CÓDIGO DE OBRAS — LICENÇA PARA CONSTRUIR — RESPONSABILIDADE CIVIL

— O proprietário lesado por obra vizinha tem ação de responsabilidade contra a entidade pública que a autorizou, ilegalmente.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

José Reiter *versus* Prefeitura Municipal de São Vicente
Recurso de Revista n.º 85.399 — Relator: Sr. Desembargador CARMO PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista nº 85.399 da comarca de Santos, em que é recorrente José Nogueira, sendo recorridos José Reiter e a Municipalidade de São Vicente: Acordam, em Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, adotado o relatório de fls., com o adendo de fls., julgar, por maioria de votos, procedente a revista, com a cassação do venerando acórdão recorrido, devendo os autos, em conseqüência, retornar à égrégia Câmara de origem para a decisão de mérito.

Custas na forma da lei.

Cogita-se de saber se o proprietário prejudicado por obra vizinha, erguida com infração de lei municipal, tem ação contra o dono da obra e contra a Prefeitura que a autorizou.

O venerando acórdão recorrido, dando pela carência da ação, respondeu negativamente à questão: a violação do Código de Obras que prejudique a iluminação, o arejamento, a insolação e o sossêgo, não fere direito subjetivo, visto como os regulamentos edilícios não integram o direito de vizinhança; as normas que delimitam a altura e o recuo dos edifícios visam ao interêsse coletivo, não outorgando aos particulares, ainda que reflexamente, direito subjetivo.

O problema se desdobra, como se vê, em duas indagações: se o Código de Obras pode constituir direito de vizinhança; se as suas normas, visando ao interêsse coletivo, podem gerar direito subjetivo para o proprietário vizinho ou, ao menos, interêsse reflexo que o legitime a defendê-lo através de ação.

Quanto à primeira indagação, ensinou Filadelfo Azevedo que os regulamentos administrativos a que se referem os arts. 572 e 578 do Código Civil, não obstante regras de caráter local, são "encampadas e sublimadas, passando à categoria de direito substantivo" (*Destinação do Imóvel*, 2ª ed., 1957).

Segundo o art. 578 "as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança guardarão a distância fixada nas posturas e regulamentos de higiene". Êsse dispositivo, proclama Pontes de Miranda, "faz conteúdo da lei de direito privado o que, a respeito da matéria, se estabeleça no direito público. Em conseqüência disso, nascem aos vi-

zinhos pretensões de direito privado, que lhes permitem a ação de nunciação de obra nova e a de desfazimento" (*Tratado de Direito Privado,* vol. XIII, pág. 401).

E elucida em outro passo: "quando as leis de direito público estabelecem alguma exigência de ordem espacial, como se proíbem construção de edifício a certa distância do limite do terreno (*ius interstitii,* direito de interstício), ou fixam distância à instalação de esterqueiras, fornos, estábulos, cloacas, chaminés e depósitos de inflamáveis, fazem-no no interêsse público. De regra, estão dentro do que a lei de direito privado editou no art. 554. A regra jurídica do art. 554 atribui, em geral, ao proprietário ou possuidor a pretensão a impedir (art. 554, *verbis,* "o direito de impedir"). Qualquer daqueles atos é imissão inadmissível, incursão proibida na esfera jurídica alheia" (ob. cit., pág. 309).

O art. 554 do Código Civil, pois, confere ao proprietário o direito de impedir que o vizinho faça mau uso da propriedade, devendo entender-se como tal o que infrinja as normas administrativas com prejuízo alheio.

Ora, na espécie desrespeitou-se, entre o mais, a distância estatuída, com manifesto escopo sanitário, pelo zoneamento local: ao invés de cinco metros de afastamento, mínimo exigido, foi o arranha-céu erguido a uma distância de sòmente três metros e oitenta centímetros.

Se dessa infração resultou prejuízo e incômodo, como apurou a perícia, incidem os aludidos arts. 578 e 554 do estatuto civil.

Já por êsse aspecto legitimava-se a ação intentada.

Mas também não o repele o prisma do direito público.

Há normas de direito administrativo que regulam as relações entre o Estado e os cidadãos, gerando indiscutível direito subjetivo público de um e de outro lado.

Outras visam ao interêsse coletivo. Todos os cidadãos têm interêsse genérico na sua observância. Mas pode acontecer que ao interêsse geral se agregue um interêsse pessoal qualificado. Nada impede que a norma tutele contemporâneamente dois interêsses distintos, o geral e o particular, entrelaçados e conexos. Jurídico será tanto o interêsse da Administração, como o do particular.

Três posições têm sido admitidas entre os indivíduos e a Administração pública nas suas relações: o interêsse simples, o interêsse legítimo e o direito subjetivo.

