ATO ADMINISTRATIVO — DIREITO COLETIVO — INTERESSE LEGÍTIMO

— Embora dirigidas primariamente à tutela de interesses públicos, as normas edilícias geram direitos subjetivos para os particulares também interessados, em razão de prejuízo que possam sofrer em sua esfera pessoal.

— Esses particulares legitimam-se a exigir a respectiva observância, quer pelo vizinho infrator, quer pela própria Administração Pública, inclusive por meio de mandado de segurança, desde que bastantes os elementos dos autos para estabelecer a certeza material dos fatos alegados.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Orlindo Elias Filho *versus* Aconchego Creche e Maternal Ltda. e Município do Rio de Janeiro
Apelação Cível nº 24.449 — Relator: Sr. Desembargador J. C. BARBOSA MOREIRA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 24.449, em que é apelante Orlindo Elias Filho, e apelados: 1. Aconchego Creche e Maternal Ltda. e 2. Município do Rio de Janeiro, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível, em sessão de 28.12.82, integrando neste o relatório de fls. 339/40, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de descabimento do mandado de segurança e, no mérito, dar provimento

ao recurso, para conceder a segurança, condenados os vencidos nas custas processuais e em honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor da causa.

1. *Preliminar* — Rejeita-se, com a devida vênia, a preliminar de descabimento do mandado de segurança, doutamente suscitada, na sessão de julgamento, pela ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça, com fundamento em que, ainda a serem verdadeiros os fatos alegados pelo impetrante, não estaria em jogo autêntico direito subjetivo seu, mas simples "interesse legítimo", insuscetível de tutela pela via mandamenatl.

1.1 A distinção entre *direitos subjetivos* e *meros interesses legítimos* é importante em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, sobretudo na perspectiva da delimitação das áreas de competência da Justiça ordinária e do chamado "contencioso administrativo" — dicotomia estranha ao sistema brasileiro, sem embargo do disposto nos arts. 111 e 203 da Constituição da República, na redação da Emenda nº 7, de 13.4.77, cujas inovações não afastaram o princípio da unidade de jurisdição (cf. Marques, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo, 1979. v. 1, p. 198, 201, 435; Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 8. ed. São Paulo, 1982. p. 36; Grinover, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na Emenda nº 7/77. In: *O Processo em sua unidade*. São Paulo, 1978. p. 47 e segs., com ressalva do caso do art. 205). Assim, na Itália, por exemplo, a conjugação dos textos dos arts. 24, 1ª alínea, 103, 1ª alínea, e 113, 1ª alínea, da Constituição revela que o discrime entre os *diritti soggettivi* e os *interessi legittimi* tem relevância antes de tudo *funcional* e se liga intimamente à *summa divisio* entre os órgãos da "jurisdição ordinária" e os da "jurisdição administrativa" (art. 113, 1ª alínea), se bem que, em caráter excepcional, possa ficar também confiada aos últimos, "in particolari materie indicate dalla legge", a proteção de direitos subjetivos em face da Administração Pública (art. 103, 1ª alínea).

À guisa de critério discretivo, diz-se que há direito subjetivo "quando l'interesse del soggetto è riconosciuto come esclusivamente proprio del suo titolare ed è come tale direttamente garantito dalla norma giuridica", ao passo que de interesse legítimo se trata "quando l'interesse di un soggetto trova protezione nella legge solo indirettamente, perchè si trova a coincidere con un interesse pubblico che la legge intende tutelare nel disciplinare l'esercizio del potere dell'organo amministrativo; in questo caso l'osservanza da parte dell'organo della norma che tutela l'interesse pubblico soddisfa in pari tempo di riflesso l'interesse del singolo soggetto, cosè come l'inosservanza della norma lede, insieme con l'interesse pubblico, anche l'interesse del singolo" (Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano, 1980. v. 1, p. 19-20). Em outras palavras: cuida-se de interesses legítimos, e não de direitos subjetivos, "allorguando gli interessi individuali non siano direttamente contemplati e tutelati dal diritto obbiettivo, ma siano soltanto connessi con l'interesse generale ed approfittin della tutela accordata a questo"; quer dizer, no campo dos interesses legítimos "l'interesse individuale non è plenamente tutelato in sè e per sè, come nel diritto subbiettivo, ma soltanto in quanto collima con quello collettivo ed è subordinato a questo" (Cereti, *Corso di diritto costituzionale italiano*, Torino, s.d., p. 82).

