que diz respeito às infrações aos artigos 535, II, e 128, ambos do CPC, e acompanhando a divergência quanto à violação do art 572 do CC (1916) e ao dissídio jurisprudencial, pediu vista regimental dos autos, o Sr. Ministro-Relator."

Brasília, 13 de maio de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO
DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

VOTO-MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: O presente Recurso Especial foi interposto com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa transcrevo (fl. 843):

NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. Inclusão dos vendedores do imóvel no polo passivo. ILEGITIMIDADE. Extinção sem apreciação do mérito. Restrições convencionais estabelecidas pelo loteador, arquivadas no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação dos lotes. Irrelevante a omissão das restrições nas escrituras subsequentes. Observância às mesmas garantida por lei municipal. Ação procedente.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Julgamento conjunto com a nunciação de obra nova. Conexão. Identidade de partes e entre pedido e causa de pedir. Ação procedente. Recurso do Movimento Defenda São Paulo provido para excluir a imposição de sucumbência, desprovidos os demais.

São duas, portanto, as Ações, reunidas, em razão de conexão, pelas instâncias de origem: Nunciação de Obra Nova e Ação Civil Pública (fl. 843).

Os autores impugnaram a construção de um edifício de nove andares no Município de São Paulo, na região denominada City Lapa, que inclui os bairros Alto

da Lapa e Bela Aliança.

O argumento adotado pelo juiz de origem, Doutor Fernão Borba Franco, que determinou a demolição do bem, é de que o prédio viola, sem justa causa, as restrições convencionais adotadas pelo loteador (fls. 492 e 843-844).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, seguindo Voto-Conductor do eminente Desembargador-Relator Oliveira Santos, manteve a sentença e, no que se refere ao objeto deste Recurso Especial, decidiu, contra legislação municipal posterior menos restritiva, pela subsistência das restrições convencionais mais rigorosas, estabelecidas pelo loteador, inscritas no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação dos lotes.

1. Histórico da tramitação do Recurso Especial no STJ

Quando proferi meu primeiro Voto, fi-lo pelo não-conhecimento do mérito recursal. Apreciei, naquele momento, apenas a suposta ofensa ao art. 535 do CPC, para negar provimento ao pedido.

A eminente Ministra Eliana Calmon, com o brilhantismo de sempre, abriu a divergência quanto ao conhecimento, e, no ensejo, proferiu Voto também no mérito. Naquela oportunidade, o eminente Ministro Castro Meira acompanhou-me ao também votar pelo não-conhecimento.

O eminente Ministro Humberto Martins seguiu a divergência, e o Desembargador convocado Carlos Mathias foi chamado a desempatar, votando pelo conhecimento, sem adentrar o mérito.

Vencido no que tange ao conhecimento, pedi vista regimental para apreciar o mérito recursal. É o que faço agora.

Passo a meu Voto.

2. Delimitação do mérito recursal e as três teses jurídicas em debate

Ao abrir a divergência quanto ao conhecimento do Recurso Especial, a

Superior Tribunal de Justiça

eminente Ministra Eliana Calmon, no mérito, defendeu, em síntese, que a convenção dos particulares, mais constritiva do direito de construir dos proprietários, não pode prevalecer ante restrições urbanístico-ambientais menos onerosas, fixadas pela legislação municipal da cidade de São Paulo, que lhe são posteriores; pois as duas ordens de controle seriam incompatíveis, incompatibilidade essa que valeria para todo o território do Município, ou, na hipótese mais otimista, somente para os empreendimentos da City.

Eis a razão pela qual analisarei específica e preponderantemente esse aspecto recursal: *prevalência, ou não, da restrição convencional à luz do art. 572 do CC/1916, em consonância com os arts. 26 e 45 da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.776/1979) e o art. 39 da Lei Municipal 8.001/1973, com a redação que lhe deu a Lei 9.846/1985.*

Delimitado, assim, o núcleo recursal sob apreciação desta Segunda Turma, dele defluem, logicamente, *três questões jurídicas* que, uma vez decididas pelo STJ, serão corporificadas em teses jurisprudenciais e espelharão a exegese autorizada da legislação aplicável aos loteamentos em todo o Brasil:

- a) são admissíveis, no Direito brasileiro, as restrições urbanístico-ambientais convencionais ao direito de propriedade e, sobretudo, ao direito de construir?
- b) se afirmativa a resposta do item anterior, podem tais restrições convencionais ser afastadas ou modificadas pelo legislador, com a edição de controle *mais* ou *menos* rigoroso ao direito de construir?
- c) se cabível a flexibilização ou o relaxamento das amarras contratuais mais rigorosas pela lei posterior, menos restritiva, quais seriam os pressupostos e limites para tal?

Sobre esses três pontos, a eminente Ministra Eliana Calmon assim se posicionou (grifei):

As cláusulas convencionais devem se harmonizar com as normas de postura municipal, como já visto, e dentro dessa harmonia terem até predominância, se mais restritivas. Entretanto, não podem, ao meu sentir, mudar ou alterar o sentido da norma pública, de forma a tornar os municípios reféns das restrições ou limitações convencionadas. Se assim fosse, teríamos o

comando do interesse particular sobre o delineamento das áreas urbanas, decidindo os cidadãos, dentro das melhores intenções, mas sem o caráter global e geral que detém, por estarem equidistantes dos interesses primários, mas inseridos no contexto dos problemas sociais da municipalidade como um todo. Daí a competência legislativa dada aos municípios pelo legislador constitucional, incumbindo-os de legislar sobre os assuntos, de interesse local, neles inserindo-se, sem dúvida, as regras da urbanização.

(...)

Com efeito, mesmo que se admita, como faz crer o relator, seguindo o acórdão impugnado, que o art. 39 da Lei 9.846/85 ordena a prevalência da norma mais rigorosa, por uma interpretação sistemática chega-se à conclusão de que nem sempre poderá ser feita essa leitura. Com efeito, na categorização do uso do solo deve-se atender às disposições, como previsto no parágrafo do mesmo artigo.

Assim, concedeu o município, à vista da sua legislação, alvará autorizando a construção do edifício questionado, porque a área estava em zona destinada a prédios multifamiliares, *sem observar a convenção particular* que, no particular, punha-se em testilha com as regras do zoneamento.

Dentro desse entendimento é que compreendo vulnerado pelo aresto impugnado o disposto no art. 572 do Código Civil.

Aí, portanto, o cerne das proposições da Ministra Eliana Calmon, extraídas de seu judicioso Voto-Vista:

a) em termos gerais, quaisquer que sejam o loteamento ou a região do Brasil, “as cláusulas convencionais devem se harmonizar com as normas de postura municipal”, o que implica, *a fortiori*, que são admitidas e válidas, por princípio, no nosso Direito;

b) “dentro dessa harmonia”, tais cláusulas convencionais até podem ter “predominância, se mais restritivas”;

c) no caso dos autos, isto é, da cidade de São Paulo e dos loteamentos da City (o que inclui não apenas os dois “bairros” em questão – Alto da Lapa e Bela Aliança –, mas também Jardim América, Pacaembu, City Pinheiros – ou Alto de Pinheiros –, City Boaçava, City América, Jardim Guedala, Butantã etc.), as cláusulas privadas de controle do direito de construir mudam ou alteram “o sentido da norma pública, de forma a tornar os municípios reféns das restrições ou limitações convencionadas”, o que bastaria para afastar a sua incidência.

Analisarei, com maior profundidade, cada uma dessas questões. Antes, porém, será útil dizer algo sobre o contexto material de fundo, isto é, os *loteamentos-jardim* do Município de São Paulo (encontrados igualmente em outras cidades brasileiras), e sobre o quadro legal de regência da matéria.

3. Loteamentos-jardim de São Paulo

Não obstante o Decreto-Lei 58, de 1937, e o Decreto-Lei 271, de 1967, pode-se afirmar que, até a promulgação, no final dos anos 70, da Lei Lehmann (Lei 6.766/1979, assim chamada em homenagem ao Senador paulista Otto Cyrillo Lehmann, que em março de 1977 apresentou um Projeto de Lei no Senado, origem da atual legislação), inexistia no Brasil legislação federal adequada sobre loteamentos. Bairros inteiros que surgiram nas décadas anteriores, já mesmo no início do século XX, foram desenhados por meio de pacto convencional, instituído entre loteador e compradores de lotes. Não fossem essas restrições contratuais, o caos e a ausência de áreas verdes em cidades como São Paulo seriam completos, sem as exceções que hoje são festejadas por todos, como o Pacaembu, o Jardim Europa, o Jardim América, o Alto de Pinheiros e, no que importa, Alto da Lapa e Bela Aliança (conhecidos como City Lapa).

Na City Lapa encontram-se hoje dois bairros plenamente consolidados – e, nem por isso, menos ameaçados – após a passagem de mais de meio século da sua implantação. Curioso é que sua beleza estética e apelo paisagístico não são fruto de legislação urbanística e ambiental firme, algo que inexistia à época da criação dos loteamentos, nem da ação enérgica de administradores públicos visionários. Ao revés, são filhos da aplicação criativa de dispositivos pouco conhecidos do público em geral, inseridos no vetusto Código Civil de 1916 (normas de vizinhança).

No plano conceitual da cidade, tais empreendimentos defluem de uma revolução urbanístico-ambiental trazida da Europa. Criada em 1911, a Cia City era uma sociedade civil com sede em Londres e reunia investidores franceses, ingleses e brasileiros. Em 1912 aportou em São Paulo e passou a comprar terrenos em áreas que hoje estão entre as mais valorizadas, como o Pacaembu, o Alto da Lapa, o Alto de Pinheiros, a Vila Romana, o Jardim América, o Jardim Europa, o Jardim Paulistano. No Alto da Lapa, a City era proprietária de aproximadamente 1 milhão e 300 mil m² de terreno. Em 1913 as obras do loteamento tiveram início e prosseguiram até 1929.

Visando a assegurar qualidade urbanístico-ambiental, mas também

Superior Tribunal de Justiça

sanitária e paisagística, a empresa estabeleceu restrições contratuais rigorosas para os loteamentos, consideradas inovadoras à época (e ainda hoje, prova maior sendo exatamente este Recurso Especial), que limitavam o uso do solo e o direito de construir: controle de gabarito, afastamentos laterais, recuos de fundo e de frente, e natureza da ocupação.

Em estudo sobre outro loteamento da Companhia City (City Boaçava), similar em tudo e por tudo à City Lapa, o respeitado arquiteto Paulo Bastos descreve a concepção urbanística desses empreendimentos como um “projeto de autoria do arquiteto inglês Barry Parker, desenvolvendo as idéias das 'Garden Cities', de Ebenezer Howard”. E continua: “Uso estritamente residencial unifamiliar, limitação da área ocupada nos lotes pelas respectivas edificações, preservando neles – como nas calçadas e canteiros centrais – amplas superfícies permeáveis, ajardinadas e arborizadas, limitação da altura e área construída de cada edifício, de modo a instituir um padrão urbano dominante de horizontalidade e densidade baixa, permeado por abundante vegetação arbórea. Um bairro jardim”.

Segundo ele, em trabalho “já clássico, da geógrafa, professora Magda Lombardo sobre as 'Ilhas de Calor', a presença do conjunto destes tipos de bairro da City (Jardim América, Pacaembu, Alto de Pinheiros, Boaçava, City Lapa, etc.) se faz sentir pelo diferencial de calor que apresentam em relação às altas temperaturas das demais zonas da cidade, em função, nestas, da conservação e irradiação de calor causada pela massa edificada, pelo recobrimento completo do solo por pavimentação e a ausência de vegetação”.

E conclui: “a defesa da qualidade ambiental destes bairros não tem importância meramente local, mas para a cidade como um todo, na medida em que a mediação climática, por eles introduzida na metrópole compacta, beneficia a todos que nela habitam, e a massa arbórea que os caracteriza é uma das principais responsáveis pelo retorno de numerosas espécies de pássaros ao ambiente urbano paulistano”.

Especificamente sobre o valor urbanístico-ambiental do conjunto arquitetônico formado pelos dois loteamentos em questão, assim se expressou o Prof.

Candido Malta Campos Filho, da Universidade de São Paulo (fl. 72):

Superior Tribunal de Justiça

Os bairros City Lapa e Bela Aliança formam um dos mais belos conjuntos urbanísticos de São Paulo. Sua qualidade não se mede apenas pela expressiva proporção de áreas verdes que possuem em razão da forma como foram pensados pelo urbanista que concebeu o traçado de suas ruas e pequenas praças e áreas verdes que lhes são contíguas. A ondulação do traçado viário ressalta e valoriza a ondulação do chão onde foram implantados As perspectivas criadas, a beleza calma que transmitem fundada em uma relação entre espaço verde e o construído é mais uma feliz inspiração do renomado urbanista inglês que desenhou esses bairros, Barry Parker. Foi uma feliz coincidência gerada por uma guerra mundial com palco na Europa que, segundo consta, fez um dos maiores urbanistas ingleses vir ao Brasil a trabalho sob contrato da City of São Paulo Improvements Freehold Land Company Ltda. Desenhou para nós o Jardim América, o Pacaembu e o Alto da Lapa – Bela Aliança ... Esses bairros em qualidade de vida apresentam o que de mais elevado se conseguiu implantar em nosso país ... É o urbanismo inglês da chamada Escola das Cidades Jardins, iniciado por Ebenezer Howard na virada do século com seu livro-mater 'Garden Cities for Tomorrow, de que Barry Parker é um seguidor.

Na mesma linha segue o geógrafo e Professor Aziz Ab'Saber (fls. 74, 77 e 80):

Os bairros do Alto da Lapa e Bela Aliança constituem-se num núcleo residencial de qualidade diferenciada entre a antiga estação ferroviária da Lapa e o espigão central na sua porção terminal ... O arquiteto inglês Barry Parker teve, talvez, nesse caso de seu projeto urbanístico, o exemplo de uma adaptação quase que perfeita de um sistema de ruas à topografia. Chega a ser um espetáculo especial de planejamento urbanístico a observação da planta dos dois núcleos de bairros residenciais considerados. Como documento desse passado urbanístico da cidade esta planta dos dois bairros é, talvez, um dos mais brilhantes exemplos de uma solução urbanística, em função da estética sobre o sítio topográfico na cidade de São Paulo ... Na somatória de todas essas tradições de residências de qualidade, criou-se uma ilha de arvoredos no conjunto desses bairros que inclusive tem uma excelente participação em termos do clima urbano do bairro, reduzindo o excesso de calor que a grande mancha de construção metropolitana provocou ... Então a preservação dos estatutos dos contratos de compra segundo as normas de urbanização da antiga Companhia City se tornou um fato que precisa ser defendido a qualquer custo, para que não haja essa intrusão, este verdadeiro estupro que outros bairros residenciais receberam por parte de dezenas e milhares de apartamentos. Os habitantes do bairro têm noção de que uma abertura qualquer para aprovar construções altas em qualquer dos setores do interior do bairro seria catastrófico para o destino histórico e social do bairro ... O bairro não quer ser diferente, ao contrário, quer consolidar seu perfil horizontal e residencial e,

Superior Tribunal de Justiça

aperfeiçoá-lo, se possível e não se tornar um motivo de especulação imobiliária violenta e voraz como aquele que afetou quase todos os sub-setores da área metropolitana da cidade de São Paulo.

Os dois bairros objeto da presente demanda são, pois, herdeiros tropicais das idéias de Ebenezer Howard, que provavelmente se espantaria ao verificar, se vivo fosse, que, em pleno século XXI, quando a tônica político-legal é a defesa de *idades sustentáveis*, ainda estamos nós, na Justiça brasileira, debatendo o valor de seu legado, festejado mundo afora. E que as forças do caos urbano e da especulação imobiliária, por ele e seus discípulos tanto combatidas, encontrem-se, na mais alta Corte de interpretação das leis federais do Brasil, prestes a condenar à desfiguração ou destruição dezenas de bairros assemelhados existentes em todo o País.

Naqueles idos de 1902, ao (re)publicar (com novo título) seu livro que viraria quase uma bíblia do novo urbanismo, Howard entendia como uma falácia imaginar que só havia duas formas de morar – no campo ou na cidade. Acreditava ele numa terceira alternativa, “na qual podem ser asseguradas, em perfeita combinação, todas as vantagens da mais energética e ativa vida urbana com toda a beleza e deleite do campo” (*Garden Cities of To-Morrow*, 2nd ed., BiblioLife, 2009).

Na essência deste Recurso Especial, temos um confronto, em palco jurídico, entre a Cidade-Jardim de Ebenezer Howard, como semente dos bairros-jardim de São Paulo e de várias cidades brasileiras, e o modelo (*rectius*, antimodelo) da expansão urbana das nossas metrópoles, caracterizado pela desordem urbanística, a decadência dos valores estéticos e paisagísticos, a manipulação interesseira e mesquinha da legislação urbanística, a omissão criminosa, mas impune, de administradores municipais cooptados ou capturados pela indústria imobiliária, a aceitação conformista da crescente deterioração da qualidade de vida das presentes e, pior, das futuras gerações.

Esse um fenômeno de conotações jurídico-políticas, além de urbanísticas e sociológicas, estudado por Lewis Mumford, no mais aclamado livro sobre a história da cidade, quando nota que a “desordem da cidade industrial” há de ser entendida no contexto do império dos postulados do utilitarismo e do *laissez-faire* (este último,

paradoxal e freqüentemente, garantido pela atuação do Estado, com instrumentos como o Alvará aqui impugnado). Para ele, algo óbvio, o “caos não precisa ser planejado” (*The City in History: its Origins, its Transformations, and its Prospects*, New York, MJF Books, 1989, pp. 452/453). Difícil mesmo, como percebemos nestes autos, é levar adiante, na “desordem da cidade industrial” tropicalizada, a idéia da cidade planejada, sustentável e organizada em torno de restrições legais e convencionais, no interesse de todos e, por isso, a ser respeitada por todos.

Esses inovadores modelos contratuais imobiliários, que ganharam popularidade no Brasil pela iniciativa da Companhia City, não passaram despercebidos ao legislador e à melhor doutrina jurídica de sua época. Em livro pioneiro sobre loteamentos, Waldemar Ferreira, o insigne comercialista da USP, ele próprio Deputado Federal e principal autor do Projeto de Lei que acabou se transformando no Decreto-Lei 58/1937, mencionava e festejava, com nome e sobrenome, os bairros criados em São Paulo sob inspiração das novas idéias: "Foi em razão de contratos deste tipo, que se construíram as cidades modelos, dentro da Capital paulista, que hoje são o Jardim América, o Jardim Paulista, o Jardim Europa, o Pacaembu, o *Alto da Lapa*, o Sumaré e outras" (*O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1938, p. 100, grifei).

4. Quadro legal de regência das três questões controvertidas

Como vimos, três são as ordens legais que incidem sobre a matéria de fundo deste Recurso Especial: a) o art. 572 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.299 do CC atual, b) os arts. 26 e 45 da Lei Lehmann (Lei 6.766/1979, norma especial federal de regência do parcelamento do solo urbano) e c) o art. 39 da Lei Municipal 8.001/1973, com a redação que lhe deu a Lei 9.846/1985.

Reza o art. 572 do Código Civil de 1916:

Art. 572. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Superior Tribunal de Justiça

O art. 1.299, do atual Código Civil, manteve a redação anterior:

Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Já os dispositivos da Lei Lehmann, relevantes para o deslinde das três questões jurídicas controvertidas, contêm a seguinte redação (grifei):

Art. 26 - Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

(...)

VII - declaração das *restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente*.

(...)

Art. 45 - O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover ação destinada a *impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais*.

Finalmente, a Lei Municipal 8.001/1973, editada à sombra da Lei Lehmann (fl. 11, grifei):

Art. 39. As *restrições convencionais* de loteamentos aprovados pela Prefeitura, referentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, *altura e número de pavimento das edificações*, deverão ser atendidas quando:

a) as referidas *restrições forem maiores* do que as exigidas pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo;

b) as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

§ 1º As categorias de uso permitidas nos loteamentos referidos no *caput* deste artigo serão aquelas definidas para as diferentes zonas de uso pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo.

§ 2º As disposições deste artigo aplicam-se apenas às zonas de uso Z1, Z9, Z14, Z15, Z17, Z18 e aos corredores de uso especial Z8-CR1, Z8-CR5 e Z8-CR6.

§ 3º A alteração das restrições convencionais dos loteamentos dependerá de acordo entre o loteador e os proprietários dos lotes atingidos pela

Superior Tribunal de Justiça

alteração, além da anuência expressa do Poder Público, através de parecer favorável da Comissão de Zoneamento, da Secretaria Municipal de Planejamento.

Nota-se, por conseguinte, que um feixe de dispositivos legais aplica-se, simultaneamente, à hipótese dos autos. Aqui, como já sublinhei em outras oportunidades, o intérprete deve se orientar pelo *diálogo das fontes*, na feliz expressão de Erik Jayme (*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, II, Haia, Kluwer, 1995, p. 60), popularizada entre nós por Cláudia Lima Marques, a notável civilista.

Em resumo, eis o quadro legal que rege a matéria: inicialmente, um regime federal e geral (Código Civil), que realça o direito de construir do proprietário, ressalvado, no que importa a esta demanda, “o direito dos vizinhos” (art. 572 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.299 do Código atual).

Segundo, um microssistema, também federal, mas especial (Lei Lehmann), que determina que as “*restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente*” devem ser informadas nos “compromissos de compra e venda” e nas “cessões ou promessas de cessão” (art. 26, grifei). Ademais, “o loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais” (art. 45).

Para completar, a legislação municipal de São Paulo (Lei 8.001/1973), sob o influxo e amparo das normas federais, dispõe que “as restrições convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura, referentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimento das edificações, deverão ser atendidas quando: (a) as referidas *restrições forem maiores* do que as exigidas pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo; (b) as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis” (art. 39, grifei).

Com os olhos postos nesse conjunto heterogêneo, mas coordenado, de

dispositivos legais (normas federais e municipais, normas gerais e especiais), cumpre agora analisar as três questões jurídicas que desafiam a inteligência da Segunda Turma do STJ.

