

# Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

## 5.ª Câmara Cível

### APELAÇÃO CÍVEL N.º 24.449

Apelante: Orlindo Elias Filho

Apelados: 1. Aconchego Creche e Maternal Ltda.

2. Município do Rio de Janeiro

Relator: Des. J. C. Barbosa Moreira

N.º DE CLASSIFICAÇÃO (RI - art. 174, § 1.º): 3

*Embora dirigidas primariamente à tutela de interesses públicos, as normas edilicias geram direitos subjetivos para os particulares também interessados, ainda que de modo indireto ou secundário, em razão de prejuízos que possam sofrer em sua esfera pessoal. Esses particulares legitimam-se a exigir a respectiva observância, quer pelo vizinho intrator, 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.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 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 Juizes da 5.ª Câmara Cível, em sessão de 28-12-1982, 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 mandamental.

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 n.º 7, de 13-4-1977, cujas inovações não afastaram o princípio da unidade de jurisdição (cf. José Frederico Marques, *A reforma do Poder Judiciário*, 1.º vol., S. Paulo, 1979, págs. 198, 201, 435; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 8.ª ed., S. Paulo, 1982, pág. 36; Ada Pellegrini Grinover, *O contencioso administrativo na Emenda n.º 7/1977*, in *O processo em sua unidade*, S. Paulo, 1978, págs. 47 e segs., com ressalva do caso do art. 205). Assim, na Itália, por exemplo, a conjugação dos textos dos arts. 24, 1.ª alínea, 103, 1.ª alínea, e 113, 1.ª alínea, da Constituição revela que o discríme 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, 1.ª 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, 1.ª 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 reflexo l'interesse del singolo soggetto, così come l'inosservanza della norma lede, insieme con l'interesse pubblico, anche l'interesse del singolo" (Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Milão, 1980, págs. 19/20). Em outras palavras: cuida-se de interesses legítimos, e não de direitos subjetivos, "allorquando gli interessi individuali non siano direttamente contemplati e tutelati dal diritto oggettivo, ma siano soltanto con l'interesse generale ed approfittino della tutela accordata a questo"; quer dizer, no campo dos interesses legítimos "l'interesse individuale non è pienamente 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*, Turim, s/d, pág. 82).

1.2. Duas observações desde logo se impõem. A primeira é a de que a distinção repouse sobre aspecto *quantitativo*, e portanto *accidental* — o da maior ou menor preeminência do interesse individual como objeto da tutela normativa, que num grupo de hipóteses 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 frequência com que, na prática, se encontra dificuldade em classificar nesta ou naquela categoria determinado caso concreto — com a consequente 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.<sup>a</sup> ed., Milão, 1948, vol. II, págs. 92 e segs.). Aliás, a propósito dos chamados interesses legítimos também se costuma usar, em doutrina, a denominação "diritti affievoliti" (v. g., Cereti, *ob. e lug. 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*, Milão, 1955, pág. 9, nota 8, para quem o conceito de interesse legítimo indica "non qualcosa che non è diritto soggettivo, bensì soltanto una particolare categoria di veri e proprii diritti soggettivi" (destaque 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 encontrada em obras doutrinárias. Não se põe entre nós o problema da demarcação das áreas de competência, ací referido, visto que o Brasil não tem uma "justiça administrativa" paralela à *ordria* 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 públi-



cos 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. 6.º 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 melancólica, na medida em que deixaria ao total desamparo interesses para os quais, até pela denominação mesma de “legítimos” que se lhes aplica, não é razoável nem lógico reservar sorte tão madrastra... cf. *Celso Agricola Barbi, Do mandado de segurança*, 3.ª ed., Rio, 1976, págs. 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.ª ed., S. Paulo, 1979, págs. 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, § 2.º, 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 de imposição de direito público” (*ob. cit.*, pág. 80; gritado 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” (*ob. cit.*, pág. 83). Também *Pontes de Miranda*, e respeito do art. 578 do Código Civil, onde se alude à “posturas e regulamentos de higiene”, explicava que ele “faz conteúdo da lei de direito privado o que, a respeito da matéria, se estabeleça no direito público”; e acrescentava: “Em consequência disso, nascem aos vizinhos pretensões de direito privado” (*Tratado de Direito Privado*, t. XIII, Rio, 1955, pág. 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 à 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 (quanto 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. Respiquemos alguns, do E. Tribunal de Justiça de S. 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"* (20.4.1954, *Apel. Civ. n.º 65.937*, in *"REV. dos Trib."*, vol. 225, pág. 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"* (26.12.1960). *Rec. de Rev. n.º 85.399*, *ibid.*, vol. 312, pág. 262).