1.2 Duas observações desde logo se impõem. A primeira é a de que a distinção repousa sobre aspecto *quantitativo*, e portanto *acidental* — o da maior ou menor preeminência do interesse individual como objeto da tutela normativa, que num grupo de hipótese visa tal interesse de modo direto, primário, enquanto no outro grupo apenas de maneira indireta, secundária. Que semelhante critério não importa contraposição de ordem *substancial* fica manifesto, entre outras circunstâncias, pela freqüência com que, na prática, se encontra dificuldade em classificar nesta ou naquela categoria determinado caso concreto — com a conseqüente necessidade de recorrer a outros (e diversos) critérios subsidiários, a fim de dar solução aos problemas de competência (cf. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 6.

ed. Milano, 1948, v. 2, p. 92 e segs.). Aliás, a propósito dos chamados interesses legítimos também se costuma usar, em doutrina, a denominação *diritti affievoliti* (v.g. Cereti, op. cit.), com o que se reduz a classe, afinal de contas, a uma *espécie* do *gênero* "direitos subjetivos" — conclusão explicitada por Cappelletti (*La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milano, 1955. p. 9, nota 8), para quem o conceito de interesse legítimo indica "non qualcosa che non è diritto soggettivo, bensí soltanto una particolare categoria di veri e proprii diritti soggettivi (grifo do autor).

A segunda observação é a de que, nos referidos ordenamentos, os interesses legítimos, como quer que se situem em face de outras posições jurídicas de vantagem, gozam de proteção jurisdicional não menos eficaz do que a dispensada aos direitos subjetivos como tais reconhecidos pela técnica que ali se utiliza. Com efeito, a diferença reside basicamente na atribuição da cognição a órgãos distintos (justiça administrativa, justiça ordinária), *mas investidos, todos eles, de jurisdição*. A dicotomia "direitos subjetivos" — "interesses legítimos", por conseguinte, não espelha uma gradação por força da qual as situações identificáveis com o segundo termo se vissem relegadas a plano inferior do ponto de vista da tutela, ou — pior ainda — quedassem à míngua de remédio contra eventuais lesões.

1.3 A recepção, no direito brasileiro, do esquema antes exposto, nos termos em que se adota alhures, a) não responde a qualquer exigência do ordenamento positivo; b) não se justifica por necessidade científica; c) nem parece vantajosa pelo ângulo prático.

a) Nenhum texto constitucional ou legal de nosso país emprega a locução "interesses legítimos", que não é sequer muito encontradiça em obras doutrinárias. Não se põe entre nós o problema da demarcação das áreas de competência, acima referido, visto que o Brasil não tem uma "justiça administrativa" paralela à ordinária e dela independente.

b) Sem dúvida é possível, em muitas hipóteses (ainda que talvez não em todas), distinguir entre normas que tutelam diretamente o interesse de um ou de alguns dos membros da comunidade, e normas que tutelam primariamente interesses públicos e só por via indireta, ou secundariamente, interesses particulares cuja direção coincida com a daqueles. Mas, se se quiser extrair daí a conclusão de que apenas no primeiro grupo de casos é lícito cogitar de um *direito subjetivo* à observância da norma (ou à reintegração do seu império, quando descumprida), incorrer-se-á em petição de princípio. Dar-se-á por demonstrado o que carece de demonstração, a saber: que o ordenamento não confere direito subjetivo senão àquele em cujo interesse *direto* se edita a norma. Isso, contudo, não está dito em lugar algum, nem se infere, como princípio geral, do exame sistemático do *ius positum*. O que estatui o art. 6º do Código de Processo Civil é coisa bem diferente: salvo autorização legal, ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito *alheio*; trata-se, porém, de saber se se concebe ou não o nascimento de direito *próprio* para alguém, cujo interesse a norma unicamente de maneira indireta, secundária, visa a tutelar — e a essa pergunta o direito pátrio não nos força a dar resposta negativa.

c) Ante a inexistência, entre nós, de uma "justiça administrativa", à qual competisse velar pelas situações rotuladas como "interesses legítimos", não é possível importar de modo completo a sistemática vigente na Itália e noutros países. Mas, então, uma de duas: *ou se admite que no Brasil as aludidas situações se submetem ao conhecimento dos órgãos do Poder Judiciário, como as que põem em causa "direitos subjetivos" na acepção restrita, ou se veda pura e simplesmente, em relação a elas, qualquer perspectiva de controle jurisdicional*. Ora, a optar-se pelo primeiro termo da alternativa, ter-se-á eliminado, ao menos do ponto de vista da acionabilidade, toda a relevância prática da distinção, na qual, em última análise, se afigura preferível não insistir. Já a opção pelo segundo termo, essa seria francamente me-

lancólica, na medida em que deixaria ao total desamparo interesses para os quais, até pela denominação mesma de "legítima" que se lhes aplica, não é razoável nem lógico reservar sorte tão madrasta... (cf. Barbi, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, 3. ed. Rio de Janeiro, 1976. p. 89 e segs.).