5. Admissibilidade das restrições convencionais incidentes sobre o direito de propriedade e o direito de construir: requisito da harmonia ou compatibilidade entre os regimes legal e negocial

Segundo a eminente Ministra Eliana Calmon, “as cláusulas convencionais devem se harmonizar com as normas de postura municipal”. Compreende-se, então, nesse trecho do seu perspicaz Voto, que se admite, no Direito brasileiro, a imposição, entre sujeitos privados, de restrições urbanístico-ambientais convencionais, desde que em harmonia com as exigências edilícias do Município.

É assim também no Direito Comparado, na linha do que, de maneira expressa, previu o legislador federal de 1979 (grifei):

Art. 26 - Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

(...)

VII - declaração das *restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente*.

(...)

Aqui, portanto, *inexiste divergência* entre o meu modo de pensar e o da Ministra Eliana Calmon.

Realmente, partindo-se do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado – isto é, na hipótese dos autos, do interesse da *coletividade de munícipes* sobre a *individualidade do munícipe* –, forçoso concluir que, ao se aceitar a existência de restrições urbanístico-ambientais privadas, também se aceita que devem elas dialogar, e não divergir, com as normas municipais, estaduais e federais. Dialogar, sim; mas também impor *maior rigor* urbanístico-ambiental a essas exigências legais.

Superior Tribunal de Justiça

Evidentemente, não é qualquer restrição convencional que pode ser inserida nos “compromissos de compra e venda” e nas “cessões ou promessas de cessão”. Essas cláusulas devem estar, para usar a apropriada expressão da Ministra Eliana Calmon, em harmonia com “as normas de postura municipal”. Tal compatibilização é feita, fundamentalmente, *no momento de aprovação do loteamento*, licenciamento esse que, uma vez incorporadas as restrições convencionais, convoca a *garantia do ato jurídico perfeito* e as protege contra o risco da retroatividade da lei posterior, naquilo em que forem *mais rigorosas* que as exigências do legislador posterior, nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O processo de harmonização, parece-me, convida a um sentido mais amplo, pois deve levar em conta não só as “normas de postura municipal”, como ainda, por óbvio, as outras esferas legislativas incidentes na espécie e, mais importante, o arcabouço dos valores e princípios abrigados na Constituição de 1988 e nas Constituições Estaduais. Nessa linha de raciocínio, seriam de todo inadmissíveis, porque espúrias, restrições convencionais que, p. ex., visassem – de maneira disfarçada, mas nem por isso menos preconceituosa e espúria – a impedir minorias de residir no loteamento.

Segue, na mesma linha, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer juntado aos autos (grifos no original):

É óbvio que as restrições convencionais não de ser compatíveis com o *mínimo* estabelecido na legislação e normalmente serão mais severas do que elas, justamente à procura daquele “plus” de qualidade que lhes serve de justificativa. Ou seja, evidentemente, por meio delas não podem ser minoradas as limitações legais, além do que o pretendido, evidentemente, em geral não é apenas assegurar-lhes a conservação, mas, justamente, agravá-las em favor da melhor qualidade de vida local.

É óbvio, outrossim, que tais limitações também não podem desvirtuar o sentido das normas legais pertinentes, isto é, nunca lhes seria dado imprimir uma destinação de uso incompatível com aquela predefinida na legislação como sendo a própria área em causa, nem criar empecos a que se realize a própria razão de ser das disposições legais reguladoras do espaço em que se sediam. Também é intuitivo que igualmente não poderiam conter em si comandos que contraviessem leis acaso consideradas protetoras de outros interesses públicos, quais os de salubridades, higidez ambiental, defesa de valores reputados socialmente valiosos e quejandos.

Tirante estas óbvias limitações a que se vem de aludir, não há a menor dúvida ou entre dúvida de que as chamadas restrições convencionais são perfeitamente possíveis e uma vez registrado o loteamento com estas fixações os adquirentes de lotes ficam, a um só tempo, obrigados a obedecê-las fielmente e investidos no indiscutível direito de exigir que os demais as respeitem.

5.1 Natureza jurídica e benefícios das restrições urbanístico-ambientais convencionais

As restrições urbanístico-ambientais estão por toda a parte e em crescente número e diversidade. Ora são *legais* (em sentido lato, chamadas, na doutrina e jurisprudência, de *limitações administrativas*), ora *convencionais*. Não há acordo na literatura sobre a natureza das contratuais. Para alguns (p. ex., Hely Lopes Meirelles), trata-se de estipulação em favor de terceiros, na forma dos arts. 1.098 a 1.100 do Código Civil de 1916 (arts. 436 a 438 do Código atual); para outros, seriam servidões reais (Waldemar Ferreira, Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes, entre outros). Há ainda os que defendem que se cuida de obrigação *propter rem* (meu saudoso ex-professor Antonio Junqueira de Azevedo, da Universidade de São Paulo). A rigor, as restrições urbanístico-ambientais convencionais, como categoria *sui generis*, encarnam, simultaneamente, traços dos três institutos. Não surpreende, assim, que o juiz, na sua implementação e interpretação, faça uso dos benefícios e facilidades que deles advêm.

Qualquer que seja a natureza jurídica do instituto, a verdade é que se observa, no mundo inteiro, um renascimento na utilização das restrições urbanístico-ambientais convencionais. De um lado, porque o Estado encontra-se tolhido, conforme a estrutura constitucional que nele vigore, com referência ao grau de intervenção na propriedade privada (o eterno receio de condenação por desapropriação indireta). De outro, porque, sob o influxo da pós-modernidade, que valoriza esferas coletivas não estatais de composição de interesses e conflitos – e adota um quadro ético em que os cidadãos assumem diretamente responsabilidades ditas socioambientais –, a consensualidade, atributo do negócio jurídico, inclusive do coletivo, assume a linha de frente no combate aos graves problemas urbanísticos,

ambientais, sanitários e sociais que assolam as cidades.

Lembra muito bem o Ministro Mauro Campbell Marques, em seu Voto, que não é de surpreender a resistência, perplexidade ou descaso que as restrições urbanístico-ambientais enfrentam entre nós, tudo porque “a cultura legislativa paternalista do Brasil leva a crer que apenas o plano diretor, apenas e tão somente a lei, pode ser instrumento de cumprimento da função social”. E assim é, não obstante os inúmeros benefícios dessa técnica de regulação jurídica do direito de construir, realçados tanto nos sistemas de *civil law*, como de *common law* (no Direito norte-americano e inglês, cf. Rutherford H. Platt, *Land Use and Society: Geography, Law, and Public Policy*, Washington, D.C., Island Press, 1996, pp. 300-301).

Primeiro, como a própria denominação já indica, trata-se de *obrigações voluntárias*, de configuração mais ou menos sinalagmática, assumidas entre os contratantes originais, normalmente com a chancela do Poder Público, por meio do prévio licenciamento urbanístico-ambiental, com o conseqüente registro imobiliário.

Foi realmente sábio o legislador paulistano (e, na mesma linha, o art. 26, inciso VII, da Lei Lehmann) ao admitir, de maneira inequívoca, as restrições convencionais. Isso porque, entre outros aspectos positivos, o contrato funciona, em repetidas ocasiões, como laboratório para experimentos e inovações ainda não incorporados pela lei e refletidos somente no comportamento de parcelas minoritárias da população (precisamente o caso da preocupação ambiental e paisagística, no início do Século XX). Lembra com felicidade Waldemar Ferreira que "nem sempre anda o direito à frente dos fatos ou dos acontecimentos. Não poucas vezes criam os particulares normas, que a lei recolhe e universaliza" (*Ob. cit.*, p. 97). É o capricho estético-paisagístico de um que vira o ideal de todos.

Segundo, precisamente em função de seu caráter de *negócio jurídico privado*, são imunes a questionamento do tipo que, em tese, legitima, na hipótese de controle estatal direto, demandas indenizatórias por desapropriação indireta, mormente porque o sacrifício econômico dos particulares não se impõe *ex vi legis*. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão, o conhecido jurista português, acentua que “as limitações ao direito de propriedade, com incidência no direito de construção, têm-se

Superior Tribunal de Justiça

multiplicado. Algumas são facilmente suportáveis, outras são pelo contrário particularmente gravosas” (*O urbanismo e o direito de propriedade*, in Diogo Freitas do Amaral (coordenador), *Direito do Urbanismo*, Oeiras, INA, 1989, p. 325).

Terceiro, por não dependerem de exigências legais de difícil, tortuosa e conflituosa tramitação legislativa, as restrições convencionais podem ser mais criativas, céleres na sua formulação e de mais fácil adaptação a novos valores e demandas sociais, urbanísticas, sanitárias e ambientais.

Por último, precisamente por ficarem imunes a mudanças espasmódicas, populistas e não sustentáveis da política urbana, a *perenidade* acaba por ser uma de suas qualidades. Não fossem essas condicionantes estabelecidas por visionários, como no caso da City Lapa, a cidade de São Paulo estaria certamente hoje privada de seus mais famosos bairros, como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros, o Alto da Lapa, constituídos somente de casas e inundados de verde!

Indubitavelmente, na ausência dessas estipulações contratuais, um aglomerado amorfo de arranha-céus seria o destino dessas regiões. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações que virão.

Como adverte Amartya Sen, o prêmio Nobel de Economia de 1998, “existem muitas situações”, inclusive no ambiente urbano, “em que os interesses comuns de um grupo de pessoas são muito mais bem servidos quando cada um segue regras de comportamento que restringem o indivíduo de tentar lucrar às custas da piora das coisas para os demais”. E acrescenta que, nessas situações, “existem duas vias principais de viabilização de benefícios mútuos por meio de cooperação, ou seja, a *celebração de contratos* passíveis de execução e normas sociais que possam funcionar voluntariamente nessa direção” (*The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 202-203, grifei).

É, numa palavra, a hipótese dos autos, em que os sujeitos originais do negócio jurídico e seus sucessores buscaram, pela ferramenta do contrato e do consensualismo, a realização de *benefícios mútuos por meio de cooperação*, benefícios

esses que, com o passar dos anos, deixaram de favorecer exclusivamente os moradores do bairro (e só isso bastaria para caracterizá-los como coletivos) para aproveitar à cidade na sua totalidade – um interesse difuso por excelência. E, na contramão da cooperação e auto-regulamentação privada estimulada pela lei, a empresa construtora pretende o lucro individual em detrimento do prejuízo, em termos de qualidade de vida e paisagem, dos demais!

5.2 Sentido atual das restrições urbanístico-ambientais privadas

Modernamente, não de ser compreendidas as restrições urbanístico-ambientais convencionadas pelo loteador, no momento da instituição do loteamento, não como regulação egoística da propriedade, mas como instrumento de *ordem coletiva*, de garantia dos vizinhos, isto é, tanto dos *vizinhos internos* (= coletividade menor), como dos *vizinhos externos* (= coletividade maior) do empreendimento. É o que deflui do art. 572 do Código Civil (art. 1.299 do atual): "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, *salvo o direito dos vizinhos* e os regulamentos administrativos" (grifei).

No dizer acurado do Ministro Mauro Campbell Marques, "as restrições convencionais são plenamente admissíveis no direito vigente – para dizer o menos (= necessárias e exultadas)". E conclui: "o art. 572 do CC/1916, embora bastante largo, não tem nenhuma vocação para vedar qualquer restrição convencional. E, como se sabe, no aspecto privado do Direito, no silêncio da lei, via de regra, tudo aquilo que não é vedado, é admitido (art. 5º, inc. II, CR/88)".

Confrontada com essa índole coletiva, parte da doutrina, como já vimos, aí enxerga uma verdadeira *estipulação em favor de terceiros* (= lindeiros e a coletividade municipal como um todo), sem que com isso o próprio empreendedor perca o interesse em ver respeitadas as restrições por ele estabelecidas, como se infere do art. 45 da Lei Lehmann.

É exatamente essa a lição de Hely Lopes Meirelles:

Superior Tribunal de Justiça

São restrições de ordem urbanísticas, e por isso *atendem não só ao interesse individual dos contratantes como ao de todos os moradores do bairro*. Equiparam-se, assim, às *estipulações em favor de terceiros*, nas quais tanto os estipulantes como os beneficiários podem exigir o cumprimento do estipulado (Código Civil, art. 436)” (*Direito de Construir*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 82, grifei).

Logo, a convenção particular relativa à City Lapa, *mais rigorosa que as restrições legais*, corresponde a inequívoco direito da coletividade contra a verticalização da região. É exatamente nisso que reside o interesse público, razão para que o Judiciário lhe assegure validade e eficácia.

Escrevendo em 1938 a respeito da questão jurídica em debate neste Recurso Especial (= restrição convencional de gabarito das construções), o Professor Waldemar Ferreira advertia, citando Amedee Bonde, que "em face de cláusulas determinando a obrigação de não se construírem senão tantos andares, ou de não ter o prédio a altura superior à determinada ou o número de andares convencionados, não tiveram os tribunais de França dúvida em exigir que fossem rigorosamente respeitadas" (*Ob. cit.*, p. 101).

Como melhor analisarei em seguida, foi o próprio legislador municipal paulistano que, no âmbito de sua competência, prestigiou a possibilidade de os particulares fixarem restrições mais constritoras do direito de propriedade do que aquelas estampadas na lei. Expressou, assim, a legitimidade política da coletividade para que as normas legais urbanísticas componham um mínimo (= *normas urbanístico-ambientais piso*) a partir do qual loteadores e compradores de lotes possam restringir ainda mais o direito de construir e a natureza das edificações, instituindo regras contra o adensamento e a verticalização e favorecendo a manutenção de extensas áreas verdes.

Indiscutível que as restrições urbanísticas convencionais não podem afrontar a Lei do Uso e Ocupação do Solo. Esta haverá de prevalecer em relação àquelas. Mas se o próprio legislador se encarrega de estabelecer que as restrições convencionais, se forem mais rigorosas (isto é, se protegerem mais o interesse urbanístico-ambiental), devem ser preservadas e respeitadas, o que acaba por fazer é

transformar, desse modo, a Lei do Uso e Ocupação do Solo em norma-piso, espécie de *loi-cadre* que conviverá com os limites fixados, voluntária e coletivamente, pelos proprietários, no que se refere ao seu direito de construir.

Cabe ainda ressaltar, veremos adiante, que as restrições convencionais não se destinam somente a suprir lacunas da legislação urbanístico-ambiental, mas também a cumprir o papel de complementá-las (a Lei Lehmann confere-lhe o caráter de “supletivas da legislação”), no sentido de ampliar a proteção desses bens e valores coletivos. O uso e ocupação do solo é regrado por essa rica combinação de normas públicas e privadas, que, num e noutro caso, por vias diferentes, resguardam interesses louváveis de toda a coletividade.

6. Possibilidade de o legislador municipal severizar ou flexibilizar as restrições urbanístico-ambientais convencionais

Nos termos da Lei Lehmann, as “restrições urbanísticas convencionais do loteamento” são “supletivas da legislação pertinente” (art. 26, VII). Segundo o dicionário Houaiss, *supletivo* é o “que completa ou que serve de suplemento”, ou seja, as restrições convencionais são um *plus* em relação às restrições legais. Logo, servem para *ampliar* o leque de controles das possibilidades de exercício do direito de construir pelo proprietário.

Na Lei 6.776/1979, o termo *supletivo* conduz a dois conteúdos semânticos. De um lado, tem a acepção de *acrescentar* ou *adicionar* a algo preexistente, isto é, às exigências urbanístico-ambientais já previstas na legislação. Em tal significado, as restrições legais seriam normas-piso. Por outro, quer indicar também a atuação negocial no *vazio da lei* (*rectius*, lei especial, pois o art. 572 do CC, lei geral, já estava em vigor à época dos primeiros loteamentos-jardim do Brasil).

Naquela primeira hipótese, as restrições convencionais são “supletivas da legislação pertinente” em face de lei especial que já existe, lei que não fixa teto, simplesmente um *patamar mínimo* a ser observado pelo proprietário e pelo órgão licenciador. Na segunda, as restrições convencionais não perdem o caráter de

“supletivas da legislação pertinente”. Não são complementares às leis especiais preexistentes, mas atuam no espaço que lhes reserva o Direito comum, isto é, o Código Civil, sob os auspícios da liberdade de contratar e dos direitos de vizinhança, precisamente a situação em que se encontrava São Paulo quando lançado e implantado o loteamento objeto do presente Recurso Especial.

7. *Ius variandi* ampliativo das restrições urbanístico-ambientais convencionais

Esse caráter supletivo das restrições convencionais, mormente porque se trata de complementação do *piso de exigências urbanístico-ambientais* estabelecidas pelo legislador, não haverá de contrariar as disposições legais, pretendendo mitigá-las, reduzi-las ou inviabilizá-las. *A contrario sensu*, contudo, haverá de poder ampliá-las, pois, a ser diferente, perderiam essas restrições qualquer sentido – não seriam “suplementares” de nada.

Questão distinta é saber de forma diversa: ao Poder Público é lícito ampliar ou reduzir o padrão de *standards* urbanístico-ambientais instituídos convencionalmente pelos particulares?

Sem dúvida, sempre lhe caberá – tão-só com a justificativa do comando constitucional que dele se exige, quanto ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*) – *dilatar as exigências e controles* previstos nos atos constitutivos do loteamento.

No Estado Social (e não era muito diferente, pelo menos em tese, no *Ancien Régime*), o interesse público prevalece sobre o privado. Os direitos dos vizinhos, previstos no art. 572 do Código Civil (atual art. 1.299), e as restrições urbanísticas convencionais do loteamento, referidas no art. 26 da Lei Lehmann, não vêm garantidos em si e por si, mas somente porque viabilizam o interesse público primário e com ele se compõem. Isso quer dizer que será abuso de direito, no sentido largo da expressão, querer fazer valer limitação convencional em conflito aberto e inequívoco com o interesse público.

Andou bem, portanto, a eminente Ministra Eliana Calmon, ao salientar que às limitações convencionais não é lícito “mudar ou alterar o sentido da norma pública”, nem “tornar os municípios reféns” de suas exigências.

Vigora, assim, para o legislador, um amplo *ius variandi* que lhe confere o poder de afastar, para torná-las mais rigorosas, restrições convencionais, sempre que conflitem com o interesse público.

Para ampliá-las, sim, não há dúvida. E se o intuito do Poder Público for reduzir, enfraquecer ou esvaziar de sentido as restrições urbanístico-ambientais convencionais?

8. *Ius variandi* para afrouxamento das restrições convencionais: princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental

Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de *inequívoco interesse público*, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual.

Diante dessas premissas, todas sindicáveis judicialmente, ao Poder

Legislativo – e nunca à Administração de maneira *ad hoc*, por meio de atos administrativos individualizados e casuísticos – cumpre compatibilizar o interesse público, geral por excelência, e os interesses privados, individuais por excelência, mesmo que para tanto seja obrigado a afastar as restrições convencionais, sobretudo quando, por alteração profunda e irreversível das circunstâncias, o que sobeja aos vizinhos não vai além de um “interesse nominal”, sem qualquer “benefício substantivo” a seu favor ou algo de valor que lhe sobre para oferecer à coletividade (Donald G. Hagman and Julian Conrad Juergensmeyer, *Urban Planning and Land Development Control Law*, St. Paul, West Publishing Company, 1986, p. 581).

Dito de outra forma, as restrições urbanístico-ambientais convencionais não estão imunes à intervenção do Estado, o que é o mesmo que atribuir ao Poder Público a titularidade, no caso de flexibilização, de um *poder de modificabilidade estritamente condicionada* e sindicável judicialmente, assim denominada por se sujeitar a rigorosos pressupostos específicos. É disso que cuidaremos em seguida.

9. Condicionalidade do *ius variandi* estatal reducionista das restrições convencionais

Comece-se por recordar, na linha do que já indicamos, que as restrições urbanístico-ambientais convencionais, embora nascidas de um poder de disposição privado, acabam muitas vezes sendo publicizadas com o passar do tempo (= interesse público subsequente). Mesmo na origem, uma vez aprovadas pela municipalidade, nelas fica implícita certa aura de serventia ao interesse público – ou, pelo menos, de inofensividade ao interesse público –, pois, a ser diferente, não deveriam ser licenciadas.

Assim já as enxergava, na primeira metade do Século XX, Waldemar Ferreira, para quem, por via desta modalidade contratual, "se instituem servidões estéticas e higiênicas, e como tal devem ser havidas, em favor dos terrenos contíguos e vizinhos, senão *de todos que formam o conjunto urbanístico, tendo em vista o interesse coletivo e, a bem dizer, o interesse público*" (*Ob. cit.*, p. 100, grifei). Com o

Superior Tribunal de Justiça

mesmo pensamento, Hely Lopes Meirelles defendia que o “desatendimento das restrições urbanísticas do bairro *lesa patrimonialmente a toda vizinhança*, desvalorizando as propriedades, pela supressão de vantagens previstas no loteamento e que atuaram como fator valorizante dos lotes adquiridos” (*Ob. cit.*, p. 82, grifei).

Nesse diapasão fica claro que, amiúde, o enfraquecimento ou aniquilamento das restrições urbanístico-ambientais convencionais, além de afetar os protagonistas contratuais da sua instituição e os seus sucessores, atinge toda a vizinhança, na sua acepção dual de *vizinhança interna* (ou vizinhança menor) e *vizinhança externa* (ou vizinhança maior), ou seja, os que vivem no local sob o império dos controles negociais e a coletividade em geral – não só os da cidade em questão, considerando que há casos em que todo o Estado e até mesmo o País inteiro (na hipótese de bens tombados pelo Iphan – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) delas se beneficiam e se orgulham.

Logo, se o Poder Público pretende dar marcha a ré nos mecanismos de proteção urbanística e ambiental abraçados pelos pactos convencionais, dele se espera demonstração cabal – e motivada – das razões que o levam a agir como tal. Lembra muito bem Fábio Konder Comparato, em parecer juntado aos autos, que “As restrições urbanísticas constantes de um projeto de loteamento aprovado pela autoridade municipal *não são meras convenções particulares*. O Poder Público vincula-se, como é cediço, pelas decisões que toma, não podendo, *a não ser em circunstâncias especiais e mediante ato devidamente motivado*, alterá-las com efeitos perante terceiros” (fl. 1.154, grifei).