No último caso a norma outorga uma tutela direta e imediata a um interêsse individual. No primeiro — sintetiza Amílcar de Araújo Falcão — "a norma jurídica tutela apenas um interêsse coletivo ou público, não conferindo qualquer proteção a interêsses individuais que possam ocorrer a respeito da concretização ou da satisfação daquele interêsse público. Os interêsses simples são os não protegidos por uma norma jurídica. No segundo caso, persiste na norma jurídica o objetivo de tutelar um interêsse público ou coletivo. Concede-se, todavia, uma proteção indireta aos interêsses individuais, quando êsses ocasionalmente se individualizam em alguém. Interêsse legítimo, pois, é aquêle interêsse individual, estritamente ligado a um interêsse público e protegido pelo ordenamento jurídico sòmente através da tutela dêsse último" (*Introdução ao Direito Administrativo,* 1960, págs. 46/47).

Não importa que na última hipótese se negue ao indivíduo direito subjetivo para se lhe reconhecer um interêsse legítimo ao exercício de ação, como ocorre, nos direitos italiano e francês.

O interêsse, escreve Salemi, "assume graus de intensidade diversos. Pode ser

simples, ou de fato, que é o interêsse *uti civis*, de todo cidadão à boa administração da coisa pública. Em tal caso não dispõe o particular de direito subjetivo. Só haverá lugar para o resguardo do interêsse coletivo pelo cidadão através da ação popular.

Pode dar-se, porém, que a situação de fato do particular se distinga daquela comum a todos os indivíduos: o exercício da atividade administrativa pode acarretar-lhe uma vantagem ou um dano especial. Reconhece-lhe, então, a ordem jurídica um interêsse legítimo a reclamar a observância do direito objetivo que, tutelando o interêsse geral, lhe oferece uma proteção ocasional. É o chamado *interesse occasionalmente protetto* (Giovanni Salemi, *La Giustizia Amministrativa*, 5ª ed., 1958).

O interêsse particularizado, no caso, não recebe tutela direta do ordenamento jurídico, mas dêle recebe uma tutela indireta. São interêsses aos quais o ordenamento, no dizer de Sandulli, *sebbene non riconosco un valore giuridico diretto — atribuisce una indiretta considerazione — che se traduce poi nella possibilità, accordata ai titolari di essi, di far valere in proprio favore le norme imposte nell'interesse generale* (Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., 1955).

Guicciardi mostra, por sua vez, que o ato administrativo que transgride norma que tutela o interêsse coletivo pode defrontar-se com um interêsse particular, qualificado, o qual, *per la sua coincidenza coll'interesse pubblico, può profittare della tutela che l'ordinamento giuridico assicura a quest'ultimo.*

E exemplifica com a permissão de instalação de indústria insalubre, *ad una distanza inferiore a quella fissata dalla legge*, com o desvio de água pública e admissão a concurso público. Embora as normas violadas se destinem à tutela do interêsse público, surge a figura do *interesse occasionalmente protetto: che esprime la posizione di chi, pur essendo terzo rispetto al cittadino, há uno specifico interesse di fatto coincidente coll'interesse pubblico tutelato dalla legge alla repressione di quell'atto amministrativo ove sia stato emanato invalidamente* (Eurico Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, 3ª ed., 1954).

Zanobini observa que o inerêsse protegido é um *genus proximum* que compreende várias forma de proteção, das quais o direito subjetivo nada mais é que a mais típica e a mais perfeita. Haverá direito subjetivo quando a norma visa à proteção do interêsse por si mesmo, de forma direta e imediata. Freqüentemente destina-se exclusivamente à satisfação do interêsse geral, sendo a tutela do interêsse individual indireta, *conseguenziale*. Daí a denominação de *interessi indirettamente protetti* ou, como querem alguns, de *interessi legittimi* (Guido Zanobini, *Corso de Diritto Amministratvo*, vol. I, 7ª ed., 1954).

Outra não é a posição do contencioso administrativo francês, que entre os extremos, de um lado, do direito subjetivo, ensejando o recurso de plena jurisdição, e, de outro lado, do interêsse geral, suscetível de proteção pela *action populaire*, coloca o chamado interêsse *froissé*, que autoriza o recurso *pour excès de pouvoir*. É suficiente, neste caso, um interêsse direto e pessoal lesado. Assim, contra uma nomeação funcional reservada a titulares de um diploma, basta que o interessado seja titular dêsse diploma; quanto a provimentos mediante concurso, que êle haja participado do concurso (Marcel Waline, *Droit Administratif*, 6ª ed., 1955; André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9ª ed., 1957; Louis Roland, *Droit Administratif*, 11ª ed., 1957). Como nota Jean Rivero — após indicar o requisito da existência de *un intérêt personnel* — o recurso em questão não sanciona *le droit de tout français à ce que l'administration respecte la légalité, comme le ferait l'action populaire, mais son droit de ne*

pas souffrir personnellement de l'illégalité (*Droit Administratif*, 1ª ed., 1960).