1.4 O reconhecimento da existência de direitos subjetivos em benefício dos particulares suscetíveis de sofrer prejuízo com a infração de normas de direito público — ordenadas embora, primariamente, à salvaguarda de interesses da coletividade como tal, e não dos interesses próprios dessas pessoas — está longe de representar novidade na doutrina brasileira e na jurisprudência dos nossos tribunais. Particularizando o discurso para o caso das chamadas normas edilícias, consulte-se, na literatura, a lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito de construir*. 3. ed. São Paulo, 1979, p. 79 e segs.), onde se começa por dizer, em termos categóricos, que *"as limitações administrativas* ao uso da propriedade, e especialmente as urbanísticas, conquanto sejam imposições de ordem pública, podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, interessados na sua fiel observância por parte de todos os proprietários sujeitos às suas exigências" (grifos do autor). Invoca o renomado administrativista as regras dos arts. 572, 578 e 588, § 2º, do Código Civil, nas quais vê "autêntica delegação da lei civil às disposições administrativas para que passem a atuar *em lugar* da legislação privada, preenchendo o claro da norma civil, embora conservando o caráter da imposição de direito público" (op. cit. p. 80; grifado no original), e abona-se com ensinamentos de Filadelfo Azevedo, Virgílio Testa, Ferrini e Pulvirenti, Dabin e De Martino, entre outros, para concluir, com muito acerto, que as "limitações urbanísticas, conquanto expressas em disposições de ordem pública, geram direitos subjetivos para os proprietários que delas se beneficiam *uti singuli*, e que por isso mesmo podem compelir judicialmente os vizinhos a observá-las nas suas construções" (op. cit. p. 83). Também Pontes de Miranda, a respeito do art. 578 do Código Civil, onde se alude a "posturas e regulamentos de higiene", explicava que ele "faz conteúdo da lei de direito privado a que, a respeito da matéria, se estabeleça no direito público"; e acrescentava: "Em conseqüência disso, nascem aos vizinhos pretensões de direito privado" (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, 1955. t. 13. p. 401).

Não se suponha, entretanto, que o fenômeno se restringe, com exclusividade, às hipóteses previstas *expressis verbis* em determinados dispositivos do Código Civil. O melhor entendimento é o que enxerga nesses textos simples "pontos de afloramento" de um princípio geral subjacente; por isso não se devem tomar em sentido restrito as referências a "construções" e outras semelhantes, como se excluíssem, *a contrario*, a emergência de direitos subjetivos relacionados, como na espécie dos autos, com a *destinação* e o *uso* dos prédios vizinhos, sujeitos a regulamentação administrativa. Óbvio, por outro lado, que os efeitos permanecem invariáveis, quer o comportamento ofensivo à norma edilícia parta de proprietário, quer emane de outro possuidor, *v.g.* locatário.

Nem se incida no equívoco de, concedendo embora que o particular prejudicado seja titular de direito subjetivo em face do vizinho infrator, duvidar porém de que o seja igualmente em face da Administração Pública, jungida, como todos, ao estrito cumprimento das normas edilícias. Se o ato administrativo, *contra legem*, autoriza construção ou uso fora dos limites permitidos, ou com postergação dos requisitos exigíveis, já se configura lesão ao interesse do particular protegido (conquanto indiretamente) pela norma, e ele fica em condições de reagir. O direito de não ser molestado ilegalmente, neste contexto, resolve-se numa dualidade de pretensões, contra o vizinho que constrói com infração da norma ou usa mal o prédio, e contra a Administração que abre ensejo, autorizando-a, à prática irregular.

1.5 Passando do plano doutrinário ao jurisprudencial, é fácil arrolar uma série de julgados em que se vem consagrando a boa orientação na matéria. Respiguemos alguns,

do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, colhidos ao acaso em repertório especializado:

"Julga-se procedente ação em que se pede a decretação de nulidade de licença concedida por Prefeitura Municipal, com violação do disposto em Código de Obras da Municipalidade" (20.4.54, Apelação Cível nº 65.937, *Revista dos Tribunais*, v. 225, p. 242).

"O proprietário lesado por obra vizinha argüida com infração de normas edilícias tem ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou ilegalmente" (26.12.60, Rec. de Rev. nº 85.399, in: *Rev. dos Tribunais*, v. 312, p. 262).

"O vizinho, em princípio, tem qualidade para agir e pretender judicialmente o enquadramento de construção confinante dentro das disposições administrativas" (18.6.68, Apelação Cível nº 168.230, in: *Rev. dos Tribunais*, v. 398, p. 169).