Assim, não basta afirmar, cega, dogmática ou casualmente, que o interesse público rege o privado, e a ele se sobrepõe, bem como que, no campo das restrições urbanístico-ambientais convencionais, se faculta ao Poder Público enveredar por qualquer direção que entenda tomar. Se as regras derivadas das restrições convencionais nada mais significarem que tigres de papel, destituídas de qualquer estabilidade substantivo-temporal, será o mesmo que mantê-las reféns, permanentemente, da especulação imobiliária, mazela essa que, por ser universal e contaminar sobremodo a política urbana brasileira, destruiu boa parte das nossas

idades, avançando sobre seu patrimônio histórico, urbanístico e ambiental.

Quais seriam os motivos determinantes ou circunstâncias especiais que legitimam o Estado a fulminar ou mitigar, excepcionalmente (pela via legislativa ou judicial), as restrições urbanístico-ambientais convencionais? Que manifestações concretas amparam essa utilização do argumento do interesse público – o *ius variandi* reducionista –, levando em conta que, sabe-se, não basta ao Poder Público juntar sua vontade e condições políticas favoráveis para derrubar as restrições convencionais? A prevalência absurda do paradigma administrativo do “quero, logo o interesse público está presente”, em vez do “presente o interesse público, quero porque aí eu posso”, equivaleria à perversão ou ao desterro do interesse público.

O primeiro motivo determinante ou circunstância excepcional se dá quando o *caráter do próprio direito de propriedade* passou por insuperável e irreversível transformação, p. ex., se o legislador institui reservas, condicionantes e ressalvas específicas às restrições urbanístico-ambientais. Não é esse o caso do Direito brasileiro, que, atrás referimos, apenas exige, por óbvio, que as normas privadas derivadas de negócio jurídico sejam mais rigorosas e, por esse enfoque, “supletivas da legislação pertinente” (Lei Lehmann).

Além disso, pode suceder que o aspecto ou função do bairro ou local de incidência das restrições urbanístico-ambientais converta-se, de maneira avassaladora e incontornável, em algo completamente distinto daquele que justificou, dezenas de anos atrás, a imposição de rígidos controles sobre o direito de construir. Note-se, contudo, que amiúde também sucede o oposto: a mudança de perfil da área amplifica a relevância (e, por vezes, a urgência) de manutenção das restrições convencionais, na mesma proporção da raridade dos atributos que se pretendiam originalmente assegurar e que, com o passar do tempo, foram escasseando, por uma ou outra razão, inclusive por ausência ou debilidade de implementação. É precisamente o que se dá com as áreas verdes e certos traços arquitetônicos ou paisagísticos.

Terceiro, é possível ocorrer o que poderíamos chamar de *obsoletismo valorativo* e *obsoletismo técnico* da restrição urbanístico-ambiental convencional. Esse envelhecimento não surge em razão de norma ou lei que lhe é posterior, mas em

decorrência de dois fatores. A um, pela transformação dos valores e expectativas ético-sociais que acabam por mortalmente antagonizar certas restrições contratuais com a ordem pública e a dignidade humana (exemplo do zoneamento racista, que vigorou, por muitos anos, em algumas localidades dos Estados Unidos, destinado a excluir afro-americanos). A dois, por conta do avanço do conhecimento científico, a cobrir de inutilidade certos comportamentos positivos ou omissivos exigidos dos proprietários em razão do acerto convencional (proibição de trânsito de cavalos, p. ex.).

Nesses casos, as restrições convencionais, lentamente, ficam sem nenhum benefício prático ou substantivo (social, sanitário, espiritual, paisagístico, urbanístico, ambiental). Um esvaziamento natural de sentido efetivo, que termina por afetar a própria legitimidade da existência ou manutenção das exigências.

Nenhuma – repito, nenhuma – dessas hipóteses se faz presente neste Recurso Especial.

10. O caso concreto: inobservância *contra legem* pela Prefeitura de São Paulo das restrições urbanístico-ambientais convencionais incidentes sobre o imóvel

Segundo a Cia. City, a loteadora original, “*não é permitida a construção de prédio para habitação coletiva nos imóveis localizados no Bairro Bela Aliança, na Rua Jataí, n 298, 320 e 324, e Rua Princesa Leopoldina, n 22, correspondentes, respectivamente, aos lotes de terrenos n. 04, 03 e 02, da Quadra 02, e lote n. 13 da Quadra 30, uma vez que respectivos lotes estão sujeitos às restrições contratuais constantes no 'Contrato Typo de Compromisso de Venda de Lotes', depositado junto ao 5º Cartório de Registro de Imóveis da capital, juntamente com o memorial e plantas do loteamento, o que deflui do disposto na alínea 'a', da Cláusula 8ª do referido contrato, que assim dispõe: 'a) no lote comprometido não será construída mais de uma casa que, com as respectivas dependências, se destinar exclusivamente à moradia de uma única família e seus criados, não sendo permitida a construção de prédio para habitação coletiva.'” (fl. 233, grifei, mantida a grafia original.*

Como acima alertamos, é errôneo partir, de forma automática, do argumento de que a lei municipal deve *sempre* prevalecer sobre a convenção particular, para concluir que, *in casu*, houve violação do art. 572 do CC/1916. Duas são as razões para, na hipótese dos autos, preservar as restrições urbanístico-ambientais incidentes nos bairros que compõem a City Lapa – Alto da Lapa e Bela Aliança.

A um, *a lei municipal em nenhum momento foi vulnerada pela convenção do loteador*, havendo perfeita harmonia entre os dois regimes jurídicos. O que ocorreu foi o reverso, isto é, essas restrições urbanístico-ambientais, de tão recheadas de interesse público, passaram a integrar, décadas depois, o conteúdo dos valores festejados por toda a cidade, tanto assim que a área, precisamente pelo grau de conservação dos seus atributos originais, veio a ser objeto de tombamento pelo órgão encarregado de zelar pelo patrimônio histórico e artístico municipal.

Esse aspecto do interesse público na manutenção das restrições urbanístico-ambientais não passou despercebido ao Ministro Mauro Campbell Marques, quando acentuou que “a loteadora teve como escopo o resguardo da qualidade de vida do bairro – como uma unidade independente – e de seus moradores, inclusive com atenção à evidência de que a preservação estética e ambiental são fatores que contribuem para tanto. Como se vê, uma *finalidade claramente social*” (grifei).

A dois, *a lei municipal acolheu, literalmente, as restrições convencionadas, desde que maiores (= regra da maior restrição)*, a que já nos referimos.

10.1 Compatibilidade entre a legislação municipal de São Paulo e as restrições urbanístico-ambientais convencionais

Não há controvérsia quanto à competência municipal para regular a matéria. A questão urbanística é o exemplo mais citado na doutrina e jurisprudência de típico "interesse local" (Constituição, art. 30, I), a não ser que estejam presentes

interesses estaduais ou nacionais, como quando, p. ex., se encontre em jogo a proteção dos mananciais, da fauna e da flora ameaçadas de extinção e da qualidade do ar.

Na ausência de quaisquer dessas hipóteses, difícil imaginar que se possa atribuir ao Município de São Paulo violação aos limites de sua competência legislativa por regular o direito de construir e, ao fazê-lo, abraçar expressamente as restrições urbanístico-ambientais convencionais. É esse o sentido da Lei Municipal 8.001/1973, com a redação dada pela Lei 9.846/1985, que, ao assim dispor, incorporou em seu microsistema as restrições convencionais mencionadas na Lei Lehmann (Lei 6.776/1979).

10.2 Restrições legais genéricas e restrições convencionais específicas

Em São Paulo, o Município fixou legalmente as *restrições urbanístico-ambientais genéricas* acerca do uso e da ocupação do solo urbano e, ademais, adotou aquelas convencionadas pelos particulares (= *restrições específicas*), desde que mais protetoras do espaço público. Esse, portanto, o paradigma vigente: *prevalência, em cada loteamento, da maior restrição existente, legal ou convencional (= regra da maior restrição)*.

Aliás, outra não foi a motivação que levou à edição do dispositivo da Lei municipal em questão. Vejamos o que diz a Exposição de Motivos da Lei 9.846/1985, que alterou, nesse ponto, a Lei 8.001/1973 (grifei):

A medida proposta objetiva definir, em função do desenvolvimento da cidade e da ordenação do uso e ocupação do solo, as áreas da cidade onde as regras convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura, *desde que mais restritivas, deverão prevalecer sobre aquelas exigidas pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo*. Tais exigências convencionais referem-se, via de regra, ao dimensionamento do lote, recuos, ocupação e área construída, bem como, em alguns casos, a gabarito máximo das edificações. Ressalte-se que, até a data da Lei n° 7.805, de 1° de novembro de 1972, essas disposições configuravam uma espécie de 'zoneamento', que era elaborado pelos próprios loteadores, visando garantir aos seus eventuais clientes uma vizinhança de características residenciais, em contrapartida ao restante da cidade, que não possuía qualquer tipo de ordenação quanto à instalação das diferentes atividades urbanas.

(...)

A par desse aspecto, a propositura vem adequar a matéria aos lindes do art. 28 da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, vinculando a alteração das restrições convencionais a acordo entre o loteador e os proprietários dos lotes atingidos, além de exigir anuência do Poder Público para o processamento dessas modificações (*Exposição de Motivos* do Prefeito Mário Covas ao Projeto de Lei nº 197/83, que modificava o art. 39 da Lei nº 8.001/73, com a alteração introduzida pela art. 25 da Lei nº 9.413/81, fls. 1375-1378).

José Afonso da Silva, sem dúvida nosso mais respeitado especialista em Direito Urbanístico, analisou a matéria e concluiu, de maneira precisa, no mesmo sentido. Por coincidência, exemplificou sua lição exatamente com o art. 39 da Lei paulistana 8.001/1973 (grifei):

As leis urbanísticas, no entanto, poderão indicar solução diferente para as convenções urbanísticas particulares delas divergentes, como vêm fazendo leis paulistanas, desde o art. 39 da Lei 8.001/1973, modificado pelo art. 25 da Lei 9.413/1981, e, por último, pela Lei 9.846, de 4.10.1985, que deu nova redação àquele art. 39, que assim, agora, se exprime:

(...)

Acolheu-se, aqui, como se nota, a *tese da maior restrição*. Se as convenções forem mais exigentes, prevalece; se menos exigentes, incidem as normas urbanísticas constantes das citadas leis ... *Com a norma do art. 39, transcrito, a consequência é que as convenções urbanísticas, estabelecidas na forma prevista e nos limites indicados, ficam fazendo parte da legislação urbanística, como normas de exceção incidentes na situação nelas estipulada*.

(...)

A conclusão é simples – as restrições convencionais prevalecem em duas hipóteses: ausência de norma urbanística para o local ou acolhimento pela própria legislação urbanística. (*Direito Urbanístico Brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 285-286).

Como afirmar, nesse contexto, que restrições urbanístico-ambientais convencionais, que visam a ampliar os espaços verdes e a conservar a estética da cidade de São Paulo, possam ofender a lei municipal?

10.3 Sentido e eficácia da expressão “maior restrição”

Vale, então, a norma mais exigente. Mais exigente sim, mas em que

sentido? No sentido, por óbvio, daquilo que, atualmente, se entende por *qualidade urbanístico-ambiental* e *cidade sustentável*, sobretudo no que tange à disponibilidade de espaços verdes e à estética urbana.

Vimos atrás que a situação de São Paulo é privilegiada, pois o próprio legislador municipal se encarregou de não deixar nenhuma dúvida quanto à sobrevida, agora sob o amparo do interesse público, de normas privadas, estabelecidas em tempos passados entre o loteador e os adquirentes de lotes, isto é, quando “as referidas restrições forem *maiores* do que as exigidas pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo”, para repetir os exatos termos da lei.

Claro, sob o regime da Lei Lehmann (art. 26, VII), tal ressalva na legislação municipal é até desnecessária, já que o legislador federal cuidou de esclarecer que as restrições urbanísticas convencionais do loteamento seriam “supletivas da legislação pertinente”. E, se são “supletivas”, hão de ser para *mais*, nunca para *menos*, atuando, salientamos antes, tanto para complementar restrições legais existentes, como para suprir lacunas da legislação ou até a completa ausência de legislação municipal.

Em outras palavras, o que, na origem, não passava de “direitos de vizinhos”, para usar a expressão adotada pela eminente Ministra Eliana Calmon, com o tempo se transformou em “direitos dos munícipes”, pois os espaços verdes e a estética urbana transmudam-se em bem público e qualidade urbanístico-ambiental de interesse de todos, mesmo que, na gênese, destinados a satisfazer o bom gosto ou modelo paisagístico (= bairros-jardim) compreendidos só por poucos.

Um tal modelo, não custa lembrar, implicava auto-sacrifício da potencialidade econômica e do direito de construir típicos da posição de proprietário, numa época em que pouquíssimos, muito menos o Poder Público, atentavam para tais aspectos urbanístico-ambientais. Apreendido por essa ótica, o objeto de proteção das convenções privadas converte-se em valor hoje celebrado, tomando a feição de *atributos da cidade*: o individual, por convenção e com a marca da cooperação e consensualidade, a serviço do público, por isso mesmo a ser valorizado e protegido pelo Poder Judiciário e, naturalmente, pelo Legislativo e Executivo.

A solução adotada no Brasil não destoa do Direito Comparado. Havendo conflito entre restrições legais e convencionais, “vários tribunais têm afirmado que o mais restritivo dos dois controles prevalece” (Donald G. Hagman and Julian Conrad Juergensmeyer, *Ob. cit.*, p. 588).

Na França, também se procura “combinar as duas categorias de regras. Em princípio, serão as disposições mais severas as que se aplicarão”, o que leva o juiz, tradicionalmente, a optar pela restrição que melhor assegure a qualidade urbanístico-ambiental; se “nenhuma das duas regras pode ser qualificada de mais severa, o juiz as aplica simultaneamente” (Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'Urbanisme*, 3^e édition, Paris, Dalloz, 1998, pp. 440 e 446).

Claro, conforme alertamos, sempre se excepciona, nem poderia ser diferente, a possibilidade de intervenção legislativa ou judicial nos casos de abuso (racismo disfarçado, p. ex.) ou de alteração radical e irreversível das circunstâncias (limitação de residência unifamiliar em área inteiramente comercial) que transmudam restrições válidas no passado em ônus inócuos ou desarrazoados (Rutherford H. Platt, *Ob. cit.*, p. 301). De toda sorte, essas alterações legislativas devem ser expressas, e não simplesmente implícitas, sem falar que se submetem rigorosamente ao princípio da não-regressão. A solução da lei municipal de São Paulo, assim vista, nada tem de heterodoxa ou incomum.

11. Remédios da municipalidade para combater restrições convencionais egoísticas e os riscos de dilapidação do patrimônio urbanístico-ambiental da cidade

Tampouco parece razoável argumentar que o Poder Público ficará, no caso da City Lapa (mas também do Jardim América, Jardim Europa, Alto de Pinheiros e Pacaembu), refém de acordos egoisticamente firmados pelos loteadores.

Evidentemente, não é o caso. Primeiro porque, como vimos, essas restrições convencionais são pré-aprovadas pelo Município. Segundo porque, também já ressaltamos, o Estado mantém um *ius variandi* latente, que lhe faculta intervir para

Superior Tribunal de Justiça

compatibilizar normas privadas de ordenamento do solo e necessidades urbanístico-ambientais públicas.

Insustentável, pois, com a devida vênia, o argumento da eminente Ministra Eliana Calmon, que, ao apreciar o alegado dissídio jurisprudencial, refere-se à suposta *imutabilidade* das limitações convencionais. Transcrevo trecho de seu denso Voto-Vista (grifei):

Enquanto o acórdão indica como prevalente a norma convencional, que é mais rígida do que a norma oficial, o aresto paradigma, diferentemente, entende impossível a prevalência da vontade do loteador, mesmo aceita por todos os adquirentes, de forma a torná-la *imutável*, o que pode vir a afrontar as necessidades urbanísticas.

Ora, não se trata de *imutabilidade*, mas sim de *perenidade*, o que, acima observamos, é exatamente uma das qualidades das restrições convencionais. Como é curial, caso o Município entenda que determinados controles negociais ofendem o interesse coletivo e a função social da propriedade ou configuram abuso de direito, pode valer-se de diversos instrumentos para corrigir a distorção: desapropriação, parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo etc. (art. 182, § 4º, da CF). Cabe-lhe ainda buscar judicialmente a retificação do registro imobiliário para exclusão da restrição convencional que entender inválida. Nada disso foi feito.

Além do mais, é bom ressaltar, compete ao Município, a qualquer momento, discutir e aprovar lei de uso e ocupação do solo que afaste, total ou parcialmente, a regra da maior restrição, não se perdendo de vista as condicionantes derivadas do *princípio da não-regressão* (ou da proibição de retrocesso), acima referido, nem o ato jurídico perfeito. O que, em definitivo, não pode é fazê-lo individualmente, caso a caso, por critérios *ad hoc*, conforme a cara do freguês ou a oportunidade (pressão) política que se apresente. Isso, sim, é *insegurança jurídica*, um atentado ao postulado da igualdade e uma perigosa abertura para que se instale um balcão de negócio contra os interesses da coletividade.

De novo Celso Antônio Bandeira de Mello, no já citado parecer (grifo no original):

Superior Tribunal de Justiça

Nada importa, assinale-se de modo enfático, que posteriormente a legislação municipal afrouxe exigências existentes ao tempo da constituição do loteamento. Aquelas que foram então estabelecidas pelo loteador permanecem válidas. Com efeito, o loteamento, tal como constava, foi aprovado pelo Município sendo, pois, em consequência, obrigatórias também para ele, *que terá que respeitar as situações constituídas com seu aval*. Quando mais não fosse, em abono disto militaria o fundamental e elementar princípio da segurança jurídica.

De resto, nem seria crível que todo um planejamento de ocupação de espaços, caracterizado por um conjunto de exigências aprovadas e registradas em unidade especialmente concebida para outorgar segurança e certeza nos atos jurídicos, fosse convertida em situação precarizável com a mudança da legislação. Instabilidade de tal ordem contraditaria a própria índole essencial dos atos praticados e exporia o conjunto dos que ali se instalaram a uma álea insuportável, a uma insegurança antiética à razão de ser das próprias regras instauradas no loteamento e à finalidade que preside a existência do registro. Tais institutos, mas sobretudo esse último, se assim fosse, tornar-se-iam inutilidades grotescas, perdendo a identidade jurídica que lhe é inerente. Não haveria, pois, como sustentar intelecção de tal ordem sob pena de incidir em autêntico disparate.

A eminente Ministra Eliana Calmon traz, em seu judicioso Voto-Vista, exemplo hipotético. Entendo-o interessante para o rico debate que aqui se trava, muito embora divirja das conclusões jurídicas a que chegou. Transcrevo o trecho a que me refiro (grifei):

Imagine-se, por absurdo, que no início do século fosse estabelecido pelos Matarazzo, proprietários de grande número de propriedades em hoje valorizadas áreas, como por exemplo, no atual Bairro dos Jardins, à época exclusivamente residenciais e com prédios unifamiliares, por hipótese, se convencionassem para a área fracionada de suas propriedades a restrição de ali não se estabelecer prédio em vertical, ou com destino de comércio. *Estaria o município obrigado a respeitar tal convenção? Penso que não, na medida em que a municipalidade, dentro de uma visão global, é quem dita as regras restritivas, como está no art. 572 do Código Civil revogado.*

Parece-me que, para uma pergunta pertinente, deu-se resposta insuficiente ou incompleta. Repita-se a indagação: “Estaria o município obrigado a respeitar tal convenção?”. Ao respondê-la, não basta dizer que “não”, sob o argumento, sem qualquer qualificação, de que “a municipalidade, dentro de uma visão

Superior Tribunal de Justiça

global, é quem dita as regras restritivas”.

Dita e edita, realmente, as regras restritivas que, como o próprio legislador municipal de São Paulo se encarregou de esclarecer, apresentam-se como *piso ao direito de construir*, complementado este pelas restrições convencionais. Tudo sem prejuízo de, a qualquer momento, diante de inequívoca e excepcional motivação de interesse público, enveredar, e se afastar, por caminho diverso daquele dos ônus negociais, sempre sob o freio jurídico do *princípio da não-regressão* e do princípio do ato jurídico perfeito.

Outra não foi a opção do legislador federal, ao reconhecer exatamente esse poder-faculdade ao Estado, ao editar a Lei Lehmann (Lei 6.776/1979), que, já mencionamos, prevê, de modo expresso, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente".

A ser como pretendido pela e. Ministra Eliana Calmon, estaríamos negando validade a esses dispositivos da legislação federal, em ofensa à Súmula Vinculante 10/STF. Isso também resultaria, em tese, na desconstituição, pela porta dos fundos, de todos os loteamentos criados no Brasil, em que loteadores fixam restrições maiores que aquelas definidas pelas leis municipais, estaduais e federais.

Ora, se a principal restrição urbanística que se inclui nesses pactos coletivos privados – o controle de gabarito, ou altura de prédios – poderia ser livremente desconsiderada pelas prefeituras, como indicado explicitamente pela e. Relatora em seu hipotético exemplo da família Matarazzo, qual seria o sentido e as conseqüências dessas restrições convencionais? Um tigre de papel, como retoricamente mencionamos? Um nada, ou apenas um papelucho, que não protegeria nem a cidade nem os particulares? Tudo para dizer que, no caso da City Lapa, podemos até nos posicionar pela inconveniência urbanística dessas intervenções (o que em si seria absurdo), mas não pela ilegalidade, à luz do já precitado art. 26, VII, da Lei Lehmann.

No fundo, o que a CCK pretende mesmo é a volta ao padrão da mais ampla liberdade para construir – quando, onde e como bem entenda. Trago de novo o ensinamento de Lewis Mumford, ao lembrar que, na sua época, essa carta branca para

a ocupação (horizontal e vertical) de espaços “vazios”, que usa como pretexto o interesse público, “em realidade era liberdade para lucros irrestritos e engrandecimento privado” (*Ob. cit.*, p. 453). Seria diferente nos dias atuais? Por acaso neste processo também não se utiliza o interesse público (falso) como biombo, para simultaneamente esconder o intuito especulativo e afastar a proteção do interesse público (verdadeiro) na manutenção dos espaços verdes e estética dos bairros-jardim? Qual o interesse público que há na construção de um edifício de nove ou dez andares, que venha a descaracterizar as condições urbanísticas, paisagísticas e ambientais de dois bairros inteiros?