*"O vizinho, em princípio, tem qualidade para agir e pretender judicialmente o enquadramento de construção confinante dentro das disposições administrativas"* (18.6.1968. *Apel. Civ. n.º 168.230*, *ibid.*, vol. 398, pág. 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"* (26.6.1969, *Ape. Civ. n.º 171.189*, *ibid.*, vol. 413, pág. 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"* (11.12.1970, *Apel. Civ. n.º 165.181*, *ibid.*, vol. 427, pág. 76).

*"O particular pode pleitear a obediência às normas de edificação, desde que demonstre lesão ou ameaça de lesão a direito seu"* (18.9.1975, *Apel. Civ. n.º 244.790*, *ibid.*, vol. 483, pág. 93).

Adite-se, entre outros, o V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, de 6.7.1955, na *Apel. Civ. n.º 30.676*, cujo texto integral se pode ler na *"Rev. de Dir. Adm."*, vol. 45, pág. 333, ou na *"Rev. de Dir. da Proc.-Geral"*, vol. 10, pág. 498. Convém registrar que, segundo informa *Hely Lopes Meirelles, Direito de construir* cit., pág. 83, nota 21, o segundo julgado paulista do rol acima foi confirmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no *Rec. Extr. n.º 49.042*, in *D. J.* de 19.7.1963. 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 n.º 1.533, de 31.12.1951, 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 (v., na literatura mais recente, *Milton Flaks, Mandado de segurança; pressupostos da impetração*, Rio, 1980, págs. 122/3). Porque 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 atingidos pelos efeitos nocivos do respectivo descumprimento? A semelhante objeção responde a própria Lei n.º 1.533, em seu art. 1.º, § 2.º, consoante o qual, "quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança" (cf. *Celso Agrícola Barbi, ob. cit.*, págs. 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*, n.º 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 indice*, morador de outro bairro (ou, a *fortiori*, de outra cidade), imune, pela natureza das coisas, às consequências 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 n.º 4.717, de 29.6.1965, sem que se haja de indagar se o ato acoimado de lesivo ao patrimônio público (no sentido lato do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 4.717) prejudica ademais, de modo individualizado, aquele cidadão em particular, *diversamente* de como possa prejudicar a coletividade em si. A diferença quanto a *legitimatío 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 Avenida Portugal, n.º 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 n.º 001, em lotes de área inferior a 360m<sup>2</sup> "só é permitida a construção de edificação residencial unifamiliar" (Dec. n.º 1.446, de 2.3.1978, art. 2.º, n.º III). O lote da Avenida Portugal, n.º 414, situa-se na área A do PEU n.º 001 (anexo 2) e tem menos de 360m<sup>2</sup>, 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 exclui 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 consequências, a de que nas transformações de uso se tornam de todo em todo irrelevantes as exigências formuladas quanto às novas construções.

Argümenta o Município, todavia, com a regra do art. 48, § 5.º, do Dec. n.º 322, de 3.3.1976 (Regulamento de Zoneamento), na redação dada pelo Dec. n.º 2.248, de 20.8.1979, segundo o qual "a atividade de creche para crianças sadias, sem internação, poderá ser exercida concomitantemente com a de maternal, obedecidas as condições previstas por este artigo para ensino até o 1.º grau". Ao contrário do que supõe o Impetrante, esse dispositivo na verdade não foi revogado pelo art. 5.º do Dec. n.º 2.638, de 28.5.1980, que, nos termos da republicação feita no *Diário Oficial* de 29.9.1980, acrescentou ao referido art. 48 um sexto parágrafo, sem atingir, pois o § 5.º. Conjugada-se a norma, ao ver da Administração, com a do próprio art. 48, *caput*, n.º II, que declara "tolerada" em ZR-2 (e aí se localiza o imóvel) a atividade de ensino até 1.º grau.