"Os regulamentos administrativos, impondo, normalmente, uma obrigação de não fazer, criam um direito subjetivo a essa abstenção, que autoriza procedimento judicial entre vizinhos e, cumulativamente, contra a Administração Pública, para o efeito de ser exigido cumprimento às correspondentes normas do direito de construção" (26.6.69, Apelação Cível nº 171.189, in: *Rev. dos Tribunais*, v. 413, p. 136).

"Os vizinhos têm direito subjetivo próprio a opor em defesa das cláusulas restritivas do direito de construir, e mesmo para exigir cumprimento às posturas edilícias que protegem os prédios contra abusos de proprietários de imóveis contíguos" (11.12.70, Apelação Cível nº 165.151, in: *Rev. dos Tribunais*, v. 427, p. 76).

"O particular pode pleitear a obediência às normas de edificação, desde que demonstre lesão ou ameaça de lesão a direito seu" (18.9.75, Apelação Cível nº 244.790, in: *Rev. dos Tribunais*, v. 483, p. 93).

Adite-se, entre outros, o V. Acórdão do eg. Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, de 6.7.55, na Apelação Cível nº 30.676, cujo texto integral se pode ler na *Rev. de Dir. Adm.*, v. 45, p. 333, ou na *Rev. de Dir. da Proc.-Geral*, v. 10, p. 498.

Convém registrar que, segundo informa Hely Lopes Meirelles (*Direito de construir*. op. cit., p. 83, nota 21), o segundo julgado paulista do rol acima foi confirmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no Rec. Extr. nº 49.042, in *DJ* de 19.7.63. De ressaltar, ainda, que três dos VV. Acórdãos referidos deixaram explícito o reconhecimento de direito subjetivo, na matéria, não apenas em face do vizinho, *mas também da Administração Pública;* e pelo menos um deles (o último da relação extraída da jurisprudência paulista) se proferiu *em processo de mandado de segurança*.

1.6 Com efeito: a seguir-se, como tudo aconselha a fazer, a diretriz que, conforme se mostrou, vai predominando na melhor doutrina e na mais avançada jurisprudência, não há razão para negar-se ao particular prejudicado a possibilidade de exercitar judicialmente, o seu direito contra a Administração Pública pela via mandamental, a pretexto de não ser adequada a casos tais a ação de mandado de segurança.

Por que motivo não o seria? Por que a Constituição da República, art. 153, § 21, e a Lei nº 1.533, de 31.12.51, falam em "direito"? É reincidir na petição de princípio que há pouco se denunciou: dá-se por demonstrado o que se precisaria demonstrar, a saber, que neste campo não se pode cogitar de "direitos". Por que os mesmos textos reclamam que o direito seja "líquido e certo"? Mas a interpretação de semelhante cláusula, hoje pouco menos que pacífica, esclarece que ela não tem outro alcance senão o de impor ao impetrante o ônus de demonstrar cabalmente, por prova documental, pré-constituída, a certeza material dos fatos alegados para fundamentar o pedido de segurança (ver, na literatura mais recente, Flaks, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos da impetração*. Rio de Janeiro, 1980. p. 122-3). Por que o direito, aqui, não é *exclusivo* do particular *A* ou do particular *B*, senão que compete a uma pluralidade de titulares, tantos quantos sejam pessoalmente (embora secundariamente) interessados na observância da norma edilícia — ou, que é dizer o mesmo, possam ser atin-

gidos pelos efeitos nocivos do respectivo cumprimento? A semelhante objeção responde a própria Lei nº 1.533, em seu art. 1º, § 2º, consoante o qual, "quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança" (cf. Barbi, Celso Agrícola. op. cit., p. 86 e segs., onde se invoca precisamente — e oportunamente — esse texto como sustentáculo da opinião favorável à possibilidade de utilizar-se o mandado de segurança na defesa das posições jurídicas subjetivas designadas pela doutrina italiana como "interesses legítimos").