12. Aplicação dos pressupostos do *ius variandi* ao caso concreto: quem é algoz e quem é vítima?

É pertinente, pois, na hipótese dos autos, indagar: com quem e onde reside o interesse público? Quem é vítima, tanto das restrições urbanístico-ambientais, como do seu afastamento, *in concreto*, pelo Alvará concedido pelo órgão municipal, abrindo espaço para a construção do prédio de nove ou dez andares? Quem ocupa a posição de algoz ou malfeitor de interesses maiores da comunidade e das gerações futuras? Seria aquele que protege, com sacrifício econômico pessoal, bens festejados pela sociedade ou o que, a pretexto de exercer direito próprio, ergue espigão e, desse modo, apropria-se, a rigor, de qualidades urbanístico-ambientais transindividuais, que há muito deixaram de ser privadas?

Segundo o Magistrado de 1º Grau, Doutor Fernão Borba Franco, “A impossibilidade de construções para outro fim que não a de residência de uma família, determinada pelo loteador, constitui uma limitação ao direito de propriedade, limitação essa de obediência imposta pela elementar circunstância de que ninguém pode transferir a outrem mais do que possui” (fls. 495-496).

Ora, isso quer dizer que o órgão municipal não podia expedir Alvará de construção com um rol de direitos maior do que aquele que integra a cartilha dos outros proprietários vizinhos. A trágica curiosidade não respondida pela Prefeitura de

Superior Tribunal de Justiça

São Paulo, neste ato isolado de insanidade urbanística, é saber se o privilégio concedido à CCK também se estende aos muitíssimos vizinhos que, nestes quase cem anos, deixaram de aproveitar, vertical e horizontalmente, todas as potencialidades econômicas que cada gleba oferece.

Em época de capitalismo selvagem, seriam estúpidos a ponto de abrir mão de um enorme lucro certo, se acaso lhes fossem dadas as mesmas possibilidades de construção? Não são eles as vítimas – duas vezes – de um regime jurídico que, de um lado, lhes retira possibilidades de exercício pleno do direito de construir e, de outro, às suas vistas e na mesma área, concede-o a um privilegiado que soube usar (ou abusar) de facilidades permitidas por uma Administração fraca ou conivente com a especulação imobiliária?

Na hipótese dos autos, pode-se falar em afronta ao interesse público por um certo “egoísmo privado” do instituidor do loteamento e dos proprietários originais? Por acaso, não é um fato hoje unânime, mormente na cidade de São Paulo, que espaços verdes, estética urbana e tranqüilidade são atributos raros, cabendo a todos, inclusive à Municipalidade, o dever de mantê-los onde ainda existirem?

Acentue-se, como acima adiantamos, que a presente demanda surge não nos primórdios da proteção jurídica do meio ambiente e da qualidade de vida urbana, mas em momento de madurez dessa legislação, no qual se valorizam cada vez mais os predicados da sustentabilidade urbano-ambiental da cidade, acontecimento que se agasalha no crescente interesse pela chamada *Ecologia da Paisagem*, sobretudo em áreas urbanas degradadas, mas ainda pontilhadas de manchas e corredores verdes, formando mosaicos saudáveis, que clamam por atenção e respeito dos órgãos públicos e empreendedores privados.

Aqui se sobrepõem – e convivem natural e harmoniosamente – duas ordens ou micro sistemas normativos de controle do direito de construir: um estabelecido pelo Poder Público e outro, mais rigoroso, moldado pelos particulares. Claro, repita-se pela enésima vez, *a primazia é da lei municipal naquilo que melhor proteger a qualidade de vida, a cidade e o meio ambiente, natural e artificial*. Mas o sistema instituído no Brasil também convida os membros da coletividade, em espírito

de solidariedade e desprendimento, a reduzir, voluntariamente, as potencialidades econômicas do seu direito de construir e de lucro com o que é seu, com o desiderato de ampliar o valor e conteúdo urbanístico-ambiental de seus imóveis, fazendo-o em benefício próprio e também da comunidade como um todo e até das gerações futuras.

Em síntese, com o risco de enfadonha repetição retórica, não resisto a continuar com as indagações que permearam todo este Voto. As restrições incidentes sobre os lotes da City Lapa ofendem o quadro dos valores sociais da atualidade, resguardados na Constituição e em um sem-número de leis? Colidem com necessidades urbanísticas mais candentes ou atrapalham o dinamismo próprio das cidades? Alteram o caráter do bairro, quando se sabe que é precisamente o oposto, isto é, o espigão é que “contaminará” dois bairros pitorescos, assim conservados por décadas? Será que a conservação de espaços verdes, que no passado era ambição ou utopia de poucos, não se transformou em valor social que dispensa justificção?

13. Precedentes do STJ

A matéria dos autos – restrição convencional *versus* restrição legal – foi enfrentada em poucos casos pelo STJ.

13.1 Precedente da Terceira Turma: prevalência das restrições convencionais

A Terceira Turma manifestou-se em demanda entre particulares, prestigiando as restrições convencionais. Eis a ementa relativa ao REsp 226.858/RJ:

CIVIL. LOTEAMENTO. LEI MUNICIPAL SUPERVENIENTE QUE, SEM DETERMINAR MODIFICAÇÕES NO LOTEAMENTO ORIGINÁRIO, ADMITE O USO DO SOLO ALÉM DOS LIMITES PREVISTOS PELAS RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS. DIFERENÇA ENTRE ALTERAÇÃO URBANÍSTICA DITADA PELO INTERESSE PÚBLICO E LICENÇA PARA CONSTRUIR NO INTERESSE DO PROPRIETÁRIO. O loteador está sujeito às restrições que impôs aos adquirentes de lotes, não podendo dar aos remanescentes destinação diversa daquela prevista no memorial descritivo, *pouco importando que a lei municipal superveniente permita a alteração pretendida*; as leis urbanísticas só se sobrepõem aos ajustes particulares quando *já não toleram* o status quo -

hipótese de que não se trata na espécie, onde tanto o loteamento originário quanto sua pretendida alteração estão conformados às posturas municipais. Recurso especial não conhecido.

(REsp 226858/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/6/2000, DJ 7/8/2000, p. 105, grifei).

O eminente Ministro Ari Pargendler deixa claro, pois, que as restrições convencionais somente poderão ser afastadas quando a legislação atual não *tolerar* o acordo entre particulares. Vimos que a situação presente é o oposto, pois a limitação convencional harmoniza-se com a legislação paulistana e com o interesse público local, o que foi aferido pelo TJ-SP. A rigor, é a realidade social, de crescente consciência ambiental e urbanística, que seria incompatível (= não tolera, para usar a expressão do Relator) com a pretensão de transformar amplas áreas verdes em um amontoado de edifícios de gabaritos os mais diversos, existisse ou não convenção particular.

13.2 Precedentes da Primeira Turma

A Primeira Turma, por sua vez, tem dois julgados que, embora à primeira vista pareçam contrariar o entendimento aqui esposado e a jurisprudência estadual praticamente pacífica em todo o País, foram proferidos em circunstâncias fáticas, jurídicas e processuais totalmente distintas. Da tribuna, por ocasião de sua última sustentação oral, o ilustre advogado da empresa mencionou um terceiro, que, por isso, também será analisado.

13.2.1 REsp 7.585/SP (Min. Eduardo Ribeiro): análise de ônus sucumbenciais e *obiter dictum* sobre as restrições convencionais

O REsp 7.585/SP, relatado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro, restringe-se a analisar a existência de *ônus sucumbenciais* em desfavor de proprietário que *demoliu a construção* durante o trâmite da Ação de Nunciação. Transcrevo trecho esclarecedor do Voto-Conductor:

Certo que o réu demoliu a construção, a cujo propósito se litiga. Não se segue daí, necessariamente, tenha admitido a procedência da pretensão do autor.

É verdade que o Relator expressa, mas em *obiter dictum*, sua opinião acerca da prevalência da legislação municipal, embora o faça de maneira bastante genérica, pois, como afirmado, o objeto do julgamento era outro (sucumbência).

13.2.2 REsp 289.093/SP (Min. Luiz Fux): o caso da Avenida Brasil

Por sua vez, o REsp 289.093/SP, da relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, cuida de caso em que o particular questionava o *recluo* e a *taxa de ocupação* (e não a restrição de gabarito e o tipo de uso, para construir um espigão!) na conhecida e movimentada Avenida Brasil, em São Paulo: "Tendo em vista tratar-se de bem localizado em área objeto de tombamento, postulou o recorrente à Secretaria Municipal de Habitação e Desenvolvimento Urbano 'alvará de edificação nova', sendo que, na instrução do referido procedimento administrativo, descobriu-se que na escritura primitiva de venda do imóvel, lavrada em 11.11.1935, constavam restrições convencionais manuscritas, não reproduzidas nas certidões posteriores, prevendo recuos e taxa de ocupação do lote mais severos do que aqueles determinados pela legislação em vigor" (trecho do Voto-Conductor).

Sem entrar no mérito do que foi decidido naquela oportunidade, o fato é que o REsp 289.093/SP tratava de alegada restrição atinente a um único imóvel, localizado na Avenida Brasil, na cidade de São Paulo, em que havia simples anotações manuscritas na "escritura primitiva de venda do imóvel (...) não reproduzidas nas certidões posteriores".

Inaplicáveis à presente demanda seus *quatro fundamentos* centrais.

O primeiro – a rigor, o principal – foi o da extinção das restrições urbanístico-ambientais convencionais por força de lei municipal *específica para o Jardim América*. Realmente, segundo reconhece o acórdão da Primeira Turma, o Decreto-Lei Municipal nº 99, de 13 de junho de 1951 (que “Regulamenta as

Superior Tribunal de Justiça

construções no Bairro do Jardim América”), cuidou diretamente da Av. Brasil e *ex lege* alterou algumas das restrições contratuais aplicáveis a essa importante via pública, prescrevendo exigências bastante apertadas, que permitem apenas construções unifamiliares de até dois pavimentos (três na avenida Brasil). Logo, seria impossível, segundo o Relator, muitos anos depois, em 1973, ao art. 39 da Lei 8.001/1973 *fazê-las ressurgir para gravar o imóvel*, numa espécie de *repristinação de normas convencionais* atinentes a esses mesmos limites, que passaram a ser regidos pelo Decreto-Lei. Transcrevo, para ilustrar, alguns dispositivos da norma municipal (grifos meus):

Art. 1º Ficam sujeitas à regulamentação especial constante dos artigos seguintes as construções e as subdivisões de lotes em terrenos do bairro do "Jardim América" (aqui erigido em "zona do Jardim América"), compreendido pelo perímetro formado pelas ruas Estados Unidos, Chile e seu prolongamento até a rua Groelândia e Atlântica, e, ainda, nos situados nas *avenida Brasil*, entre avenida Rebouças e rua Atlântica, e entre rua Chile e rua Manuel da Nóbrega.

Art. 2º Só serão permitidas construções ou reconstruções de habitações particulares residenciais (item 4 do art. 2º do Código de Obras), uma para cada lote, sendo vedada a construção ou instalação de habitações coletivas, colégios, hospitais, hotéis, pensões, clubes e qualquer ramo de indústria ou comércio.

Art. 3º A edificação principal não terá mais de dois pavimentos, não podendo o andar térreo ocupar área maior do que um quarto da superfície do terreno. Será ainda permitida a construção de sótão, átrio ou porão habitável, a juízo da Divisão de Urbanismo.

§ único. Na *avenida Brasil* as edificações poderão ter três pavimentos.

(...)

Art. 5º Em relação ao alinhamento da via pública e edificação principal obedecerá ao recuo mínimo de 8 metros.

(...)

Art. 6º Em relação às divisas laterais dos lotes, a edificação principal obedecerá, em ambos os lados, ao recuo mínimo de 3 metros.

§ 1º Esse recuo será de 4 metros na *avenida Brasil* e poderá ser reduzido a 2 nas ruas referidas no § 1º do art. 5º deste decreto-lei.

(...)

Inexiste, entretanto, qualquer lei municipal *específica* para a City Lapa

Superior Tribunal de Justiça

que extirpe ou mesmo mitigue a validade das restrições convencionais, que, portanto, permanecem inalteradas.

Tampouco faz sentido aplicar ao presente caso o segundo argumento que norteou o acórdão da Primeira Turma: a *caducidade* das restrições convencionais pelo não-uso ou aceitação tácita dos vizinhos e da municipalidade, ou pela transmutação de uma via-jardim em uma via-comércio, tomada, em toda a sua extensão, por *stands* de venda de grandes redes de material de construção, *show-room* de empresas, laboratórios de análises clínicas, agências bancárias e escritórios de advocacia.

A transformação da Av. Brasil em corredor de estabelecimentos comerciais teria feito caducar as obrigações *propter rem* incidentes sobre o imóvel. Nesta via, como o próprio Relator assinala na ementa, “Afrontaria o Princípio da razoabilidade impor ao recorrente a adequação do imóvel às referidas cláusulas, após décadas de ineficácia, porquanto conspiraria contra a *ratio essendi* do art. 39, da Lei n.º 8.001/1973”. Na City Lapa a situação mostra-se ao oposto: o espigão a ser construído seria – e ainda é – a exceção em um mar de residências unifamiliares.

É verdade que a empresa defende também, para a situação da City Lapa, a “desatualidade das restrições convencionais”, pois “destoa e, bem assim, contraria a *necessidade emergente* da Cidade” (fl. 553, grifei). Como assim? Então hoje é menor o apelo e a necessidade de áreas verdes, praças e parques em São Paulo, sobretudo nos dois bairros afetados? Quem atentaria contra as “necessidades emergentes da Cidade”, uma incorporadora construtora que pretende, com exclusivo intuito comercial, construir espigão em bairro de casas unifamiliares ou o Movimento Defenda São Paulo, autor da Ação Civil Pública que impugna a licença urbanística, entidade que agrega mais de duzentas e cinquenta associações de bairros de São Paulo e conta com a participação de urbanistas e especialistas das várias áreas associadas ao direito à cidade, todos destituídos de qualquer interesse econômico nas causas que defendem?

De novo, aqui, o Ministro Mauro Campbell Marques foi direto ao ponto: “quero crer que, diante tudo quanto se colhe da realidade noticiada em reportagens escritas e televisionadas, nenhum outro argumento poderia voltar-se tanto contra a parte que o enuncia quanto este. É que, se em 1940, já era possível diagnosticar em

Superior Tribunal de Justiça

São Paulo a obrigatoriedade de vencermos questões problemáticas referentes ao meio ambiente e à estética urbanística, o que se dirá hoje em dia, com constantes enchentes, desabamentos, ilhas de calor e poluição?”

Não mais se coloca no Brasil, nem em outras partes do mundo, como valor social preponderante, que todo e qualquer ponto da cidade seja ocupado por arranha-céus, varejo, indústria, em um processo uniformizador de verticalização e simbiose entre o comercial e o residencial. Impende de toda sorte realçar que as restrições urbanístico-ambientais convencionais não vedam o crescimento da cidade ou a oferta de moradia digna à população de baixa renda (o que, certamente, não será o perfil dos ocupantes do edifício em litígio). Tão-só pretendem organizar, por planejamento, a expansão urbana.

Se é admissível entender (e o faço *ad argumentandum*) que na Avenida Brasil – transformada em corredor de uso especial (art. 19 da Lei Municipal 8.001/1973) e no decorrer de décadas descaracterizada na sua feição residencial – perderam eficácia certas restrições convencionais impostas aos imóveis nela situados, tendo em vista que os fatos-vivos contrariariam a obrigação *propter rem* claudicante e moribunda, na casuística da City Lapa é precisamente o reverso.

Na City Lapa, o *fato-vivo* – ou, se quiserem, a *base do negócio*, para usar a terminologia do Direito alemão, cunhada por Paul Oertmann e popularizada, entre nós, pelos estudos de Larenz (cf. Karl Larenz, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, tradução de Carlos Fernández Rodríguez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956) – que pulsa intensamente e, com afinco, como se vê nestes autos, é o que busca, por todos os meios administrativos e judiciais, extirpar comportamentos desconformes com a obrigação *propter rem* instituída. Não se observa, pois, descaso com a ação deletéria dos infratores; pelo contrário, qualquer ataque à ordem urbanística convencional e consolidada recebe pronta e completa resistência por parte dos vizinhos.

O eminente Ministro Luiz Fux, ao embasar seu Voto, ainda alude, como terceira razão de decidir, à existência de simples *anotações manuscritas* na escritura primitiva de venda do imóvel em questão, não reproduzidas nas certidões posteriores,

matéria alheia ao debate judicial levado a cabo no caso da City Lapa. Aqui, a restrição convencional foi fixada no *próprio loteamento da área*, e não em um imóvel isolado, loteamento esse devidamente registrado no respectivo Cartório de Imóveis e autorizado pelo Poder Público local, como reconhece a própria construtora CCK. Nos termos do acórdão ora recorrido (no presente recurso), proferido pelo Tribunal estadual, soberano na análise dos fatos, as "restrições convencionais são aquelas estabelecidas pelo loteador no plano de loteamento, arquivando-se no registro imobiliário e transcritas nas escrituras de alienação dos lotes".

Finalmente, o quarto fator relevante no REsp 289.093/SP é que, não obstante o Jardim América seja bairro tombado, o proprietário do imóvel na Av. Brasil obtivera autorização do Condephaat e do Compresp, órgãos incumbidos de zelar pela sua preservação. Parecia, então, que a Prefeitura, ao negar o Alvará, estaria sendo mais rigorosa que os responsáveis pelo patrimônio histórico e artístico. De novo, nada disso se encontra nos contornos fáticos da City Lapa, pois os dois bairros em questão só vieram a ser tombados no curso desta demanda e, por essa razão, dispensável, à época da expedição do Alvará, foi a oitiva dos órgãos do patrimônio histórico e artístico.

13.2.3 REsp 1.011.581/RS (Ministro Teori Zavascki): construção de edifício na orla marítima do Município de Osório

Da tribuna, na sua última sustentação oral, o ilustre Patrono da empresa aponta divergência entre a linha de orientação deste meu Voto e outro precedente da Primeira Turma, assim lavrado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. APROVAÇÃO E LICENCIAMENTO DE EDIFICAÇÃO DE NOVE ANDARES NA ORLA MARÍTIMA EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO LOCAL E NORMAS DA ABNT. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INEXISTÊNCIA DE DANO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À CONCLUSÃO DA OBRA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL CONFIGURADA.

1. Aprovado e licenciado o projeto para construção de edifício pelo Poder Público Municipal, em obediência à legislação correspondente e às normas técnicas aplicáveis, a licença então concedida trará a presunção de

legitimidade e definitividade, e somente poderá ser (a) cassada, quando comprovado que o projeto está em desacordo com os limites e termos do sistema jurídico em que aprovado; (b) revogada, quando sobrevier interesse público relevante, hipótese na qual ficará o Município obrigado a indenizar os prejuízos gerados pela paralisação e demolição da obra; ou (c) anulada, na hipótese de se apurar que o projeto foi aprovado em desacordo com as normas edilícias vigentes.

2. No caso, a licença para construir foi concedida em conformidade com o Código de Obras do Município de Osório (Lei n. 1.645, de 27 de novembro de 1978) e Código de Posturas do Município de Osório (Lei n. 3.147, de 17 de dezembro de 1999), além das normas da ABNT pertinentes, e não há nos autos qualquer informação de que a construção encontra-se em desconformidade com o projeto apresentado quando do licenciamento ou de qualquer outra irregularidade que obstaría o seguimento da obra. Tampouco se indica com precisão em que consiste os danos paisagísticos e ambientais que a construção do edifício irá ocasionar ao meio ambiente e aos munícipes. O que se tem é a suposição de que a construção de edifício de nove pavimentos poderá gerar prejuízos ao interesse público, pois prejudicaria o potencial turístico do Município, além de causar transtornos aos seus munícipes, o que foi devidamente refutado pela prova pericial realizada. Sendo assim, não cabe ao Judiciário determinar a paralisação e demolição da obra anulando, desta forma, aquele ato administrativo, porque importaria violação ao direito de construir delineado no art. 1.299 do Código Civil.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1011581/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/8/2008, DJe 20/8/2008).

Inexiste qualquer conflito entre o acórdão relatado pelo eminente Ministro Teori Zavascki e a solução dada à presente demanda.

13.2.3.1 Congruência entre as posições das duas Turmas

No início do presente Voto, delimitei "o núcleo recursal sob apreciação desta Segunda Turma", afirmando que "dele defluem, logicamente, *três questões jurídicas* que, uma vez decididas pelo STJ, serão corporificadas em teses jurisprudenciais e espelharão a exegese autorizada da legislação aplicável aos loteamentos em todo o Brasil:

a) são admissíveis, no Direito brasileiro, as restrições urbanístico-ambientais convencionais ao direito de propriedade e, sobretudo, ao direito de construir?

b) se afirmativa a resposta do item anterior, podem tais

restrições convencionais ser afastadas ou modificadas pelo legislador, com a edição de controle *mais* ou *menos* rigoroso ao direito de construir?

c) se cabível a flexibilização ou o relaxamento das amarras contratuais mais rigorosas pela lei posterior, menos restritiva, quais seriam os pressupostos e limites para tal?"

Pois bem, basta uma olhada rápida para perceber que a Primeira Turma analisou questão referente à licença urbanística, sim, mas a similitude com o atual Recurso Especial termina aí. Note-se, inicialmente, que as conclusões a que chegou o eminente Ministro Teori Zavascki coincidem exatamente com o sentido da decisão da Segunda Turma, no caso City Lapa:

Aprovado e licenciado o projeto para construção de edifício pelo Poder Público Municipal, *em obediência à legislação correspondente* e às normas técnicas aplicáveis, a licença então concedida trará a presunção de legitimidade e definitividade (item 1 da ementa do acórdão da lavra do eminente Ministro Teori Zavascki, grifei).