A êsse *intérêt personnel*, ou *interesse occasionalmente protetto* negam os contenciosos administrativos francês e italiano o fôro de direito subjetivo, amparando-o, embora, a outro título.

Mas se de interêsse se trata que desfruta de proteção jurídica à disposição do particular, nada obsta a que nêle se identifique também uma forma de direito subjetivo.

Êste, entre a doutrina da vontade (Windscheid) e a do interêsse (Jhering), veio a ser expresso, na conceituação de Bernatzik, como a união dêsses dois fatôres: um interêsse considerado pelo direito objetivo que concede a uma vontade o poder de obter a sua satisfação (Jean Dabin, *Le Droit Subjectif*, 1952).

Haverá direito subjetivo sempre que uma norma objetiva considera um interêsse e o tutela suficientemente.

Daí advertir Gabino Fraga que a essência do direito subjetivo está no "poder de exigir", correlativo a uma obrigação de ceder (*Derecho Administrativo*, 7ª ed., 1958, pág. 451).

Em direito público, especialmente em direito administrativo, nem sempre a Administração está obrigada a agir. O poder discricionário exclui o direito de exigir e, pois, o direito subjetivo.

Mas onde não houver poder discricionário existirá para o cidadão o direito de exigir que a Administração respeite a legalidade e não lhe fira o interêsse privado que da mesma recebe proteção.

Por isso Roger Bonnard salientava que a idéia de direito público subjetivo do administrado não deve limitar-se em um estado de Direito a obrigações de caráter individual atribuídas à Administração, sendo preciso estendê-la a tôda a situação que suponha para aquela uma obrigação estabelecida no interêsse dos administrados. Os clássicos do Direito Administrativo francês defenderam essa extensão dos direitos públicos subjetivos, assinalando que sòmente quando a Administração está investida de um poder discricional, é que o administrado não pode invocar em face dela senão um interêsse (*Précis de Droit Administratif*, 4ª ed., 1943, pág. 11).

Em obra recente, Bruno Kornprobst demonstrou a existência de direito subjetivo no chamado contencioso objetivo: o escopo dos litigantes não é o de atacar uma ilegalidade cometida pela Administração, mas o de assegurar a proteção de sua situação individual (*La Notion de Parties et le Recours pour Excès de Pouvoir*, 1959).

Negam, por isso, outros escritores a existência da figura dos interêsses legítimos, pois ou um interêsse é reconhecido e titulado pelo direito objetivo e é um direito subjetivo, ou lhe falta tal reconhecimento e tutela e permanece como um interêsse de fato, ou simples.

Se o interêsse legítimo não configurasse um direito subjetivo, a acolhida da ação não significaria a satisfação do interêsse feito valer.

Daí afirmar Cannada-Bartoli que *per mostràre che il diritto soggettivo è presupposto dell'interesse legittimo non ocorre un lungo ragionamento, nè ocorre prender partito per l'una o per l'altra teoria in tema di diritto soggettivo. È sufficiente retinere che quest'ultimo sia diretto a garantire al titolare determinati beni o utilità* (*La Tutela Giudiziaria del cittadino verso la Pubblica Amministrazione*, 1956).

É, de fato, estranho que a norma que regula a atividade administrativa não seja suficiente para fundamentar um direito do cidadão quando êste pode exigir no próprio interêsse a observância de tal norma.

O interêsse legítimo seria uma criação da doutrina administrativa: a tutela direta do direito subjetivo do cidadão é atribuída à autoridade judiciária; a tutela indireta, à jurisdição administrativa. Por isso, adverte o mesmo autor, a doutrina menos recente resolvia o problema de maneira simples: *anche gli interessi legittimi hanno natura di diritti soggettivi, la differenza riguardando solo il mezzo di tutela predisposto dall'ordinamento.*

No direito brasileiro, como no americano, o ato administrativo está sujeito ao conhecimento irrestrito da Justiça comum. Chame-se interêsse legítimo ou direito subjetivo à proteção indireta concedida ao interêsse particular pela norma dirigida ao interêsse geral, coletivo, inegável é a existência de um direito de ação.

San Tiago Dantas, após indagar se as leis administrativas que tutelam a vizinhança, criam direitos para os proprietários, responde que "só do exame individual de cada norma administrativa é que se pode concluir se o direito de exigir o seu cumprimento cabe apenas ao Poder Público, ou também aos particulares interessados". A seu ver, "sempre que as normas visam à proteção de um interêsse geral, através da tutela imediata de um interêsse particular, é fora de dúvida que essa proteção se resolve num direito do interessado". E aponta o caso de construção que exceda em altura a cota de nível de rua superior, afetando o gôzo de certas perspectivas a outros proprietários, com indiscutível "direito de reclamar" (*O Conflito de Vizinhança e sua Composição,* págs. 65/67).