Não há, enfim, temer que por tal caminho se chegue a confundir o papel do mandado de segurança com o da ação popular, ao arrepio da tese consagrada, segundo a qual aquele "não substitui" esta (*Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal, nº 101). Para viabilizar o mandado de segurança, sempre será necessário que se alegue repercussão prejudicial do ato impugnado na esfera jurídica *própria* do impetrante. Há de estar em causa um interesse *personalizado*, em cujo favor opere *também* a norma dita violada, por mais secundário que se deva considerar tal interesse em confronto com o interesse geral, ou público, *diretamente* tutelado. Precisa existir, em outras palavras, um vínculo subjetivo específico: decerto não se habilitaria a impetrar segurança, na espécie *sub judice*, morador de outro bairro (ou, *a fortiori*, de outra cidade), imune, pela natureza das coisas, às conseqüências nocivas da autorização expedida pela Prefeitura Municipal. Enquanto isso, a mera qualidade de cidadão basta para habilitar quem a tenha ao exercício da ação popular, nos casos previstos em termos genéricos na Constituição Federal, art. 153, § 31, e discriminados na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, sem que se haja de indagar se o ato acoimado de lesivo ao patrimônio público (no sentido lato do art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717) prejudica ademais, de modo individualizado, aquele cidadão em particular, *diversamente* de como possa prejudicar a coletividade em si. A diferença quanto à *legitimatio ad causam*, assim exposta, se bem que não seja a única, parece suficiente para preservar de maneira bem nítida a distinção funcional entre os dois remédios jurídicos. Nada importa a circunstância de que, com a eventual concessão da segurança, o resultado do processo movido pelo particular, na defesa do *seu* direito, acabe por satisfazer do mesmo passo os interesses análogos dos outros possíveis prejudicados pelo ato e também o interesse público em contemplação do qual, acima de tudo, se editara a norma: esse é um corolário normal (e bem-vindo, acrescente-se) da feição *indivisível* do objeto de todos esses interesses convergentes, e nada tem de peculiar ao mandado de segurança, à ação popular ou a qualquer outro meio específico de tutela jurisdicional.

2. *Mérito* — No mérito, há que examinar a legalidade do ato pelo qual o Sr. Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos reconsiderou despacho anterior, a fim de autorizar a transformação do uso residencial do imóvel da Av. Portugal, nº 414, para instalação de creche e maternal. O despacho de indeferimento está copiado nas fls. 164, e o de reconsideração nas fls. 167. Duas são, em substância, as impugnações, uma relativa à mudança de destinação do prédio, outra ao problema da vaga para guarda de automóvel. Cumpre analisá-las à luz da legislação pertinente e dos fatos comprovados nos autos.

2.1 Na região abrangida pelo PEU nº 001, em lotes de área inferior a 360m² "só é permitida a construção de edificação residencial unifamiliar" (Decreto nº 1.446, de 2 de março de 1978, art. 2º, nº III). O lote da Av. Portugal, nº 414, situa-se na área *A* do PEU nº 001 (anexo 2) e tem menos de 360m², conforme se verifica da certidão do Registro Geral de Imóveis, de fls. 42. Sustenta o impetrante, ora apelante, que as transformações de uso devem sujeitar-se ao mesmo regime das construções novas, o que excluiria de modo absoluto a utilização do prédio para qualquer outra finalidade que não a de residência unifamiliar. A Administração, por sua vez, nega a equiparação, conquanto haja chegado a sustentar,

a certa altura, que a atividade de creche e maternal constitui espécie do gênero "uso residencial". Essa tese é manifestamente inaceitável, como também o é, se levada às últimas conseqüências, a de que nas transformações de uso se tornam de todo em todo irrelevantes as exigências formuladas quanto às novas construções.

Argumenta o município, todavia, com a regra do art. 48, § 5º, do Decreto nº 322, de 3 de março de 1976 (Regulamento de Zoneamento), na redação dada pelo Decreto nº 2.248, de 20 de agosto de 1979, segundo o qual "a atividade de creche para crianças sadias, sem internações, poderá ser exercida concomitantemente com a de maternal, obedecidas as condições previstas por este artigo para ensino até o 1º grau". Ao contrário do que supõe o impetrante, esse dispositivo na verdade não foi revogado pelo art. 5º do Decreto nº 2.638, de 28 de maio de 1980, que, nos termos da republicação feita no *Diário Oficial* de 29.9.80, acrescentou ao referido art. 48 um *sexto* parágrafo, sem atingir, pois, o § 5º. Conjuga-se a norma, ao ver da Administração, com a do próprio art. 48, *caput*, nº II, que declara "tolerada" em ZR-2 (e aí se localiza o imóvel) a atividade de ensino até 1º grau.

A semelhante argumentação opõe o impetrante a tese de que o Decreto nº 1.446, como *lex specialis*, editada para imprimir disciplina específica à área do PEU nº 001, prevalece sobre a *lex generalis* e afasta, nesse âmbito, a incidência do art. 48 do Decreto nº 322. Inexiste, porém, a incompatibilidade pressuposta; as normas comportam harmonização. Mais sólidas afiguram-se as objeções extraídas pelo impetrante das regras dos arts. 19 e 220 do próprio Decreto nº 322, que respectivamente subordinam "os usos e atividades (...) tolerados em ZR" e "o funcionamento de estabelecimentos comerciais, industriais e profissionais, onde for tolerado", à exigência de não causarem incômodo nem prejuízo à vizinhança. Diz-se que a ocorrência de incômodo ou prejuízo só poderia ser apurada *a posteriori*; mas é desprezar uma regra de experiência comum (Código de Processo Civil, art. 335), pois são bem conhecidos os transtornos que sempre acarreta a proximidade de estabelecimentos de ensino, sobretudo no que concerne ao trânsito, e tanto mais sob as condições peculiares do bairro da Urca em geral e da Av. Portugal em particular.