Ora, *in casu*, o projeto para construção de edifício foi aprovado em *desobediência à legislação correspondente*, como ficou demonstrado no decorrer deste meu Voto e daqueles apresentados pelos eminentes Ministros Castro Meira e Mauro Campbell Marques, tudo na mesma linha do acórdão recorrido e da sentença. Logo, as conseqüências jurídicas expostas nos itens "b" e "c" da ementa do acórdão da Primeira Turma, formuladas com base na assertiva inicial, estão absolutamente corretas, e com elas concordo.

Ao contrário do que pretende a CCK, a hipótese dos presentes autos se encaixa, como uma luva, no item "a" do enunciado da ementa: a licença urbanístico-ambiental deve ser "*cassada*", quando comprovado que o projeto está em desacordo com os limites e termos do sistema jurídico em que aprovado" (grifei). Cassada diretamente pela Administração ou, se a tanto se recusar, pelo Poder Judiciário – é precisamente a situação do edifício construído na City Lapa.

13.2.3.2 Ausência de correlação fático-jurídica entre os dois acórdãos

Superior Tribunal de Justiça

Além disso, observo que inexistente correlação fático-jurídica entre as duas demandas, pois, em Osório, trata-se de Ação Popular proposta contra a construção de edifício de nove andares à beira-mar, sem que houvesse a) Plano Diretor a amparar o Alvará e b) Estudo de Impacto Ambiental, daí a alegação dos autores de c) ocorrência de dano ecológico e paisagístico, o que levou à realização de perícia técnica. Ora, nenhuma dessas três causas de pedir (sem falar do fato de a decisão estar fulcrada em laudo pericial) está presente no litígio da City Lapa, em que o ponto nodal é o desrespeito, pelo Município, às restrições urbanístico-ambientais *contratuais*, tema absolutamente alheio à demanda de Osório.

O argumento dos autores populares era de que a inexistência de Plano Diretor impedia o Município de autorizar o tipo de arranha-céu pretendido pela construtora gaúcha. Confira-se a sentença (grifei):

Em síntese, afirmaram que a obra trará danos ao meio ambiente, à paisagem litorânea, e limitará o período dos veranistas à exposição solar. Também, causará poluição ao mar e à areia, pois não há rede de esgoto. Entendem os autores que a obra deveria ser precedida de Estudo de Impacto Ambiental ou Estudo de Impacto de Vizinhaça, por exigência da Lei 10.257/2001. Sustentaram que a inexistência de Plano Diretor impede a autorização para a construção da obra. Em antecipação de tutela, pediram a concessão de liminar para que fosse embargada a obra. Postularam, ao final, a procedência da ação. Com a inicial juntaram documentos.

(...)

O experto, ao elaborar o laudo pericial, concluiu pela inexistência de dano concreto ou potencial ao ambiente. Não há exigência legal, de outra parte, da realização de estudo de impacto ambiental para a construção de prédio urbano. Segundo apontado pelo experto, o impacto é semelhante às demais construções já existentes. (...)

(...)

Não há dúvida de que o empreendimento não acarretará dano direto ao ambiente. Essa conclusão do laudo é irrefutável. (...)

(...)

Com efeito, conforme já expressado por ocasião da decisão que deferiu o embargo liminar da obra, faz-se imprescindível a existência de Plano Diretor. A sua falta não autoriza a construção nos moldes em que projetada. (...)

Se houvesse Plano Diretor no Município de Osório aprovado por lei e que autorizasse as construções até nove ou mais andares, outra solução haveria, porque, mal ou bem, teria sido a opção dos munícipes. O ato

autorizador, independentemente das questões ambientais, seria legítimo e legal.

(...)

Enfim, não há amparo legal para a construção do prédio. Pouco importa que o Município tenha prazo até 2006 para elaborar o Plano Diretor. Já poderia tê-lo feito desde a edição da Constituição Federal de 1988. Sua letargia omissiva não poderia vir em seu próprio proveito e do construtor em detrimento da comunidade. Se até o presente momento não tomou qualquer iniciativa concreta para ver aprovado e instituído o Plano Diretor, não existe respaldo legal à concessão de licenças para a construção de prédios altos na beira-mar.

O eminente Ministro Teori Zavascki, por sua vez, deixa bem claros os contornos da demanda de Osório (grifei):

Trata-se de ação popular proposta com base na *lesividade causada ao meio ambiente* em razão da construção de edifício de nove andares no Balneário de Mariápolis, em Osório/RS, sob o fundamento de que a licença edilícia foi concedida *sem prévio estudo de impacto ambiental e de impacto de vizinhança*, necessários na hipótese em que a edificação causaria danos ao meio ambiente e à paisagem litorânea. O acórdão recorrido tem como fundamento a prevalência do interesse social sobre o interesse privado, ante apotencialidade danosa de uma edificação de nove andares situada à beira mar (grifei).

Transcrevo, em complemento, excerto do acórdão proferido pelo TJ-RS: "Referem-se que inexistente Plano Diretor e que há exigência de prévio estudo de impacto ambiental, que não ocorreu no caso concreto".

Por isso, toda a discussão, no REsp 1.011.581/RS, julgado pela Primeira Turma, restringiu-se à validade da licença de construção concedida em cidade sem Plano Diretor nem elaboração de Estudo de Impacto Ambiental. Não se aponta, nos dois acórdãos (do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do STJ), nenhum dispositivo de norma local, ao contrário do litígio da City Lapa, até porque se pedia a prestação jurisdicional em razão da *ausência de legislação municipal* (o Plano Diretor).

13.2.3.3 Existência ou não de dano ecológico, paisagístico e turístico, dúvida que demandou a elaboração de perícia na Ação Popular de Osório

Superior Tribunal de Justiça

Central ao debate judicial na ação popular de Osório foi a *questão da ocorrência ou não de dano ecológico, paisagístico e turístico*. Para tanto, elaborou-se perícia, cujos resultados – inexistência de prejuízos – foram ignorados pelo juiz e pelo Tribunal de Justiça.

A Corte Estadual reconheceu ser "muito provável a ocorrência de dano ao meio ambiente", considerando a falta de Estudo de Impacto Ambiental, embora isso não tenha sido comprovado pela prova técnica (grifei):

É inquestionável que o empreendimento em exame é de grande porte – trata-se da construção de um prédio de nove andares – e trará conseqüências diretas e indiretas ao meio ambiente, sendo iminente o risco de dano ambiental. Tais danos somente podem ser evitados se, antes do empreendimento houvesse sido realizado estudo de impacto ambiental. Sendo certo que não foi realizado, tenho como muito provável a ocorrência de dano ao meio ambiente se a obra prosseguir e chegar ao seu desiderato.

(...)

Desta forma, *ainda que não tenha sido verificada, através da prova técnica, a existência de dano concreto ou potencial ao ambiente, estou confirmando a sentença*, por seus bons fundamentos, que incorporo ao voto.

(...)

O direito a uma habitação ordenada, mesmo que não existente uma regra expressa, é princípio que deve respeito, sob pena de se chegar à situação esdrúxula de, não existindo lei, tudo se poder permitir, e não estou falando aqui na edificação de nove andares. Para que uma regra tenha plena aceitação, ela deve ser extremada. É possível construir-se, nesse pequeno balneário, trinta, quarenta edifícios se não existir um plano diretor? Parece-me que não.

Atenta à desconsideração dos resultados da prova técnica pelo juiz e pelo Tribunal de Justiça, a Primeira Turma reformou o acórdão por entender que a licença de construção expedida pelo Município de Osório não poderia ser judicialmente cassada, uma vez que a legislação municipal existente fora atendida pelo construtor, e que, ao mesmo tempo, em contradição com a perícia realizada, não "se indica com precisão em que consistem os danos paisagísticos e ambientais que a construção do edifício irá ocasionar ao meio ambiente e aos munícipes". Transcrevo trecho do Voto-Conductor, proferido pelo Ministro Teori Zavascki (grifei):

No caso dos autos, a licença para construir foi expedida pelas

Superior Tribunal de Justiça

autoridades competentes com respaldo em todas as regras edilícias estabelecidas pela legislação em vigor (Código de Obras do Município 1.645, de 27 de novembro de 1978 e Código de Posturas do Município n. 3.147, de 17 de dezembro de 1999) e pelas normas da ABNT, e não há nos autos qualquer informação de que a construção encontra-se em desconformidade com o projeto apresentado quando do licenciamento ou de qualquer outra irregularidade que obstaría o seguimento da obra. Tampouco se indica com precisão em que consistem os danos paisagísticos e ambientais que a construção do edifício irá ocasionar ao meio ambiente e aos munícipes. *O que se tem é a suposição, baseada em subjetivismos, de que a construção de edifício de nove pavimentos poderá gerar prejuízos ao interesse público*, pois prejudicaria o potencial turístico do Município, além de causar transtornos aos seus munícipes.

Na origem, o ilustre Relator, Desembargador João Carlos Branco Cardoso, assentou seu Voto na avaliação de que era "iminente o risco de dano ambiental. Tais danos somente podem ser evitados se, antes do empreendimento houvesse sido realizado estudo de impacto ambiental".

Realçando a questão jurídica da possibilidade de dano ambiental concreto, como fundamento para impedir a construção do edifício na falta de legislação municipal, de novo faço uso das palavras do eminente Relator Teori Zavascki: na demanda de Osório, "o que se tem é a suposição, baseada em subjetivismos, de que a construção de edifício de nove pavimentos poderá gerar prejuízos ao interesse público, pois prejudicaria o potencial turístico do Município, além de causar transtornos aos seus munícipes". Sim, "suposição" diante da inexistência de Plano Diretor ou convenção particular a vedar ou limitar a construção do edifício; "suposição" porque a prova pericial deu pela inexistência de dano.

Ora, no processo da City Lapa, não se cuida de "suposição, baseada em subjetivismos", nenhuma, mas sim de presunção absoluta, por conta de *cláusula contratual expressa* que proíbe o gabarito e uso pretendidos pela CCK, de que a construção do edifício viola o direito dos vizinhos e da coletividade (= o projeto urbanístico-ambiental que norteou o loteamento), inadmitindo-se prova em contrário (tanto que, em nenhum momento, a empresa tentou alegar ou produzir prova pericial para demonstrar a não-ocorrência de dano ambiental-paisagístico).

13.2.3.4 Síntese: dois acórdãos totalmente distintos, no pano de fundo fático, no enquadramento jurídico-legal e na causa de pedir

Não há, como se vê, na Ação Popular de Osório, *qualquer discussão relativa às restrições convencionais e seu acolhimento pela legislação municipal e pela Lei Lehmann*. Além disso, as questões fáticas e de direito são totalmente distintas:

a) primeiro, na demanda de Osório, os pontos centrais são a inexistência de Plano Diretor, a ausência de Estudo Prévio *de* Impacto Ambiental e de Vizinhança e a ocorrência de dano ecológico, paisagístico e turístico; na da City Lapa, nenhum desses três aspectos é sequer mencionado, pois em debate encontra-se tão-só a prevalência, ou não, de restrições urbanístico-ambientais contratuais que sejam mais rigorosas do que as legalmente fixadas (= regra da maior restrição);

b) segundo, em Osório, a discussão, trazida pelos autores, todos "veranistas e freqüentadores do Balneário", girava em torno da existência de deveres urbanístico-ambientais *genéricos e legais* ("direito de tomar sol", "paisagem litorânea", "o direito dos cidadãos de avistar o mar", o "princípio do desenvolvimento sustentável", "princípios da prevenção e da precaução do dano ambiental", "princípio da supremacia do interesse público", "danos ao meio ambiente", "poluição do mar e da areia", para empregar, literalmente, as expressões constantes da Petição Inicial) e derivados – na ausência de Plano Diretor – da Constituição e da legislação federal, obrigações abstratas essas que, se desrespeitadas, causariam dano ao meio ambiente, à paisagem e ao turismo do balneário; no processo da City Lapa, ao reverso, o que está em questionamento são deveres urbanísticos *concretos e de caráter convencional*, incidentes sobre o direito de construir e de que são beneficiários, diretamente, moradores de um loteamento, vinculados por relações contratuais e de direitos de vizinhança, ao contrário de "veranistas e freqüentadores" eventuais de uma praia;

c) terceiro, Osório *não* tinha Plano Diretor, São Paulo tem;

d) quarto, no processo de Osório, a construção estaria em conformidade com a legislação municipal (Código de Obras e Código de Posturas); já na City Lapa, a nulidade da licença decorre *exatamente* da violação da legislação urbanística federal

e municipal, naquilo que determina que sejam acolhidas e respeitadas as restrições urbanístico-ambientais particulares (= regra da maior restrição);

e) quinto, um dos fundamentos da demanda de Osório era a existência de "danos paisagísticos e ambientais" da construção, como indicado pelo eminente Relator Teori Zavascki, no trecho do acórdão do STJ acima transcrito; aqui, diferentemente, a *ratio essendi* do acórdão recorrido é a *violação do princípio da legalidade*, por desobediência do servidor público municipal à determinação expressa da legislação municipal de São Paulo (norma essa inexistente em Osório), de que as convenções privadas de limitação de gabarito e uso das construções fossem seguidas no processo de licenciamento urbanístico, desde que mais rigorosas; e,

f) sexto, foi produzida prova pericial na Ação Popular de Osório, que concluiu pela inoccorrência de risco de impacto ou dano ao meio ambiente, ao contrário da demanda da City Lapa, que se circunscreve a *questões de direito*. Segundo o Voto do eminente Ministro Teori Zavascki, "a prova pericial realizada constatou que os órgãos ambientais não exigem Estudo de Avaliação de Impacto para prédios residenciais deste porte. (...) Este empreendimento, um prédio residencial, construído de acordo com o Código de Obras do Município, é apenas mais um no balneário, com os mesmos impactos de todas as demais construções e prédios existentes".

Em síntese, enquanto no processo de São Paulo debate-se acerca de *legislação municipal existente* (que manda respeitar as convenções urbanístico-ambientais privadas), o caso de Osório refere-se, ao oposto, a deveres urbanístico-ambientais que, não obstante a *inexistência de legislação municipal* (o Plano Diretor), deveriam ser intuídos pelo Poder Judiciário, a partir da leitura do caldo difuso da legislação federal de proteção ambiental.

14. Precedente do STF

No sentido da posição adotada neste Voto e da jurisprudência predominante dos Tribunais nacionais, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

CASA COMERCIAL E CASA RESIDENCIAL. Loteamento de imóvel urbano. Cláusula permissiva apenas da utilização residencial.

"Casa comercial instalada em prédio construído num dos lotes. Alvará de licença deferido pelo Município com arrimo em lei permissiva dessa utilização e com infração de cláusula proibitória estabelecida no loteamento. *Prevalência da cláusula convencional, uma vez que ela não interfere em interesse de ordem pública e integra loteamento aprovado pela Prefeitura Municipal e inscrito no registro imobiliário.* Lei posterior restaurando a destinação obrigatória. Ausência de direito adquirido da proprietária do prédio e da sua locatária, dona do estabelecimento comercial em relação aos proprietários dos outros lotes. Ação cominatória julgada procedente. Recursos extraordinários de que se não conhece. (1ª T. do STF, RE nº 101.258-SP. V.u. em 10-4-1984, rel. Min. Soares Munhoz, RTJ –110/391, grifei).

Para o eminente Relator, Ministro Soares Munhoz: “Cuida-se de saber se, sobrevindo lei de zoneamento que alargou ou liberalizou restrições convencionais, prevalecem estas ou não. Não se há de vacilar na resposta positiva ... Se a própria lei paulistana nº 8.001, de 1973, no art. 39, manda respeitar as restrições convencionais, sempre que elas sejam maiores do que as da lei de zoneamento, não se pode entender que esta intentou derrogar aquelas restrições contratuais ... Embora as embargadas, em síntese, estivessem amparadas pela nova classificação do bairro como zona 2, não lhe era lícito sobrepor-se às normas convencionais, cujo relevo o próprio legislador estimulou”.

15. Posição do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de São Paulo sobre a Lei Municipal 8.001/1973

O STJ, todos sabemos, é Corte de interpretação e uniformização da legislação federal. Sua atuação está constricta pela Constituição, pela lei e também por súmulas que a informam. Primeiro, a ele está vedada a apreciação de Direito local, seja estadual, seja municipal. A dois, não lhe cabe reexaminar fatos e provas, exceto hipóteses absolutamente excepcionais.

Pois bem, o fundamento principal para o Tribunal de Justiça decidir foi a interpretação que deu ao art. 39 da Lei Municipal 8.001/1973, com a redação trazida

Superior Tribunal de Justiça

pela Lei 9.846/1985. Segundo o acórdão recorrido, tais dispositivos de Direito local asseguram, no caso concreto, a supremacia das restrições convencionais, desde que mais exigentes que aquelas fixadas na legislação urbanística municipal (regra da maior restrição). Transcrevo trecho do Voto-Conductor (fl. 845, grifei):

No caso, a observância às restrições convencionais é garantida pela própria lei municipal (art. 39 da Lei nº 8.001/73, com a redação dada pela Lei nº 9.846/85).

A lei acolheu a tese da maior restrição. Se as convenções forem mais exigentes, prevalecem; se menos exigentes, prevalecem as normas legais.

Portanto, as restrições convencionais fazem parte da legislação urbanística e a rigor não haveria porque cogitar da prevalência de uma sobre a outra.

O eminente Desembargador-Relator Oliveira Santos foi extremamente preciso ao afirmar, repito, que, na hipótese dos autos e com base em autorização legal literal da norma municipal, "as restrições convencionais fazem parte da legislação urbanística".

O Tribunal de origem, a quem compete apreciar as peculiaridades fáticas do caso, tampouco aferiu abuso de direito, ofensa ao interesse público ou à função social da propriedade na convenção particular que restringiu as construções na área. Pelo contrário, consignou que a restrição convencional, *in casu*, é adequada ao interesse coletivo e à legislação local. Eis trecho do acórdão recorrido (fls. 848-849):

A restrição à construção está cônsona com a lei municipal de regência, sempre teve a necessária publicidade, ao que se colhe todos os proprietários a ela sujeitaram, os direitos e interesses da comunidade social não são afetados quanto a prejudicar projetos/programas municipais tendentes à resolução do grave problema à habitação a favor de faixas populacionais menos aquinhoadas, por isso que não teve motivação o ato administrativo de expedição de alvará autorização de construção, "data venia".

Fez bem o TJ-SP em apreciar a adequação ao interesse da coletividade, considerando que, na lição de Hely Lopes Meirelles, a restrição convencional tem por objetivo "o interesse de todos na formação e manutenção do bairro com as condições de conforto e bem-estar idealizadas e procuradas por seus moradores" (*Ob. cit.*, p. 82).

Superior Tribunal de Justiça

Esse interesse difuso, da comunidade em sua inteireza, na manutenção das restrições urbanístico-ambientais convencionais é tão gritante que os dois bairros foram declarados, já depois de iniciado o julgamento do presente Recurso Especial, bens protegidos pela sua importância histórica e cultural. Refiro-me ao tombamento do City Lapa pelo Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – Conpresp (Resolução 3/2009), conforme amplamente divulgado pela mídia (v.g. <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/cultura/conpresp/noticias/?p=6863>, consultado na internet em 10.2.2010).

Enfim, a restrição convencional, na hipótese, é não só juridicamente possível como também, repito, está em total sintonia com o sistema jurídico da cidade de São Paulo, em que a lei municipal expressamente adota a regra da maior restrição (fato incontroverso). Aqui, para o STJ dizer de modo contrário, terá que negar a interpretação – se é que se precisa interpretar norma tão cristalina – dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo à Lei Municipal 8.001/1973, com a redação trazida pela Lei 9.846/1985.

É ainda importante considerar que a regra da maior restrição, legitimada pelas legislações municipais à luz da Lei Lehmann (v.g. art. 39 da Lei paulistana 8.001/1973), é amplamente conhecida pelo mercado imobiliário local, considerando que vem sendo reiteradamente prestigiada por inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis. A título de exemplo, transcrevo ementas de pareceres dos juízes-corregedores, todos acolhidos pelo Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo:

Registro de Imóveis - Averbação de construção para fins não - residenciais obstada - Vedação constante de cláusula - padrão do loteamento - Prevalência da restrição convencional - Autorização pela Prefeitura Municipal - Irrelevância - Recursos não providos. (Parecer 160/2006-E, acolhido em 8.5.2006 pelo Desembargador Ruy Pereira Camilo, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo).

Superior Tribunal de Justiça

Registro de Imóveis - Loteamento - Requerimento de averbação de desdobro de lote - Restrição urbanística do loteamento publicada no registro predial, que veda a subdivisão de lotes - Prevalência da restrição convencional à aprovação municipal do desdobro (Processos CG nºs 29/2006 e 453/2006; CSM, Apelações Cíveis nºs 22.300-0/0 e 63.641-0/6) - Irrelevância da anuência do loteador e de sociedade de amigos de bairro, fora do quadro adequado para alteração ou cancelamento da restrição - Averbação indeferida - Recurso não provido. (Parecer 236/2007-E, acolhido em 13.7.2007 pelo Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo).

Registro de Imóveis - Loteamento - Requerimento de averbação de desdobro de lote - Existência de restrição em contrato-padrão arquivado no registro predial que veda a subdivisão de lotes - Prevalência da restrição convencional - Aprovação do desdobro pela Prefeitura Municipal - Irrelevância - Averbação indeferida - Recurso não provido. (Parecer 160/2006-E, acolhido em 8.5.2006 pelo Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo).

Não há dúvida, portanto, de que a construtora, ao adquirir o imóvel, sabia do posicionamento do Judiciário local, pela prevalência das restrições convencionais.

É de longa data que a questão vem sendo enfrentada pela Justiça paulista, muito antes até da edição do Decreto-Lei 271, de 1967, e da Lei Lehmann (Lei 6.766/1979). Assim, em decisão de 1954, o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já afirmava: “Procede a ação de nunciação de obra nova contra quem, desrespeitando cláusula de contrato de venda de imóvel, constrói edifício sem observar o recuo lateral mínimo imposto a todos os compradores de lotes, com prejuízo das servidões estabelecidas em prol da salubridade e embelezamento do bairro, a isto equivalendo a mencionada restrição” (RT 226/373).