A questão deve ser colocada nos têrmos das decisões da Justiça italiana: os regulamentos edilícios e de higiene pública integram o Código Civil, com a conseqüente tutela do direito do proprietário interessado, quando se trate de prescrições destinadas a disciplinar o exercício do direito de propriedade e as relações de vizinhança; quando se trate de normas visando ao interêsse público da higiene da população ou o decôro edilício, podem, na esfera da utilidade geral, proteger também o interêsse do particular, se a violação do regulamento lhe houver acarretado dano. Na primeira hipótese, as normas regulamentares têm uma função subsidiária da lei civil, podendo o interessado, para a tutela do seu direito, pleitear a demolição da obra ilegalmente construída, sem que deva demonstrar a existência de dano patrimonial; na segunda, sendo as prescrições tendentes eminentemente à tutela do interêsse público, podem, reflexamente, tocar ao interêsse privado e com êle coincidir, competindo aos órgãos da Administração pública o direito de impor coativamente a sua observância, enquanto ao particular cabe o direito ao ressarcimento do dano, desde que o prove (Zappulli, *in Nuovo Digesto Italiano,* vol. XII, pág. 148).

Na espécie, comprovado ficou o dano, que foi mesmo avaliado, decorrente da inobservância do Código de Obras.

Para o cabimento da ação indenizatória, professa Filadelfo Azevedo, dispensa o nosso direito qualquer esfôrço dialético, pois além do abuso de direito consagra o princípio, inscrito no art. 159 do Código Civil, de que aquêle que culposamente violar direito ou causar prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano (ob. cit., pág. 164).

Tem, assim, o proprietário lesado por obra vizinha, erguida com infração de normas edilícias, ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou ilegalmente.

São Paulo, 26 de dezembro de 1960 — *Joaquim de Silos Cintra,* Presidente — *G. Carmo Pinto,* Relator designado — *Djalma Pinheiro Franco,* vencido na 1ª e 2ª tese, com a seguinte declaração de voto: 1 — O venerando acórdão que julgou procedente a revista, assim cassando quer o venerando acórdão proferido em grau de embargos, quer o em

grau de apelação, o que fêz, em última análise, foi elevar o simples interêsse legítimo (direito menor ou subordinado) à categoria de direito subjetivo.

2. Neste, como adverte Zanobini (*Corso di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., vol. I, pág. 185), *la norma ha lo scopo di proteggere l'interesse per se stesso, cioè in modo immediato e diretto.* O interêsse, aí, está sempre vinculado diretamente ao indivíduo, *uti singuli*, enquanto no direito menor ou subordinado tal interêsse não está ligado imediatamente ao indivíduo, só o afetando como parte da coletividade.

No caso, o ilustre recorrente não se queixa de um prejuízo específico que a obra, lamentàvelmente autorizada pela Prefeitura Municipal de São Vicente, lhe tenha causado. Apenas, "que a obra ilegal irá prejudicar a natureza, substância, servidões e fins do prédio" (fls.). O de que se queixa é de que, em futuro, a construção, que se constituirá numa verdadeira muralha, aumentará a falta de água, gás, eletricidade, transporte, telefone; prejudicar-lhe-á a iluminação, arejamento, insolação, sossêgo, tranqüilidade, intimidade; trar-lhe-á ruído de veículos e emanações desagradáveis e malsãs; afetará a estética do seu prédio e harmonia arquitetônica da quadra — o que tudo provocará uma desvalorização do seu prédio" (fls.).

4. Mas tudo isto, que afeta o recorrente por via reflexa, não lhe dá o direito de vir pleitear o desfazimento da obra. A ação popular de que evidentemente se utilizou, tem finalidade outra que não a de impedir se agravem os problemas que possam afetar os indivíduos, particularmente considerados. O estudo do ilustre Des. Bulhões de Carvalho, a que me referi na anterior declaração de voto (fls.), mostra-o convincentemente — Foi voto vencedor o do Des. Luís Morato — *Oliveira Lima — Davi Filho — Prado Fraga,* vencido na 1ª e na 2ª tese — *Alcides Faro — Paulo Barbosa — Pinheiro Machado — Carvalho Pinto — E. Moura Bittencourt — R. F. Ferraz de Sampaio — O. A. Bandeira de Melo,* vencido na 1ª e na 2ª tese — *José Frederico — Ulisses Dória — Cerqueira Leite* — Foi voto vencedor o do Des. Minhôto Júnior — *Cavalcânti Silva — Silvio Barbosa,* vencido na 1ª e 2ª tese — *Young da Costa Manso,* vencido na 1ª e 2ª tese — *Andrade Junqueira.*