2.2 Não é necessário, contudo, insistir nesse tópico, porque o fundamento da segunda impugnação basta para caracterizar a ilegalidade do ato alvejado. Com efeito, a garagem do prédio teve de ser convertida em "área coberta", como evidencia o projeto de fls. 221. Para contornar o óbice do art. 157, § 2º, do Decreto nº 322, com a redação do art. 4º do Decreto nº 2.367, de 8 de novembro de 1979, onde se estatui, a propósito das transformações de uso, que "em hipótese alguma, as vagas existentes poderão ser eliminadas", recorreu-se ao expediente de prever uma vaga para guarda de veículo no corredor de acesso à garagem. De acordo, porém, com o art. 156, § 7º, do mesmo Regulamento de Zoneamento, na redação do Decreto nº 562, de 6 de julho de 1976, o espaço destinado ao acesso não pode ser considerado como local para estacionamento "quando a sua largura livre for inferior a 2,50m".

Ora, no projeto primitivamente apresentado pela primeira apelada (fls. 218), a largura do corredor de acesso à garagem — onde se situaria a vaga substitutiva — estava assinalada como de 2,35m, insuficiente portanto. No projeto modificado (fls. 221) a mesma largura passou a figurar como se fosse de 2,55m. A explicação desse aparente e curioso "aumento" consistiria, segundo palavras da própria primeira apelante (e o exame dos projetos permite por si só chegar a conclusão idêntica), na circunstância de que, a princípio, não se levara em conta a largura do muro, depois somado aos 2,35m.

Note-se que, no projeto de fls. 218, se vê indicada para o muro a larguma de 0,15m. A soma, destarte, seria de 2,50m, e não de 2,55m. Seja como for, porém, o erro aritmético não altera os dados da questão. O essencial é que constitui patente absurdo

considerar a largura do muro como integrante da "largura livre" exigida pelo art. 156, § 7º, do Decreto nº 322. "Livre" é a largura *utilizável* para guarda do veículo, e a ninguém de juízo são ocorrerá computar nela o espaço ocupado pelo muro, pouco importando que este pertença ao imóvel nº 414: nenhum veículo pode ser guardado, em parte mínima que seja, no interior do muro! Ao contrário do que se afirma, por conseguinte, houve na realidade eliminação de uma vaga, com ofensa ao disposto no art. 157, § 2º.

A respeitável sentença apelada (fls. 265) absteve-se de proceder à análise desse ponto, sob o pretexto de que reclamaria prova inadmissível no processo do mandado de segurança. *Data venia,* basta examinar e confrontar os projetos de fls. 218 e 221 para perceber com toda a clareza a insuficiência da largura do corredor de acesso. Desnecessária, para tanto, a realização de qualquer outra diligência instrutória. Nem há discutir "se o muro está integralmente no terreno de um dos proprietários, ou se a divisa é o eixo do muro", porque, de um ou de outro modo, permanece indiscutível que a respectiva largura não é "livre" para o fim de que se cuida.

3. *Conclusão* — Demonstrado *ut supra* que a autorização para funcionamento de creche e maternal no imóvel da Av. Portugal, nº 414, infringe a disciplina jurídica da matéria, dá-se provimento à apelação, para conceder a segurança impetrada. Em conseqüência, na forma da jurisprudência firme da Câmara, fundada nos arts. 20, *caput,* e 273 do Código de Processo Civil, aplicável ao mandado de segurança, porque não incompatível com qualquer disposição da Lei nº 1.533, nem com o respectivo sistema, condenam-se os apelados ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da causa.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 1982. *Des. Graccho Aurélio,* Presidente sem voto. *Des. José Carlos Barbosa Moreira,* Relator.

RELATÓRIO

1. O apelante, proprietário do prédio nº 402 da Av. Portugal, impetrou segurança contra ato do Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos, que, reconsiderando anterior despacho, autorizou a instalação de creche e maternal no imóvel contíguo, de nº 414 (fls. 58). Como fundamentos jurídicos da impetração, alegou terem sido violados: a) o Decreto nº 1.446, de 2 de março de 1978, segundo o qual, naquela zona da cidade (ZR-2), só se admitiria a construção de residências unifamiliares; b) as disposições referentes a vagas para guarda de automóveis, visto que a garagem do prédio teria sido transformada em refeitório, e bem assim à largura do acesso, que seria inferior ao limite mínimo exigido, de 2,50m. Acrescentou que não estariam satisfeitos os requisitos atinentes a pátios, e que o impugnado deferimento teria buscado apoio em dispositivo revogado (art. 48, § 5º, do Decreto nº 322, de 3 de março de 1976, com a redação do Decreto nº 2.248, de 20 de agosto de 1979).