Hely Lopes Meirelles, em parecer de 1966, citava a jurisprudência pacífica do TJ-SP, representada pelos Embargos de Divergência 123.497/SP:

(...)

3. “As cláusulas das escrituras de lotes, restritivas da edificação do bairro, são meramente declaratória dos requisitos urbanísticos estabelecidos pelo loteador, no memorial do loteamento, aprovado pela Prefeitura e arquivado no registro imobiliário, para observância pelos adquirentes de lotes

de seus sucessores” (cf. *Direito de Construir*, 2.^a ed., 1965, pág. 71).

4. Essas restrições urbanísticas convencionais, que figuram no plano originário do loteamento – explica Georges-Henri Noel – “uma vez aprovadas pela Prefeitura passam a impor obrigações de interesse público, que não podem ser derogadas por simples acordo dos adquirentes de lotes ou pela vontade do loteador” (df. *Lê Droit de l'Urbanisme*, 1956, pág. 112).

5. Acolhendo essa doutrina, o Egrégio Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, já decidiu nos embargos n. 123.497, que: “A nossa legislação sobre loteamento urbano – Decreto-lei federal n. 58, de 10.12.1937 – embora parca em disposições urbanísticas exige a aprovação do memorial de urbanização pela Prefeitura e o seu depósito no Registro imobiliário, para publicidade e observância de suas restrições à edificação do bairro (art. 1.^o). Esse memorial é que estabelece as restrições urbanísticas a serem observadas, perenemente, no loteamento, em benefício geral do bairro.”

6. “Tais limitações à edificação nos loteamentos residenciais – prossegue o mesmo acórdão – são restrições de ordem urbanística e por isso mesmo atendem não só ao interesse individual dos contratantes, como ao de toda a comunidade do bairro. Na verdade o que visa com essas restrições ao direito de construir é a melhoria do bairro, através de condições urbanísticas idealizadas pelo loteador e procuradas pelos adquirentes de lotes. São restrições gerais e pessoais mas de *interesse coletivo*, visando ao bem-estar de toda aquela comunidade que vai residir na área loteada e, por isso mesmo, devem ser obedecidas e mantidas por todos, em benefício da coletividade.”

7. E finaliza o julgado com estas palavras de inteira aplicação ao caso em exame: “As cláusulas das escrituras de lotes, restritivas da edificação, têm conteúdo meramente declaratório dos requisitos urbanísticos estabelecidos no memorial de loteamento, aprovado pela Prefeitura e arquivado no Registro Imobiliário para observância por todos os interessados no bairro. Assim sendo, permanecem válidas e operantes *erga omnes* as limitações à edificação particular fixadas originariamente no plano de urbanização, independente de transferência de lotes. Desde que as *restrições urbanísticas* são de interesse coletivo, não admitem renúncia de determinados vizinhos, nem perecem pela tolerância do Poder Público ou pela inércia do loteador no exigir de todos os proprietários de lotes o fiel atendimento das condições de urbanização do bairro.” Ésse o entendimento do nosso Tribunal de Justiça.

8. Por aí se vê que a restrição urbanística originária, ou seja, aquela com que nasceu o bairro ou a quadra e que consta do plano do loteamento arquivado no registro imobiliário, subsiste indefinidamente enquanto não houver uma modificação contratual geral, com a concordância de todos os interessados, ou seja, do loteador, de todos os proprietários de lotes e da Prefeitura. Não poderá, jamais, o loteador e alguns interessados na aquisição de lotes desrespeitar as limitações estabelecidas no plano de loteamento e nas escrituras originárias, para modificar as limitações urbanísticas de interesse geral *de todos os proprietários de lotes*, mesmo porque a menção às restrições, constante das escrituras, tem efeito meramente declaratório do que foi inscrito no cartório imobiliário, por ocasião do registro do loteamento. Se houver divergência entre as cláusulas da escritura e o que

Superior Tribunal de Justiça

consta do registro público, prevalece êste sôbre aquelas, porque o que se inscreve no registro imobiliário tem efeito *erga omnes* e ninguém pode alegar o seu desconhecimento.

Colaciono também, da década de 1960, este outro precedente do TJ-SP, em que a Corte paulista refere-se à atuação judicial da empresa City para garantir o respeito às restrições convencionais, inclusive quanto aos lotes já alienados:

A embargada, que é a CITY OF S. PAULO IMPROVEMENTS AND FREEHOLD LAND COMPANY LIMITED, em seus loteamentos, impõe aos compradores diversas obrigações e restrições, relativas ao uso da propriedade e às futuras construções (Vide escritura de fls. 9 e seguintes); e vem fiscalizando rigorosamente, muito rigorosamente, os adquirentes, havendo sido propostas no Fôro da Capital, diversas ações cominatórias, visando compelir os proprietários à observância das restrições contratuais, como nota o Dr. Juiz de Direito, a fls. 142.

(...)

Bem fixou o V. acórdão que aquêles que desejam usar a sua propriedade apenas com as restrições públicas, devem adquirir terrenos que não estejam submetidos a regulamentos feitos por Empresas particulares com o apôio do Poder Público. Permitir o rompimento do contrato, aprovado pelo Poder Público, a pretexto de atendimento a pontos de vista mais técnicos ou que mais agradem a interêsse pessoal dos contratantes da CITY (seja qual fôr a finalidade) seria violentar princípios básicos do Contrato e da Segurança de todos os demais contratantes do Loteamento referido, além de ferir o princípio legal fixado no art. 572 do Código Civil.

(Embargos Infringentes 150.183/SP, rel. Des. Isnard dos Resis, j. 1.12.1966, Revista dos Tribunais, abril-junho de 1967, v. I, p. 120).

Trago outros julgados mais recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferidos na jurisdição contenciosa, em que ratifica a validade das restrições fixadas pelo loteador (grifei):

NUNCIACÃO DE OBRA NOVA - Cumulação com anulação de alvará de construção - Direito de construir ou edificar - Faculdade condicionada pelas normas urbanísticas, em especial pelo princípio constitucional da função social da propriedade - *Restrições urbanísticas convencionais impostas pelo loteador, que impedem a construção de mais de uma residência em cada lote* - *Prevalência sobre as leis em virtude do disposto no artigo 39 da Lei n. 8.001/73* - Recurso provido (Apelação Cível n. 74.557-5 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Alves Bevilacqua - 1º.12.98 - V.U).

Superior Tribunal de Justiça

ACÇÃO DEMOLITÓRIA - Direito de construir - Demolição - Loteamento - Restrição convencional imposta pelo loteador - Obrigação *propter rem* - Projeto aprovado observando tais restrições - Obrigação comum assumida pelo proprietário de executar a obra segundo o projeto aprovado - Descumprimento da obrigação - Irrelevância da concessão do "habite-se" pela Prefeitura Municipal, em decorrência de lei de anistia das construções irregulares - Ato jurídico perfeito e acabado, que está incólume aos efeitos da lei (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República) - Recurso provido. Segundo o nosso direito, a regra é a liberdade de construir, mas as restrições e limitações a esse direito formam as exceções, e somente são admitidas quando expressamente previstas em lei, regulamento ou contrato. *Quando previstas em Regulamento do Loteamento, e consignadas do título translativo da propriedade, constituem obrigação propter rem, isto é, obrigação daquele que é o titular da propriedade.* Daí que a concessão do "habite-se" pela Prefeitura Municipal por força de lei que concedeu anistia às construções irregulares, não elide a obrigação do devedor, em face da proteção outorgada pela Carta Magna ao ato jurídico perfeito e acabado (artigo 5º, XXXVI). *Não estando a edificação de acordo com as restrições negociais, e nem com o projeto aprovado segundo a obediência dessas restrições, impõe-se a correção das irregularidade, demolindo-se a parte da construção em desacordo com tais restrições* (Apelação Cível n. 63.745-4 – Barueri – 9ª Câmara de Direito Privado – Relator: Ruitter Oliva - 21.10.1997 - V.U).

DIREITO DE CONSTRUIR - Loteamento - Restrição convencional imposta pelo loteador - Prevalência sobre posterior lei de zoneamento mais liberal - Aplicação dos arts. 6º, V, da Lei 6.766/79 e 39 da Lei municipal 8.001/73 - Declarações de votos vencedor e vencido. As restrições convencionais impostas pelo loteador ao direito de construir em loteamento prevalecem sobre posterior lei de zoneamento mais liberal (Ap. 394.624-9 – 2ª C. – j. 14.12.88 - rel. Juiz Bruno Netto – RT - 639/105).

COMINATÓRIA - Posturas edilícias - Loteamento - Existência de convenção vedando a utilização de lotes para fins, que não os residenciais - *Prevalência das restrições convencionais, mesmo após e edição de nova lei de zoneamento* - Art. 5º, XXXVI da CF - Procedência - Embargos infringentes rejeitados - Voto vencido (EI 394.624-9-1 - 2ª Câm. - Rel. Juiz Barreto de Moura – J. 31.5.89 – m.v.).

LOTEAMENTO - Edificação - *Restrição convencional imposta pelo loteador - Prevalência sobre leis urbanísticas mais liberais, que a sucederam* - Descaracterização da via pública pela predominante atividade comercial - Inocorrência - *Levantamento de construções em desacordo com o artigo 39 da Lei Municipal n. 8.001/73* - Insuficiência para a liberação das exigências municipais, sob o prisma de isonomia - Alvará de construção indeferido - Direito líquido e certo inexistente - Ordem denegada - Recurso não provido - Voto vencido. (Apelação Cível n. 53.413-5 – São Paulo – Apelante: Mário Branco Peres – Apelado: Secretário Municipal de Habitação e

Desenvolvimento Urbano, Voto n. 2.325).

CONSTRUÇÃO – Alvará – Motel e "drive-in" – Indeferimento – Loteamento destinado a sítios de recreio com indicação de sua finalidade no memorial descrito – Dever da Municipalidade de pugnar pela obediência às restrições convencionais – Voto vencido. (Ap. 200.563-1/10, 8ª Câmara Cível, j. 1.12.1993, relator designado Des. Fonseca Tavares, vencido o Des. Felipe Ferreira – RT 706, agosto/1994, p. 69).

Percebe-se, portanto, que o Tribunal de Justiça de São Paulo possui antiga e sólida jurisprudência que reconhece, inequivocamente, a validade das limitações convencionais urbanístico-ambientais de cunho contratual, porém mais restritivas que a legislação urbanística (= regra da maior restrição).

Estou convencido de que o STJ deve prestigiar e ratificar esse entendimento, à luz do art. 572 do Código Civil (art. 1.299, do Código Civil atual) e dos arts. 26 e 45 da Lei Lehmann (Lei 6.776/1979).

16. Obrigação *propter rem* e o aspecto registral: distinção entre matrícula e registro

Outro ponto a ser abordado, tão bem posto pelo Ministro Castro Meira, por ocasião dos debates orais, é o de que, em relação aos bens imóveis, os cartórios são responsáveis pelos atos de matrícula e registro.

Em breve síntese, a matrícula é *única* e pode ser descrita como a “carteira de identidade” do imóvel, nela devendo constar todas as informações relativas ao bem (localização, descrição, propriedade, etc). Os eventos imobiliários referentes à matrícula são inscritos mediante *registro*, como, por exemplo, a alteração do proprietário.

Todas as vezes que se leva uma escritura de compra e venda ou de hipoteca de um imóvel ao Cartório, o documento será registrado na matrícula do imóvel, ou seja, os dados referentes ao negócio jurídico serão anotados na matrícula do bem ao qual diz respeito.

Assim, pode-se dizer que o registro é acessório à matrícula e, por

natureza, pode ser múltiplo.

Pois bem, os atos do loteamento devem ser averbados na matrícula do imóvel, conforme o art. 18 da Lei Lehmann. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, fixadas pelo loteador, são publicizadas nesse momento, arquivando-se o contrato-padrão (inciso VI).

As alienações subseqüentes, por sua vez, são apenas *registradas* na matrícula, no Cartório de Imóveis.

Os registros das alienações posteriores indicam sucintamente os dados da operação (João vende o imóvel para Pedro, por exemplo), *mas não repetem todas as informações da matrícula* (incluindo as restrições convencionais), até porque, nos termos do art. 231, I, da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973), "no alto da face de cada folha será lançada a matrícula do imóvel, com os requisitos constantes do art. 176, e no espaço restante e no verso, serão lançados por ordem cronológica e em forma narrativa, os registros e averbações dos atos pertinentes ao imóvel matriculado".

Esse aspecto não passou despercebido pelo crivo do Ministro Castro Meira, julgador experiente e jurista primoroso, quando afirma que "o *caput* do art. 26 faz expressa referência ao art. 18 da Lei nº 6.766/79, que é exatamente o dispositivo que distingue os dois instrumentos, ou seja, a matrícula e o respectivo registro"; e arremata: "é suficiente que se repita o número da matrícula em cima, que as restrições já existentes subsistem independentemente de constar taxativamente no instrumento do registro de imóveis".

Despropositada, pois, a alegação de que as restrições convencionais não constaram do contrato de compra e venda firmado pela construtora do imóvel em análise, quando da sua aquisição. Por essa razão, a CCK defende que não saberia das restrições convencionais vigentes sobre o imóvel.

Se agisse com boa-fé ou com genuíno zelo empresarial, bastaria à construtora incorporadora analisar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que incidem sobre o bem, providência simples e feita por qualquer comprador, mesmo pessoas físicas, com o intuito de assegurar que não comprem "gato por lebre", para usar uma expressão popular.

Superior Tribunal de Justiça

Seria absurdo imaginar que a omissão do alienante e do adquirente, que não fizeram constar as restrições do contrato de compra e venda, tivesse o poder de eliminar do mundo jurídico as regras fixadas por ocasião do loteamento e constantes na matrícula do imóvel.

Nem se diga que as obrigações convencionais são apenas do primeiro adquirente do imóvel. Não custa repetir à exaustão: irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe – *nemo dat quod non habet*.

O Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão unânime, da relatoria do Des. Antonio Carlos Alves Braga, assim se posicionou:

EMENTA - Procedimento de dúvida - Escritura Pública de divisão amigável de lote - Registro - Inadmissibilidade - Imóvel situado em loteamento, cuja inscrição veda o desdobro - Restrição Urbanística que prevalece, não obstante a acenada aprovação municipal do refracionamento - Supremacia dos limites convencionais inscritos, cujas regras são supletivas da legislação pertinente - Recusa confirmada - Recurso não provido (Ap. Cível 22.300-0/0, j. 11.5.1995).

Segundo o acórdão, "A despeito da licença municipal obtida, pendem, na hipótese vertente, restrições convencionais, entre elas, a vedação do desdobramento de lotes, a ensejar o motivo da acertada recusa, na consideração de que a restrição segue o

Superior Tribunal de Justiça

imóvel, independentemente da mudança de titularidade, pois almeja obter o padrão urbanístico planejado para aquela urbanização". É a natureza *propter rem* dessas restrições convencionais, apontada inúmeras vezes neste Voto.

Parece indubitável, por conseguinte, que o dever de cumprir as restrições urbanístico-ambientais convencionais transmite-se junto e inseparavelmente com o imóvel, na esteira do princípio *ad alium transfere potest, quam ipse habet* (= ninguém pode transferir a outrem mais do que possui). Em outras palavras, ao adquirente de lote gravado com restrições convencionais só é cabível aliená-lo, por qualquer forma, com idênticas características e ônus, tal qual recebido, com as mesmas restrições urbanístico-ambientais privadas que o restringiam originalmente e limitavam o direito de construir.

Outra não foi a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão da lavra do Desembargador Galeno Lacerda (cf. Wilson Bussada, *Loteamento e Parcelamento do Solo Urbano Interpretados Pelos Tribunais*, Liber Juris, 1989, p. 3):

RESTRICÇÕES URBANÍSTICAS convencionais legítimas, devidamente arquivadas no Registro de Imóveis e aprovadas pela Prefeitura Municipal. Compromissário que se recusa a firmar escritura com inclusão dessas cláusulas. Culpa também da loteadora, porque não as fez incluir no pré contrato. Interesse público nas restrições. Diante do impasse surgido, rescinde-se o negócio com retorno das partes ao "status quo". Ação procedente em parte. (3ª CC do TJRS, Ap. nº 586.013.856, v.u em 21-8-1986, rel. Des. Galeno Lacerda, RJ-TJRGS – 125/254).

Para o saudoso Professor e Desembargador Galeno Lacerda, "Segundo o art. 6º do Dec. Lei 271, de 28-2-67 que, entre outras providências, dispôs sobre loteamento urbano, 'o loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir a construção em desacordo com as restrições urbanísticas de loteamento ou contrárias a quaisquer outras normas de edificação e urbanização referentes aos lotes'. Essa norma foi ampliada, de modo a abranger também as *restrições contratuais*, pelo art. 45 da Lei 6.766, de 19-12-79, vigente quando da celebração do negócio pelas partes. Essa lei permite expressamente, no art. 26, VII, a inclusão nos compromissos de compra e

venda de 'declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente'. Como se vê, as restrições de loteamento são perfeitamente admissíveis pela legislação e aceitas também pela doutrina". E continua: "No caso em apreço, embora dirigidas ao bem comum, trata-se de restrições convencionais, e não legais como pretende a apelante. De outro lado, *o fato de estarem arquivadas no registro imobiliário não as afasta, apesar de eventualmente omitidas em escrituras posteriores*, como entendem as apeladas. Além disso, não vejo na espécie condição potestativa vedada em lei. Para tanto, seria indispensável que uma das partes ficasse sujeita ao puro arbítrio da outra. Isto, porém, não ocorre na espécie" (grifei).

De toda sorte, como obrigação *propter rem* que se apresentam, as restrições convencionais, exatamente por serem *ambulatorias* (se o bem é transmitido, a obrigação recai sobre o adquirente), acompanham os adquirentes sucessivos.

Saliente-se por último que, conforme a documentação juntada aos autos, verifica-se que a propriedade do imóvel onde se construiu o edifício impugnado somente foi transferida à construtora CCK em 3 de abril de 1996, mais de três meses após a propositura da Ação de Nunciação de Obra Nova. Assim, quem era proprietário antes e nada construíra que violasse as exigências convencionais incidentes sobre o imóvel continuava proprietário, para os fins de direito, quando as obras do edifício foram iniciadas, desrespeitando os ônus contratuais.

17. Vícios de legalidade e de legitimidade levam à invalidade do Alvará de construção

Como muito bem adiantou, na petição inicial, o Doutor Antonio Fernando Pinheiro Pedro, patrono dos autores, "a obra ora nunciada é fruto de um projeto em desacordo com a lei municipal incidente, referente ao zoneamento local, recebendo, entretanto, autorização para edificação emitida por repartição da Municipalidade-requerida, ferindo o princípio da legalidade, denotando, se não uma má interpretação da lei, ou até desconhecimento da mesma, uma total negligência dos

agentes públicos responsáveis” (fl. 6).

Pouco interessa à solução desta demanda indagar a natureza jurídica da licença urbanística, se vinculada ou discricionária, quando vista globalmente. O certo é que, na hipótese dos autos e particularmente da cidade de São Paulo, o ato licenciador, verbalizado por meio de *Alvará de construção* – instrumento pelo qual o agente público “declara que ao particular ficou assegurado o exercício de determinada atividade” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 533) –, tem pelo menos *um elemento absolutamente regrado*, isto é, o dever imposto aos particulares e ao Poder Público de observar as restrições urbanístico-ambientais convencionais, se mais restritivas que as estabelecidas na lei.

À luz desse elemento de vinculação inequívoca, a licença-alvará encontra-se duplamente viciada. Primeiro, o Alvará está eivado de *vício de legalidade* (= desconformidade com as diretrizes objetivas estabelecidas pela norma que o rege), pois o administrador fez tábula rasa da norma municipal que ressalva e assegura as convenções urbanístico-ambientais privadas que sejam mais restritivas que aquelas previstas na legislação (art. 39, alínea “a”, da Lei Municipal 8.001/1973). Segundo, contaminado encontra-se por *vício de legitimidade* (= desconformidade com os princípios e fundamentos axiológicos que regem a moral administrativa e a proteção do interesse público), mormente porque preteriu, em juízo técnico-jurídico, mas também ético, a qualidade urbanístico-ambiental de *milhões de paulistanos* em favor do interesse privado-individual de *um único* incorporador construtor de espigão.

Inevitável, diante dos elementos constantes dos autos, a conclusão de que o servidor que expediu o Alvará de construção o fez com *desvio de poder* ou de *finalidade*, isto é, ao manipular as ocasiões de atuação que, em abstrato, lhe conferem a Lei Municipal 8.001/1973 e a Lei Lehmann, extraviou-se da finalidade cabível, porquanto só lhe era lícito imprimir o *nihil obstat* ao direito de construir, expressado no Alvará agora impugnado, se observadas, como determinado pelo legislador, as restrições convencionais, desde que mais rígidas. Essa a palavra de Celso Antonio Bandeira de Mello, aqui tomada de empréstimo em sua forma quase literal, e da

Superior Tribunal de Justiça

doutrina nacional e estrangeira, praticamente sem discrepâncias (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 970).

Na hipótese dos autos, o servidor do Município era detentor, sim, de competência para licenciar obras e construções, mas não para desconstituir ou revogar, por meio de ato administrativo, restrições convencionais que, por força de norma municipal e federal, foram expressamente acolhidas (na medida de sua maior restrição) e transformadas *a fortiori* em restrições legais em favor de toda a coletividade paulistana.

O que os autores pretendem é impugnar, judicialmente, o Alvará concedido irregularmente, em flagrante mau uso de competência e com finalidade *objetiva* alheia ao interesse público e à orientação legal. Nenhuma novidade aí se identifica, pois é exatamente o que o Judiciário – o STJ em particular – faz diuturnamente em todos os campos da atividade da Administração Pública. Lembra muito bem Maria Sylvia Zanella di Pietro que o “Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da *legalidade* e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da *moralidade*” (*Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 744, grifos no original).

Na atividade vinculada, ou mesmo em relação a *elementos regradados* do ato administrativo discricionário (no caso, o dever de observância de restrições convencionais que fossem mais rigorosas que as legais), o controle judicial, entre nós, como no Direito Comparado, “não suscita nenhuma questão” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Thompson-Civitas, 2004, p. 475). Em tais circunstâncias, ao juiz cabe inquirir não apenas sobre *o que* o órgão está autorizado a fazer, mas também sobre *porquê* e *como* da sua atuação *in concreto*. Em todas essas modalidades de controle judicial, o objetivo não é substituir o juízo político-técnico do administrador por aquele do juiz, mas tão-só “se assegurar que o órgão não abusou de seus poderes no *iter* de emissão de sua decisão” (Alfred C. Aman, Jr., and William T. Mayton, *Administrative Law*, 2nd ed., St. Paul, West Group, 2001, p. 447).

Superior Tribunal de Justiça

Nem se alegue, por outro lado, que o ato administrativo estaria resguardado pela presunção de legalidade e legitimidade, como parece indicar o entendimento esposado pela eminente Min. Eliana Calmon. Ora, tal atributo exige a boa-fé objetiva dos terceiros que pretendem invocá-la e, de toda maneira, não vincula o Judiciário, uma vez deteriorada a legalidade e a legitimidade do ato administrativo, sobretudo quando se depara o juiz com alegação de atuação *ultra vires* do agente público.

Não são poucas, nem menores, as pistas de ilegalidade e ilegitimidade do Alvará expedido, indicativas de que não havia *conditiones juris* para sua regularidade: as restrições convencionais nos bairros-jardim de São Paulo são conhecidas de todos (afinal, seria por milagre que não se encontram arranha-céus nesses bairros?); a Companhia City, loteadora original, não foi consultada, excepcionalmente neste caso, pela Prefeitura sobre a existência de óbices à construção, ao contrário da praxe, sempre seguida; a Procuradoria do Município manifestou-se contra o empreendimento, por ilegalidade; os autores, antes mesmo do início das obras, oficiaram à Prefeitura e, logo em seguida, ajuizaram a Ação de Nunciação de Obra Nova, não tardando, por pouco que seja, a tomar todas as providências que estavam ao seu alcance, indo ao ponto de notificar o Oficial do Registro Imobiliário para não registrar o empreendimento. Enfim, todos os sinais do trânsito da legalidade e da legitimidade estavam vermelhos (e piscando!) para a construtora incorporadora.

Observe-se que a CCK, apesar de pretender construir em área destituída de arranha-céu, não teve a menor curiosidade de investigar, seja no Cartório de Registro de Imóveis, seja com a Companhia City, a loteadora original, se lhe era possível levantar o Edifício Montecarlo no lote que adquirira e que antes estava ocupado por residência unifamiliar, o que em si já demonstra, na origem, sua má-fé e opção por “não saber” ou “não conhecer” o que era de sabença e conhecimento de todos.

Comportamento exatamente oposto ao dos autores, que, como para provar para eles mesmos que não eram idiotas por terem resistido por tantos anos à tentação do lucro fácil, consultaram a Companhia City e dela receberam a seguinte

Superior Tribunal de Justiça

resposta:

Não é permitida a construção de prédio para habitação coletiva nos Imóveis localizados no Bairro Bela Aliança, na Rua Jataí, n° 298, 320 e 324 e Rua Princesa Leopoldina, n° 22, correspondentes, respectivamente, aos lotes de terrenos n° 04, 03 e 02, da Quadra 02, e lote n° 13 da Quadra 30, uma vez que respectivo lotes estão sujeitos às restrições contratuais constantes no 'Contrato Typo de Compromisso de Venda de Lotes', depositado junto ao 5° Cartório de Registro de Imóveis da Capital, juntamente com o memorial e plantas do loteamento, o que se deflui do disposto na alínea 'a', da Cláusula 8ª do referido contrato, que assim dispõe: 'a) no lote comprometido não será construída mais de uma casa que, com as respectivas dependências, se destinar exclusivamente à moradia de uma única família e seus criados, *não sendo permitida a construção de prédio para habitação coletiva* (fl. 233, grifei).

O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantam a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann) e local (Lei Municipal 8.001/1973), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários.

Como muito bem lembrou o Prof. Fábio Konder Comparato, em tais “condições, a expedição do alvará de construção do referido prédio, em flagrante violação das regras urbanísticas oficialmente aprovadas e levadas a público, constitui, sem sombra de dúvida, um ato ilícito cuja consecução *deveria ter sido objeto de inquérito administrativo para a apuração das devidas responsabilidades*” (fl. 1.154, grifei).

Na mesma linha, em manifestação muito bem fundamentada, no curso da Ação Civil Pública, a Promotora de Justiça Beatriz Augusta Pinheiro Samburgo assim se posicionou: “é bom ressaltar que a Municipalidade não poderia ter expedido tal alvará, que é nulo, pois concedido contra a lei. Unilateralmente alterou restrições de construção, com as quais havia *previamente concordado*, o que é proibido por força do art. 28 da Lei 6766/79 (...). Também não pode a Municipalidade alegar desconhecimento das restrições, pois ela própria as admitiu quando aprovou o loteamento da forma em que foi concebido (...). O poder de polícia é conferido à

Municipalidade para limitar e condicionar o exercício de direitos e não para afastar restrições urbanísticas convencionais, autorizadas por lei superior e previamente aceitas por ela própria” (fl. 1446, grifo no original).

Igual a compreensão dos fatos trazida pelo Magistrado de 1º Grau, Fernão Borba Franco: “Desta forma, fica claro que a construção, além dos limites impostos pelas restrições convencionais, é impossível. Também é impossível, pelos mesmos motivos, a concessão de alvará autorizando essa construção ilegal. Da ilegalidade da pretensão em construir além dos limites existentes decorre a ilegalidade da autorização municipal” (fls. 495-496).

18. Desrespeito ao embargo judicial, liminarmente imposto: o STJ como árbitro de conflito que antepõe, de um lado, a força do fato consumado e, de outro, a humilhação do império da lei

Inevitável (e lamentável) é a constatação de que a Construtora-Incorporadora CCK, não obstante todo o empenho dos autores (que levou à concessão de liminar para embargo do empreendimento, confirmada pelo Tribunal de Justiça), tenha conseguido erguer o prédio no local que queria, com a altura e a configuração desejada. E agora brande, no STJ, em seu favor, o *fato consumado* .

O fato consumado, quando resultar de procedimento consciente, destinado a driblar a lei e os seus implementadores, é a própria negação do Direito. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou pretensão de ação inocente.

Nas suas razões de apelação, em 21 de outubro de 1997, a CCK, arrogantemente, afirma que “os apelados poderiam ter lançado mão de medidas

Superior Tribunal de Justiça

nunciativas da obra, *quando esta ainda se encontrava em fase embrionária e não esperado fosse erigida a última laje para pleitear o embargo e posterior demolição*” (fl. 518, grifei). É o algoz culpando a vítima por suas próprias ações, repudiadas judicialmente. Sem deixar de mencionar que, ao dizer o que disse, reconheceu, cabal e implicitamente, que a obra, não obstante a liminar deferida, está concluída!

O que se tem, diante de nós, é fácil de descrever para o leigo, sem necessidade de buscar – como temos sido obrigados a fazer neste Voto – teorias jurídicas complexas e institutos de nomenclatura esquisita, só compreensíveis aos iniciados. Leigos, neste processo, são todos os milhares de lindeiros próximos e vizinhos remotos da obra embargada que, pelas mesmas razões que a empresa CCK afirma desconhecer, deixaram de construir em seus terrenos, conservaram suas residências unifamiliares, resistindo à tentação – que, no Brasil, amiúde compensa – de enfrentar a lei e a oposição dos que se sentem prejudicados para edificar mais do que o permitido, ou de modo diverso do permitido.

Para essa população ordeira e agredida, a presente demanda pode ser resumida na luta entre os cumpridores e os infratores da lei, estes, mais à frente, por vezes com o amparo do Poder Judiciário, rebatizados de espertos, corajosos e empreendedores. Mas não passam de atrevidos. Felizmente, pelo menos nesta demanda, se pode clamar que ainda há juízes! Pois em primeira e segunda instâncias se soube resgatar a marca da cidadania que são as obrigações assumidas por particulares em favor da coletividade.

A ser diferente, que lição transmitiremos aos milhares de proprietários que, sossegada e pacificamente, cumpriram, e vêm cumprindo, por dezenas de anos, as restrições urbanístico-ambientais vigentes em São Paulo e em incontáveis cidades espalhadas por este imenso Brasil, da Amazônia aos Pampas?

Nem se diga que os moradores só se mobilizaram após a obra estar construída. Suas objeções datam de *antes* do início das obras, atrás demonstramos. A própria petição inicial da “Ação de Nunciação de Obra Nova com Pedido de Liminar de Embargo Cumulada com Pedido de Anulação de Alvará de Construção” indica que, administrativamente, foram expedidos ofícios ao Secretário Municipal de Habitação,

Superior Tribunal de Justiça

“solicitando cuidado na concessão de alvarás de construção na área da City Lapa”, comunicação esta que nem sequer foi respondida.

Realmente, em 14 de agosto de 1995, antes do início das obras (o alvará da prefeitura é do mesmo mês), a Associação de Amigos e Moradores pela Preservação do Alto da Lapa e Bela Aliança enviou longo e minucioso ofício ao Secretário da Habitação da Prefeitura, dando conta de que, dias antes, tomara “conhecimento da venda para uma Construtora de casa localizada na Rua Princesa Leopoldina, nº 207, correspondente ao lote 13 da quadra 30 do loteamento 'Alto da Lapa', onde concretamente estão estudando a viabilidade econômica de se incorporar e construir no local PRÉDIO DE HABITAÇÃO COLETIVA. A pretensão da construtora em erigir naquele local um prédio de apartamentos contraria condições expressas impostas pela loteadora Companhia City, no plano de loteamento do bairro 'Alto da Lapa', que impõe restrições gerais de vizinhança de ordem urbanística e, entre essas, a impossibilidade de construir no lote do empreendimento *prédio de habitação coletiva*” (fl. 58, grifos no original).

Além disso, procederam à notificação do Oficial Maior do 10º Cartório de Registro de Imóveis da Capital “para que não autorize o registro de qualquer incorporação imobiliária para construção de PRÉDIO DE APARTAMENTOS no imóvel sito à rua Princesa Leopoldina, 221, no Alto da Lapa” (fl. 63, grifo do original).

Não satisfeitos, antes ainda das obras foi ajuizada a presente Ação de Nunciação de Obra Nova, quando os incorporadores e construtores, em “quatorze de janeiro de 1.996, trataram de instalar equipamentos de 'bate-estacas' e introduziram caminhões para escavação do terreno, atos que configuram o início da obra” (fl. 6). As fotos juntadas com a Petição Inicial cabalmente demonstram que os operários não haviam sequer concluído a remoção dos restos da residência derrubada e os troncos das árvores cortadas (fls. 88-109).

A liminar de embargo da obra foi deferida em 18 de dezembro de 1996, fls. 306/307, quando nem mesmo o piso térreo do edifício estava concluído (cf. fotos de fls. 365-371).

Superior Tribunal de Justiça

Por sua vez, a Ação Civil Pública do “Movimento Defenda São Paulo” foi proposta em 8 de outubro de 1996, com fotos que demonstravam que a obra não passava de seus andares iniciais, fl. 75-84 (Anexo). A liminar e o mandado foram cumpridos em 26 de dezembro, mas completamente ignorados pela construtora, como indica petição do Movimento, que noticia, em 15 de janeiro de 1997 (aí a obra já contava com cinco andares concluídos e um sexto em construção), que “a obra em regular andamento, *circunstância que denota evidente descaso do réu para com a decisão judicial contra ele prolatada*. Tal situação pode ser observada por Vossa Excelência através das fotografias do local que ora se anexa, as quais foram tiradas no dia 9 de janeiro último (quinta-feira), consoante demonstra o periódico ora juntado, presente nas fotografias” (fl. 128, grifei).

Em 15 de dezembro de 1997, com reiteração em 19 de fevereiro de 1998, a empresa, então, pediu o “levantamento do embargo” ou, alternativamente, autorização para “a realização, pelo menos, das obras de manutenção, a fim de que a solidez do empreendimento reste garantida, evitando-se, assim, qualquer risco de desmoronamento e, conseqüentemente, de prejuízo à vizinhança” (fl. 579) e que “lhe fosse autorizada a realização das obras de manutenção no empreendimento embargado”, sobretudo “tendo em vista as fortes e constantes chuvas que castigam impiedosamente a cidade” (fls. 662/663), no que foi atendida. Juntou fotos (fls. 666/671) em que se vê – não obstante o embargo vigente – que seis andares já estavam levantados, com obras iniciadas no sétimo! A empresa, em outro pedido de reconsideração, dava conta de que o edifício “se encontra na *última laje* de construção” (fls. 452-453, grifei), daí a necessidade de “determinar-se a continuidade da obra”.

Tudo isso considerando que a interdição permanece em vigor até os dias atuais, pois, após a reunião das duas ações, o Juiz, em 28 de julho de 1997, decidiu manter “a decisão concessiva de liminar que suspendeu o andamento das obras, pelos fundamentos nela constantes” (fl. 454), o que veio a ser confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 519/522, anexo).

19. A pergunta final: por quê?

O STJ é uma Corte de teses jurídicas. Mas isso não quer dizer que seus membros se recusem a ver os fatos como eles são, sobretudo aqueles que vagam, como corpos sem alma, abandonados ao relento por teses jurídicas assépticas e elegantes, que escondem a identidade e a realidade dos matizes da vida, condenando-as ao destino de eternos párias do mundo concreto, que é choramingar atenção do juiz.

Digo isso porque aqui não se tem apenas um confronto teórico entre teses jurídicas esposadas por diferentes julgadores de Tribunais distintos ou até de um mesmo Tribunal Superior, que, atuando de boa-fé, com genuíno desejo de contribuir para a efetividade do Direito e inspirados nas suas concepções jurídicas e modo de enxergar o mundo, procuram fazer justiça no caso concreto.

Há, neste processo, indagações para as quais não encontro respostas satisfatórias, até porque não disponho, diante de mim, dos elementos fáticos e da convicção que orientaram as decisões de 1º Grau e do Tribunal de Justiça de São Paulo. Creio que, talvez por conta dessas dificuldades em que me encontro como Relator, não seja pecado, nem violação do meu múnus de julgador ou da essência da função técnica do STJ, verbalizá-las, pelo menos para que fique, a quem interessar, a pálida constatação de que aqui não está um juiz cego, incapaz de perceber as mazelas do uso pervertido, pelos particulares e administradores, do sentido da lei, que a todos deveria proteger e garantir igualmente.

Na falta de respostas, deixo e repiso um rol de perguntas, cabisbaixo como juiz por não ter os elementos para enfrentá-las: por que se permitiu a construção apenas do espigão da recorrente, circundado por um tapete de casas de um ou dois andares, residências unifamiliares? Por acaso não estariam legitimados os outros proprietários a fazer o mesmo, isto é, ampliar horizontal e verticalmente suas oportunidades de construir em seus terrenos? Como qualificar – e encarar – esses proprietários que, ontem e hoje, e certamente também amanhã, pagaram e lutaram precipuamente para conservar os atributos urbanístico-ambientais de dois bairros,

Superior Tribunal de Justiça

jogando fora oportunidades e negócios imobiliários que seriam uma verdadeira mina de ouro?

Há mais a perguntar. Por que, no caso, o órgão licenciador, fugindo à regra e ao costume, não indagou à City Lapa, a empresa loteadora, se havia óbice à construção? Finalmente, por que se ignorou o parecer do ilustre e conhecido Procurador do Município, Celso Coccaro, que, ao ser consultado anteriormente, manifestou-se contrariamente ao projeto, agregando exatamente os pontos levantados neste Voto? Ignora-se a razão pela qual um funcionário do escalão mais baixo da Prefeitura tenha preferido afastar essas ponderações jurídicas do seu principal consultor.

Poder-se-ia argumentar que, aqui, temos ecos de velhos tempos, equívocos administrativos que não mais se repetirão. Sim, passaram-se já mais de dez anos, mas isso não nega a constatação de que o Alvará ilegal foi concedido em plena vigência da Constituição de 1988, durante a gestão do Prefeito Paulo Salim Maluf. Um texto constitucional que, além de reconhecer, de forma expressa, os *princípios da legalidade e da moralidade administrativa*, abraçou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à cidade.

A existência do Alvará municipal em nada altera a compreensão dos fatos e da lei que aqui se esposa. Ao contrário, dramatiza a necessidade de intervenção judicial, pois é exatamente quando o administrador se desvia de seus deveres-poderes que mais se justifica a presença e a atuação do Poder Judiciário, mormente em lides em que se digladiam interesse público e interesse privado de natureza estritamente comercial. Nem se alegue boa-fé. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, técnica ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância do que é de conhecimento público, mesmo dos cidadãos comuns.

Esse um tema que já foi levado ao Judiciário, inclusive em São Paulo (Apelação Cível 252-6/1, da Comarca da Capital, relatada pelo Desembargador José

Mário Antonio Cardinale, grifei):

A Lei nº 6766/79 possibilita ao loteador a inserção no contrato padrão de compromisso de compra e venda e nos contratos de cessão de restrições urbanísticas supletivas da legislação pertinente, instruindo tal contrato o processo de registro do desmembramento devidamente aprovado.

(...)

As leis urbanísticas geralmente estabelecem requisitos mínimos que podem ser convencionalmente majorados.

(...)

É possível, portanto, haver previsão de restrições urbanísticas convencionais mais gravosas que as previstas em legislação municipal, as quais devem prevalecer ainda que haja aprovação da Prefeitura do desdobro do lote, desde que não haja colidência da limitação convencional com a lei municipal.

(...)

O fato de a Municipalidade aprovar o refracionamento de lote de modo oposto à restrição convencional *não é apto a infirmá-la. Trata-se de autorização administrativa, com reflexo urbanístico e também registrário, mas que não significa, por si só, superação dos limites convencionais inscritos.*

O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará a si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar os erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar a cidade sustentável.

Pertinente aqui a lição de Lewis Mumford, em sua obra clássica já citada, quando, após reconhecer que a cidade passou por muitas mudanças nos últimos 5 mil anos, adianta que continua a precisar de inovações; contudo, não daquelas associadas à “extensão e perfeição do equipamento físico”, pois melhorias significativas só virão quando a ela aplicarmos “uma dedicação renovada aos processos cósmicos e ecológicos que abraçam todos os seres” (*Ob. cit.*, p. 575).

Que prova maior de traição aos “processos cósmicos e ecológicos que

abraçam todos os seres” do que pôr abaixo a qualidade urbanístico-ambiental da City Lapa, em favor de uma única construtora e em prejuízo de milhões de pessoas?

20. Conclusão

Verifico, portanto, que o Tribunal de origem, ao reconhecer a validade da restrição convencional maior que a legal, expressamente admitida pela legislação municipal (= regra da maior restrição), isto é, o art. 39 da Lei Municipal 8.001/1973, com a redação que lhe deu a Lei 9.846/1985, interpretou adequadamente o art. 572 do Código Civil revogado, bem como o art. 26, inciso VII, da Lei 6.776/1979, razão pela qual não há violação à legislação federal.

Diante do exposto, **no mérito, nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0014094-7

REsp 302906 / SP

Números Origem: 3996 936075

PAUTA: 23/03/2010

JULGADO: 23/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA
ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Herman Benjamin e da retificação do voto do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso e da ratificação de votos dos Srs. Ministros Eliana Calmon e Humberto Martins, dando provimento ao recurso, constatado o empate, a Turma decidiu pela renovação do julgamento com a convocação do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do Art. 162, § 3º, do RISTJ."

Brasília, 23 de março de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 302.906 - SP (2001/0014094-7)

VOTO-DESEMPATE

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Sr. Presidente e demais colegas, não poderia deixar de apresentar minhas conclusões sobre este caso sem antes fazer um intróito, e o faço porque penso que toda esta situação que agora o Superior Tribunal de Justiça está enfrentando pode representar um dos julgados mais emblemáticos sob pelo menos dois pontos de vista.

Festejo a hipótese como uma amostra concreta das (boas) possibilidades que a ação civil pública tem a desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um mecanismo de proteção aos direitos coletivos em sentido lato tão antigo, anterior mesmo à Constituição da República vigente, editado em uma época de abertura política sim, mas ainda de governo ditatorial, porém imensamente banhado pelo espírito democrático que marcou e marca as gerações pré e pós-1988.

Verdade que, hoje em dia, com o crescimento da produção legislativa de tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, casos como o presente multiplicam-se no Judiciário. Também não é menos verídico que a Lei n. 7.347 é de 1985. Mas é importante festejar o aniversário de 25 anos da Lei da Ação Civil Pública – comemorados em 24 de julho passado próximo – observando que, mesmo há muitos anos, ainda nos idos de 1996 (data de protocolo da presente demanda), a coletividade já demonstrava a extraordinária capacidade e também a real necessidade normativa deste instituto.

É estimulante perceber que o Processo Civil pode contribuir para a união de moradores de um bairro de uma cidade extremamente cosmopolita e multifacetada como é São Paulo, tudo em prol de interesses urbanísticos comuns. Demandas como esta de todo me sensibilizam porque expõem aquilo que de melhor se pode aproveitar do Direito, que é sua aptidão para, se não mudar completamente, ao menos conformar certos fatos ao interesse público. Para quem pensou um dia que o cinza paulista poderia significar metaforicamente apatia ou distanciamento em relação a problemas do meio ambiente urbano, ledo engano.

Brindo ainda à atuação das partes durante todo o feito. Aprendi com S. Exa., a Min. Eliana Calmon – cuja futura ausência na composição desta Turma já venho me lamentando

Superior Tribunal de Justiça

durante todo este ano – que os membros do Superior Tribunal de Justiça, no afã de dar cumprimento à digna missão uniformizadora que lhe foi atribuída pela Lei Maior, não devem se perder em analisar fatos e provas, ficando, assim, adstritos aos termos do acórdão recorrido, à forma como lá constam os fatos e as provas.