2. Prestadas as informações de fls. 129 e segs. pela autoridade dita coatora, citou-se como litisconsorte passiva a sociedade instalada no imóvel em foco, Aconchego Creche e Maternal Ltda., que impugnou o pedido nas fls. 783 e segs. A douta Procuradoria-Geral do Estado defendeu, nas fls. 223 e segs., o ato objeto da impetração. Teve o processo andamento pouco ortodoxo, com juntada de petições não previstas na lei.

3. A sentença de fls. 255 e segs. denegou a segurança, cassando a liminar. Assim decidiu o Juízo *a quo,* considerando que a legislação tolera o exercício de atividade de ensino em ZR-2, e o funcionamento de creche é admitido em conjunto com o de maternal; quanto às outras questões, o respectivo deslinde dependeria de provas incompatíveis com o procedimento do mandado de segurança, de modo que não estaria configurado direito líquido e certo.

4. No recurso de fls. 269 e segs., sustenta o impetrante que as transformações de uso se submetem à mesma disciplina legal

das construções novas; que não foram cumpridas as exigências concernentes às vagas de garagem e largura do acesso; que as provas dos autos bastam para a solução das questões suscitadas, não havendo necessidade de perícia. Pleiteia a reforma da sentença, para que se conceda a segurança. As respostas da litisconsorte passiva e do município encontram-se, respectivamente, nas fls. 296 e segs. e 302 e segs. No parecer de fls. 319-20, opina a douta Procuradoria-Geral da Justiça pelo provimento da apelação, ratificando o pronunciamento do Ministério Público em primeiro grau (fls. 312-3).

Rio, 29 de novembro de 1982. *Des. José Carlos Barbosa Moreira,* Relator.

COMENTÁRIO

Tutela jurisdicional de interesses coletivos pelo particular

O julgamento do Acórdão supra-referido, no qual ficou reconhecida a possibilidade de um vizinho, pela via do mandado de segurança, obter o *writ* para anular a licença concedida pelo poder público a outro vizinho, abre novos campos ao direito urbanístico brasileiro e fortalece a defesa da comunidade pelo cidadão.

O ponto nevrálgico da questão, aliás bem equacionado pelo ilustre Relator, situa-se além dos limites do disposto no art. 6º do Código de Processo Civil. Efetivamente, a vedação legal constante de tal dispositivo impede que alguém, *em nome próprio, venha pleitear direito alheio,* salvo quando autorizado pro lei.

Em matéria de vizinhança, por exemplo, pelo próprio enunciado dos arts. 554 e 555 do Código Civil, sempre se entendeu estar o vizinho legitimamente habilitado a defender seu direito contra o mau uso da propriedade alheia. A questão percutida pelo acórdão, embora também versando sobre direito de vizinhança, é diversa. Interessa ao regramento das relações de vizinhança pelo poder público. O julgado ora objeto deste comentário teve a singular virtude de trazer luzes, pelo menos em nosso Estado, a um campo onde, até então, apenas o direito positivo deslindara controvérsias. Efetivamente, desde 1967, com a publicação do Decreto-lei nº 271, de 28 de setembro de 1967, admitia-se, apenas no campo dos loteamentos, que, *verbis:*

"Art. 6º 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 do loteamento ou contrárias a quaisquer outras normas de edificação ou de urbanização referentes aos lotes."

É bem verdade que a consolidação desta idéia em direito positivo veio também no bojo de construção pretoriana. Sua necessidade decorrera das inúmeras questões suscitadas, na cidade de São Paulo, pela loteadora inglesa Cia. City of São Paulo and Freehold Land, que entendia ter legitimidade para controlar, a nível edilício e urbanístico, *mesmo após a venda dos lotes,* os bairros que implantava.

Todavia, no caso do Decreto-lei nº 271, de 1967, o poder público não se encontrava envolvido nas questões de legitimidade processual, ora reconhecidas, ora negadas, à Cia. City. Discutiam-se, quando muito, questões de natureza comunitária entre os compradores de lotes.