Apesar de querer ser um bom discípulo, sinto que, aqui, falhei. Não pude resistir à tentação de, ante o vasto espectro social da controvérsia, dar uma olhada criteriosa nos autos, de maneira muita atenta e minuciosa. Percorri desde a inicial até os últimos memoriais que recebi. Não tenho a experiência de outros membros desta Turma como magistrado, mas em dois anos de Corte tenho a certeza de uma coisa: não são poucas as vezes em que nos deparamos com autos de dez, quinze ou vinte volumes, muitos destes são plenos de técnica e ética; outros, nem tanto.

O que se tem nos autos deste especial que ora apreciamos é um exemplo. Cinco volumes de muito conteúdo jurídico, muita lealdade processual e muita combatividade, tudo com alta dose de pragmatismo e profissionalismo. É positivamente espantosa a tarefa de analisar todas as petições protocoladas pelas partes: o grau de zelo, de informações técnicas de todas as espécies, enfim, a fertilidade do debate jurídico que se travou nas instâncias ordinárias, coroada, agora, com o recurso especial, os memoriais e as sustentações no Superior Tribunal de Justiça.

Só posso dizer que é um prazer poder ter participado deste julgamento, ainda mais na qualidade de voto desempate no mérito. Um prazer e também um desafio, em razão de tudo quanto já exposto até o momento – seja pelas partes, seja pelos colegas.

Feitas essas considerações preambulares, passo ao exame do especial.

Gostaria, inicialmente, de resumir as conclusões da origem acerca da controvérsia que se instalou nos autos.

Com base nos arts. 5º, inc. XII, da Constituição da República de 1988 (CR/88), 572 do Código Civil de 1916 e 39 da Lei municipal n. 8.001/73 (na redação dada pela Lei n. 9.846/85), o acórdão recorrido entendeu que as restrições convencionais deveriam prevalecer em face da legislação municipal, uma vez que esta teria acolhido a tese da prevalência da

Superior Tribunal de Justiça

norma (convencional ou não) mais restritiva. Mantida, pois, a sentença.

A parte ora recorrente opôs embargos de declaração sustentando basicamente, além da violação aos arts. 128 e 535 o Código de Processo Civil (CPC), os mesmos pontos que levantou no especial, a saber:

- (i) a aplicação, às obrigações *propter rem*, da cláusula *rebus sic standibus*, com atenção para o fato de que as finalidades que subjaziam ao loteamento da área controversa na época da instituição das restrições (1935) não mais subsistem nos dias atuais (alegada ofensa ao art. 882 do Código Civil);
- (ii) a prevalência do interesse público no parcelamento, uso e ocupação do solo (dita malversação ao art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC);
- (iii) o reconhecimento de direito adquirido à edificação, devendo-se, na espécie, substituir a demolição por eventual indenização (violação do art. 5º, inc. XXIV, da CR/88); e
- (iv) a existência de dissídio jurisprudencial a ser sanado.

De início, é de se notar que, salvo a apontada ofensa aos arts. 128 e 535 do CPC – que, adiantado, reputo inexistente, aderindo, aí, à fundamentação dos que me antecederam –, entendo que nenhuma das teses ventiladas foi objeto de prequestionamento, o que vetaria seu conhecimento por esta Corte Superior. De resto, a questão da violação a dispositivo constitucional também não é da competência do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, este ponto já foi objeto de votação pela Turma – votação da qual não participei –, alcançando-se quórum pelo enfrentamento do mérito.

O Min. Herman Benjamin, Relator, em seu voto, delimitou o mérito da demanda a partir da proposição de três questões jurídicas, com foco no especial, as quais transcrevo:

- (a) são admissíveis, no Direito brasileiro, as restrições convencionais ao direito de propriedade e, sobretudo, ao direito de construir?
- (b) se afirmativa a resposta ao item anterior, podem tais restrições convencionais ser afastadas pelo legislador, com a edição de controle *menos* ou *mais* rigoroso ao direito de construir?
- (c) se cabível a flexibilização ou o relaxamento das amarras convencionais mais rigorosas pela lei posterior menos restritiva, quais seriam os pressupostos e limites para tal?

Esses foram os pontos centrais da argumentação jurídica travada entre a Relatoria, acompanhada pelo Min. Castro Meira, e a divergência, inaugurada pela Min. Eliana Calmon e seguida pelo Min. Humberto Martins. Pouco meu posicionamento de outros trechos de todos os votos para evitar repetições em demasia e venho logo responder a tais perguntas.

Nenhum direito subjetivo é absoluto, especialmente direitos patrimoniais

Superior Tribunal de Justiça

disponíveis, como o direito de propriedade e o direito de construir. Não se trata apenas de um dogma jurídico, mas de um comando constitucional explícito, a teor do inc. XXIII do art. 5º da CR/88.

A propriedade necessariamente atenderá sua função social e o faz de diversas formas. O próprio Texto Constitucional é rico em exemplos. Para a propriedade urbana, aplica-se o art. 182 da CR/88, que erige o plano diretor como vetor de aferição do cumprimento da função social.

A partir desta escolha constitucional, pontuo que, *a priori*, a cultura legislativa paternalista do Brasil leva a crer que apenas o plano diretor, apenas e tão somente a lei, pode ser instrumento de cumprimento da função social. Tanto é assim que não só as três perguntas idealizadas pelo Relator, bem como a realidade destes autos, demonstram a perplexidade que a elaboração de restrições convencionais causa nos particulares, como regra. Ora, tem-se aí perplexidade descabida por qualquer ângulo em que se olhe a temática.

Em primeiro lugar porque, como já disse antes, a propriedade é marcada em último grau pela disponibilidade. Se é direito patrimonial disponível, em tese e salvo ilegalidades comissivas ou omissivas, limitações convencionais são plenamente admissíveis.

Em segundo lugar porque é a própria lei que habilita diversos meios concorrentes para a concreção da função social da propriedade, e um deles é a iniciativa privada. Digo isto à luz do que dispõe o art. 2º, incs. I, II e III, da Lei n. 10.257/01, não vigente à época dos fatos, mas que traduz a mentalidade subjacente à criação do City Lapa. Dizem as referidas normas (**negritos acrescentados**):

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a **idades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, **para as presentes e futuras gerações**;

II – **gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade** na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – **cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização**, em atendimento ao interesse social;

Superior Tribunal de Justiça

Parece-me, assim, que as restrições convencionais são plenamente admissíveis no direito vigente – para dizer o menos (= necessárias e exultadas). Mas, para não incorrer na tentação de justificar uma política urbanística de vanguarda (datada, frise-se, de 1935) com legislação editada no início do século atual, vou mais além, em digressão retrospectiva.

A Lei n. 6.766/79 (quase vinte anos antes do Estatuto da Cidade, mas ainda não vigente em 1935), regulando o parcelamento do solo urbano, já dispunha acerca de eventuais restrições convencionais, reputando-as, entretanto, meramente supletivas das legalmente impostas (art. 26, inc. VII).

(Pois bem: as mudanças de perspectivas são constantes no mundo jurídico. Basta lembrar que a LICC também dizia, com aplausos da doutrina, que os princípios só poderiam ser aplicados no silêncio da lei, e, hoje, não há debate acadêmico ou jurisprudencial que prescindia da invocação de princípios...)

A postura era, pois, substancialmente diversa. A legítima aptidão para a promoção da sustentabilidade das cidades que, em 2001, passou a ser concorrente entre governo, iniciativa privada e população interessada, antes era hierarquizada, assumindo a convenção papel coadjuvante.

Volto ainda mais no tempo, agora sim para tratar de legislação em vigor na época em que firmado o loteamento do bairro, elaborado contrato-tipo do City Lapa e travado o pacto de compra e venda do lote impugnado – tudo entre 1935 e 1940.

Segundo o art. 572 do Código Civil de 1916, “[o] proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Esta é uma norma multi-invocada nos autos, seja pela parte recorrente, seja pela parte recorrida, seja pelos votos antecedentes.

Curioso ressaltar que, no início do século passado, sessenta anos antes da Lei n. 6.766/79, as restrições convencionais sequer eram previstas de modo expreso (vedadas ou permitidas).

O art. 572 do CC/1916, embora bastante largo, não tem nenhuma vocação para vedar

Superior Tribunal de Justiça

qualquer restrição convencional. E, como se sabe, no aspecto privado do Direito, no silêncio da lei, via de regra, tudo aquilo que não é vedado, é admitido (art. 5º, inc. II, CR/88).

Nessa esteira, entendo que desde sempre as restrições urbanísticas convencionais são legítimas à luz do ordenamento jurídico vigente, alterando-se, apenas, o grau de importância que assumem para o planejamento de cidades sustentáveis.

Se são legítimas, é necessário investigar qual é a interação que tais limitações desenvolvem com a legislação. Este é o caminho que propõe a relatoria, acompanhada dos demais colegas da Segunda Turma. Vou segui-lo.

Começo, no ponto, reiterando o que sustentei linhas acima: no âmbito privado, o silêncio normativo equivale à autorização (princípio da legalidade).

Assim sendo, entendo que a resposta à segunda pergunta formulada é simples e direta e vale para todo o Direito (não só para o direito de construir): salvo abuso, as restrições podem ir até onde a lei é silente ou permissiva; na expressa proibição, prevalece a lei. E aí entendo que o conteúdo da lei, se mais ou menos restritiva, é irrelevante. Não podemos aplicar este parâmetro. A lógica é bem outra, e permito-me expô-la já em consideração à terceira pergunta elaborada pela relatoria.

Problema não é saber até onde podem ir as convenções – porque estas podem ir até onde a lei não foi. Problema é saber até onde a *lei* pode validamente ir.

Penso que, neste ponto, tudo se resolve guardando-se atenção ao que dispõe o **art. 5º, inc. XXXVI, da CR/88**, dada a proteção que confere ao **ato jurídico perfeito**. Explico.

Para melhor compreensão da assertiva anterior, é indispensável rememorar parte dos fatos relacionados à demanda.

Antes, ainda, uma advertência: o acórdão é pobre na narrativa fático-probatória. Contudo, o julgado objeto do especial é expresso e claro ao afirmar o que as restrições urbanísticas convencionais referentes ao loteamento e a que faz menção a inicial constavam da matrícula registro do imóvel (da mesma forma o faz a sentença), sendo, portanto, de conhecimento da ora recorrente. Leiam-se os seguintes trechos, o primeiro da sentença e os

demais do acórdão:

Ponto controvertido de fato não há, pois **é fato incontroverso a existência das restrições convencionais devidamente registradas.**

Conseqüentemente, quem adquire o terreno, do loteador, ou dos sucessores, deve observância a todas as restrições convencionais, ainda que omitidas nas escrituras subsequentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização.

A restrição à construção está cônsona com a lei municipal de regência, **sempre teve a necessária publicidade**, ao que se colhe todos os proprietários a ela se sujeitaram [...].

Bem, e quais são estas restrições no caso concreto? Volto aos documentos constantes dos autos, mas apenas para transcrevê-las e valorá-las, sempre lembrando serem insindicáveis, na via do especial, as conclusões do acórdão e da sentença acerca da plenitude do registro das mesmas, na forma da Súmula n. 7 desta Corte Superior. São elas as que se seguem:

EXCERTOS DO CONTRATO-TIPO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

[...] que sobre o terreno não existem servidões activas ou passivas, nem outros onus reaes ou quaesquer outras restricções ao direito de propriedade, **a não serem as referidas na cláusula 12a.**

EXCERTOS DA ESCRITURA DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DO LOTE CONTROVERSO, ENTRE OUTROS, LAVRADA EM 1940

9a) O compromissário obedecerá sempre e rigorosamente, as seguintes obrigações, pactuadas como condição essencial do presente contrato: a) no lote comprometido, não será construída mais de uma casa que, com as respectivas dependencias, se destinará exclusivamente à moradia e não poderá ser adaptada ou usada para fins comerciais. **Não será permitida a construção de predio para habitação coletiva.** [...] g) os terrenos submetidos as obrigações, nesta clausula pactuadas, são os seguintes, alem daquele que é objeto do presente contrato: - 4, 5, 13 e 15 da quadra 30 e 11 da quadra 31. [...]

12a) Este contrato ficará rescindido, perdendo o Compromissário quaisquer pagamentos realizados e as construções e benfeitorias feitas, que ficarão, desde logo pertencendo ao imóvel, que restituirá imediatamente à Companhia City, sem direito a indenização de qualquer espécie, nos seguintes casos: [...] c) **si desobedecer a qualquer das condições constantes da clausula 9a.** [...]

16a) **O presente contrato é extensivo aos herdeiros e sucessores das partes contratantes.**

O que se observa da leitura atenta dos trechos acima destacados é que a real intenção do loteador era limitar o direito de construir dos promitentes-compradores e de seus sucessores a edificações de natureza unifamiliar (vedada, assim, a construção de edifícios, como o que ora se pretende demolir).

Superior Tribunal de Justiça

Por tudo quanto já dito linhas acima, estas limitações convencionais eram plenamente válidas a teor do art. 572 do Código Civil de 1916, única norma aplicável aos fatos no momento em que estes se sucederam.

Rememorando: o art. 572 do CC/1916 não vedava restrições convencionais ao direito de construir e, com base no art. 5º, inc. II, da CR/88, no âmbito privatístico, ausência de lei proibitiva é equivalente a beneplácido normativo.

Apenas para não deixar a possibilidade de abuso de direito meramente tangenciada, acredito, no mais, que as já mencionadas limitações convencionais ao direito de construir foram pensadas e instituídas fora da abrangência do abuso de direito – o que, em tese, também poderia vir a caracterizá-las como ilegais.

Sobre isto, anoto que os autos estão fartos de documentos eminentemente técnicos, pareceres de urbanistas e arquitetos, que dão conta de que a companhia loteadora, a *City of São Paulo Improvements and Freehold Land Company, Limited*, longe de seguir no caminho especulativo que já permeava o cenário local, foi uma visionária na implementação no conceito de “bairro sustentável”, evitando, com planejamento urbano criterioso, os problemas que, no futuro, poderiam assolar (e verdadeiramente assolam!) a população residente.

Enfim, a loteadora teve como escopo o resguardo da qualidade de vida do bairro – como uma unidade independente – e de seus moradores, inclusive com atenção à evidência de que a preservação estética e ambiental são fatores que contribuem para tanto. Como se vê, uma finalidade claramente social.

Curioso apontar que, no especial, a empresa recorrente defende, sob a premissa de incidência do art. 882 do CC/1916, que a perpetuidade das restrições convencionais é incompatível com o crescimento da cidade, com a mudança no perfil de necessidades da população. São palavras retiradas do especial:

Tratando-se de obrigação *propter rem*, ainda assim questionável a sua obrigatoriedade, já que, quanto à sua duração, nada há que determine a sua eternidade, mesmo porque, adiante-se, proclamada a aplicação, *in casu*, da cláusula *rebus sic standibus*, levando-se em consideração, de um lado a finalidade de então (época da instituição das restrições), e de outro as necessidades atuais que, em descompasso, autorizam o desfazimento e, bem assim, a cessação dos efeitos.

Superior Tribunal de Justiça

Quero crer que, diante tudo quanto se colhe da realidade noticiada em reportagens escritas e televisionadas, nenhum outro argumento poderia voltar-se tanto contra a parte que o enuncia quanto este.

É que, se em 1940, já era possível diagnosticar em São Paulo a obrigatoriedade de vencermos questões problemáticas referentes ao meio ambiente e à estética urbanística, o que se dirá hoje em dia, com constantes enchentes, desabamentos, ilhas de calor e poluição?

Por isto, afasto eventual alegação de abusividade das cláusulas contratuais restritivas do direito de construir – abuso de direito este permeável ao princípio da legalidade, porque a conduta, ainda que não vedada, poderia ser abusiva sob outras perspectivas – e também a alegada necessidade de revisão das mesmas sob o pálio da atual conjuntura urbana de São Paulo.

Toda esta digressão serve, a meu sentir, para demonstrar que a discussão acerca dos limites e possibilidades dos direitos de propriedade e de construir encerra-se quando fica fixada a validade das restrições urbanísticas convencionais – seja pelo silêncio do Código Civil de 1916 (vigente à época do loteamento e do primeiro compromisso de compra e venda do terreno sobre o qual recai a celeuma), seja pela explícita previsão da Lei n. 6.766/79 (em vigor à época da venda do imóvel à empresa recorrente – 1996).

Desta feita, não podemos mais estar a enfrentar inflexões sobre o direito de propriedade, mas sobre o direito de contratar. **Não podemos esquecer que, na hipótese em exame, temos um contrato devidamente registrado de promessa de compra e venda de bem imóvel no qual constavam restrições urbanísticas legítimas.**

Em resumo: o que estamos avaliando aqui, por enquanto, é a **extensão que uma lei** (a Lei municipal n. 8.001/79, com redação dada pela Lei municipal n. 9.846) **deve ter sobre um ato existente, válido** (pois foi visto que não havia vedação legal às restrições convencionais na época em que o loteamento que as previa foi elaborado – entre 1935 e 1940) **e eficaz erga omnes** (porque registrado em cartório, com toda publicidade legalmente exigida) **datado de alguns muitos anos antes** (o primeiro compromisso de compra e venda do imóvel).

Superior Tribunal de Justiça

Ora, é evidente que qualquer que seja a lei, mais ou menos restritiva, ela não terá o condão de abarcar atos jurídicos perfeitos. Para mim, portanto, o dito princípio da prevalência das leis sobre os negócios jurídicos só poderia ser arguido se fosse superada a problemática da incidência do **princípio da irretroatividade das leis**, o que não ocorre no caso concreto.

A Lei municipal n. 9.846/85, fundamento da inicial, da sentença, do acórdão e do dissecador voto do Min. Herman Benjamin, alterou o art. 39 da Lei n. 8.001/73 para lhe dar a seguinte redação (nos pontos aqui relevantes):

Art. 39. As restrições convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura, eferentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimentos das edificações, deverão ser atendidas quando:

- a) as referidas restrições forem maiores do que as exigidas pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo;
- b) as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

§1º. As categorias de uso permitidas nos loteamentos referidos no “caput” deste artigo serão aquelas definidas para as diferentes zonas de uso pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo.

§2º. As disposições deste artigo aplicam-se apenas às zonas de uso Z1, Z9, Z14, Z15, Z17, Z18 e aos corredores de uso especial Z8-CR1, Z8-CR5 e Z8-CR6.

Fácil concluir destas normas que nenhuma delas se pretende retroativa. Aliás nem poderiam pretendê-lo, em razão da plena efetividade do princípio da irretroatividade.

Essas disposições só se aplicam para *restrições contratuais envolvendo futuros loteamentos* (em relação à data de publicação da lei) – entre os quais não se incluem o terreno objeto da controvérsia instaurada nos autos –, motivo pelo qual permanecem incompreensíveis para mim teses – sejam da recorrente, sejam da recorrida – que buscam aplicar ao caso em exame, em que os atos de disposição patrimonial se perfectibilizaram no *início* do Século XX, uma legislação editada apenas no *final* do mesmo século... e, aí, pouco importa se mais ou menos restritiva!

Por fim, de se notar, ainda, que existe na escritura de promessa de compra e venda do lote controvertido cláusula específica vinculando tanto os sucessores como os herdeiros do promitente-comprador à vedação de construção de unidades edilícias multifamiliares.

Daí cabe a indagação: quando da transferência da propriedade do lote à empresa

Superior Tribunal de Justiça

recorrente (1996), já sob a vigência da lei acima exposta, o que se teria que observar em relação às restrições convencionais?

Bem, na espécie, com ou sem a Lei municipal n. 8.001/73 (redação original ou não), prevalecem as restrições urbanísticas convencionais realizadas no caso concreto.

E por que é assim? Porque toda cadeia dominial está sujeita aos termos do contrato de promessa de compra e venda que, consignada na matrícula do imóvel, passou a ver sua Cláusula 16a (acima transcrita) dotada de eficácia *erga omnes*.

E quais os fundamentos legais desta assertiva? Diversos.

A um, o art. 135 do CC/1916, segundo o qual, após registrados, os atos jurídicos (como é o compromisso de compra e venda entre loteadora e primeiro dono) produzem efeitos em relação a terceiros. No mesmo sentido, o art. 18 da Lei n. 6.766/79 (já incidente à época da aquisição do terreno pela empresa recorrente).

A dois, sendo a venda para a empresa recorrente ato jurídico perfeito autônomo em relação à primeira venda da loteadora, passa ela a se subsumir ao regramento legal vigente ao tempo em que se processou e, mais do que isto, aos termos oponíveis em face de todos constante do registro da matrícula do imóvel.

Plenamente incidente *agora* (frise-se, *agora*, e não antes, na época da confecção do loteamento), pois, o art. 26, inc. VII, da Lei n. 6.766/79, que agrega às restrições urbanísticas legais as restrições urbanísticas convencionais – notadamente porque a própria Lei municipal n. 8.001/79 (aplicável *agora*, e não antes – repisando) expressamente mandava que fossem imperiosas como lei as convenções mais restritivas.

E, aqui, convém aderir à fundamentação da relatoria no sentido de que é legítima a adesão pela lei das limitações convencionais mais restritivas, à luz do *jus variandi* e de todo o regramento constitucional da matéria – o qual, como sustentei no início, vela pelo correto ordenamento das cidades, inclusive sob a perspectiva estético-ambiental.

Bem, com essas considerações, peço vênias à divergência para acompanhar a relatoria, NEGANDO PROVIMENTO ao recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0014094-7

REsp 302.906 / SP

Números Origem: 3996 936075

PAUTA: 26/08/2010

JULGADO: 26/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO
RECORRIDO : ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA
ALIANÇA - ASSAMPALBA
ADVOGADO : BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN
RECORRIDO : MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO E OUTRO
ADVOGADO : VADIM DA COSTA ARSKY
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : BEATRIZ D'ABREU GAMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: AÇÃO - CIVIL PÚBLICA

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO, pela parte RECORRENTE: CCK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Dr(a). BERENICE DE TOLEDO KRÜCKEN MARTIN, pela parte RECORRIDA: ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS E MORADORES DO ALTO DA LAPA E BELA ALIANÇA - ASSAMPALBA

Dr(a). VADIM DA COSTA ARSKY, pela parte RECORRIDA: MOVIMENTO DEFENDA SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-desempate do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidos os Srs. Ministros Eliana Calmon e Humberto Martins."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 26 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