A maior virtude do acórdão ora comentado reside no fato de ter-se garantido aos particulares, titulares de direitos assegurados pela legislação edilícia, mandado de segurança contra atos ilegais ou eivados de vícios praticados pela administração pública em detrimento da comunidade. E foi exatamente este o nó górdio da questão. Afinal, o que é a comunidade urbana? Até que ponto direitos garantidos pela legislação edilícia podem ser postulados por um único indivíduo em benefício coletivo? Qual é a natureza do direito que o cidadão comum, caso residente em zona exclusivamente residencial (como tal definida em lei municipal) tem, quando verifica que em tal zona o poder público concedeu, ao arrepio da lei, licença para determinada atividade sem pre-

viamente alterar-se a legislação? Trata-se de um direito subjetivo ou apenas de um interesse legítimo? Pode o particular, sem que se utilize das faculdades concedidas pela ação popular, prevista na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, assegurar seus direitos atacando diretamente a administração pública?

Defrontou-se o ilustre Relator com o campo dos direitos ou dos interesses que o Desembargador Kazuo Watanabe classificou como o dos interseses difusos (A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *O Estado de São Paulo,* 15 abr. 1984. p. 46), nomenclatura que bem define as dificuldades afinal flanqueadas no voto do Desembargador José Carlos Barbosa Moreira. Em tal elenco de interesses pode não haver (e freqüentemente não há) uma clara distinção entre *leis que tutelam diretamente o interesse de um ou de alguns dos membros* da comunidade, *e leis que tutelam primariamente interesses públicos* e *só por via indireta,* ou secundariamente, *interesses particulares* cuja direção esteja em sintonia com a daqueles. O último caso é típico das normas de direito edilício, uma vez que o interesse primário (ordenamento da cidade e seu desenvolvimento) é público, mas o interesse reflexo e subseqüente (bem-estar da população) ingressa no campo dos interesses privados.

De forma que a expressão *direito alheio,* conforme contida no art. 6º da lei adjetiva, não se aplica ao direito edilício, enquanto norma de direito público. A faculdade concedida ao particluar, de postular seus direitos diretamente contra a administração (quando esta figura no pólo ativo da vulneração dos mesmos) é inegável. Bem lembrou neste trecho preciso o renomado processualista e Relator, diante da tese da Procuradoria-Geral do Estado, de que o particular não teria direito subjetivo ou legitimidade processual para acionar o poder público, *verbis*:

"Então uma de duas: ou se admite que no Brasil as aludidas situações se submetem ao conhecimento dos órgãos do Poder Judiciário, como as que põem em causa 'direitos subjetivos' na acepção restrita, ou se veda pura e simplesmente, em relação a elas, qualquer perspectiva de controle jurisdicional. Ora, a optar-se pelo primeiro termo da alternativa, ter-se-á eliminado, ao menos do ponto de vista da acionalidade, toda a relevância prática da distinção, na qual, em última análise, se afigura preferível não insistir. Já a opção pelo segundo termo, essa seria francamente melancólica, na medida em que deixaria ao total desamparo interesses para os quais, até pela denominação mesma de 'legítimas' que se lhes aplica, não é razoável nem lógico reservar sorte tão madrasta."

A virtude maior do acórdão, porém, reside em ter-se não apenas reconhecido a existência do direito subjetivo e da legitimidade processual, mas em ter-se concedido a via mandamental para exercício de tais direitos pelo particular. Até agora, quase sempre remetia-se o impetrante às vias da ação popular, a despeito do preceito constante na Súmula nº 101 da Súmula de Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a possibilidade do exercício de uma ação sem prejuízo de outra.

Ora, a ação popular cabe a qualquer cidadão, enquanto as questões de vizinhança encontram-se muito mais especificamente ligadas à própria vida do morador do bairro. Parece claro e lógico não ter legitimidade para impetrar mandado de segurança contra um ato administrativo violador de direitos do morador da Tijuca (no Rio de Janeiro), um outro habitante da cidade, porém residente em Ipanema, na mesma cidade; tais questões deverão ficar, porém, ao livre arbítrio do juiz, de forma que não se tenha absoluta ausência de direito subjetivo.

Finalmente, bem lembrada pelo Relator foi a circunstância do efeito do *writ,* que terminaria beneficiando toda a comunidade, embora impetrado por um único morador. Tal circunstância é bem-vinda, esclarece o acórdão, na medida em que os interesses, embora difusos, são análogos. Quem resulta

beneficiada é sempre a própria comunidade, e, em última análise, a própria administração pública.

Em tempos como os de hoje, onde se torna tão verdadeira a advertência de San Tiago Dantas, lembrando que "o homem só se comove pelos próprios interesses", o acórdão ora comentado abre efetivamente novas perspectivas à manutenção de alguma qualidade de vida em nossas cidades, ampliando a abrangência das atividades do cidadão na defesa de seu bairro.

Álvaro Pessoa