À semelhante argumentação opõe o Impetrante a tese de que o Dec. n.º 1.446, como *lex specialis*, editada para imprimir disciplina específica à área do PEU n.º 001, prevalece sobre a *lex generalis* e afasta, nesse âmbito, a incidência do art. 48 do Dec. n.º 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 Dec. n.º 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 Avenida 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 garage do prédio teve de ser convertida em "área coberta", como evidencia o projeto de fls. 221. Para contornar o óbice do art. 157, § 2.º, do Dec. n.º 322, com a redação do art. 4.º do Dec. n.º 2.367, de 8.11.1979, 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 garage. De acordo, porém, com o art. 156, § 7.º, do mesmo Regulamento de Zoneamento, na redação do Dec. n.º 562, de 6.7.1976, o espaço destinado ao acesso não pode ser considerado como local para estacionamento "quando a sua largura livre for inferior a 2,50m (dois metros e cinquenta centímetros)".

Ora, no projeto primitivamente apresentado pela 1.ª Apelada (fls. 218), a largura do corredor de acesso à garage — 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 1.<sup>a</sup> Apelante (e o exame dos projetos permite por si só chegar à conclusão idêntica) na circunstância de que, a princípio, não se levava 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 largura 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, § 7.º, do Dec. n.º 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 n.º 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, § 2.º.

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 Avenida Portugal, n.º 414, infringe a disciplina jurídica da matéria, dá-se provimento à apelação, para conceder a segurança impetrada. Em consequência, 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 n.º 1.533, nem com o respectivo sistema, condenam-se os Apelados ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) 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 n.º 402 da Avenida 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 n.º 414 (fls. 58). Como fundamentos jurídicos da impetração, alegou terem sido violados: a) o Decreto n.º 1.446, de 2.3.1978, segundo o qual, naquela zona da cidade (ZR2), só se admitiria a construção de residências unifamiliares; b) as disposições referentes a vagas para guarda de automóveis, visto que a garage 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, § 5.º, do Decreto n.º 322, de 3.3.1976, com a redação do Decreto n.º 2.248, de 20.8.1979).

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. 183 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 ZR2, 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 d. 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

#### RELATÓRIO

O Dr. Procurador de Justiça em exercício junto ao Juízo da 12ª Vara Criminal desta Capital, mediante requerimento de despacho datado de 13 de maio de 1982, em seu pedido de baixa do Auto de Prisão em Flagrante referente a Genário Paulo Moraes da Silva Tavares, indiciado por lesões corporais que foram causadas em João Pereira Nunes.

Sustenta que a decisão reclamada que indefere seu pedido de baixa dá origem a diligências que entende necessárias à formação de seu próprio delito e que, além disso, determinou o arquivamento sem pedido, tumultuando o ordenamento tal revelando abuso de poder.

Nas longas informações prestadas, o Dr. Juiz reclamado sustenta a legalidade de sua decisão com base na aplicação dos arts. 13, II e 28 do C. Processual Penal.

Parecer do Dr. Procurador de Justiça pela procedência do pedido.

#### VOTO DO RELATOR

Convém assinalar os intuítos elevados da decisão reclamada que objetiva dinamizar os serviços do Juízo e dar a mais breve possível solução às lites ali propostas.

Sabe-se, porém, que a documentação do delito seja na hipótese de Auto de Prisão em Flagrante, seja de Inquérito Policial, é atividade eminentemente administrativa, tendo como destinatário não o Juiz, mas o Ministério Público. Tal decorre da própria natureza do Parquet; o Ministério Público é a instância nacional que dá a ordem jurídica. Cabe ao Ministério Público formar o inquérito delictivo, propondo a ação penal ou pedido o arquivamento da documentação do crime.

Diante de Auto de Prisão em Flagrante ou de Inquérito Policial, como ainda não há, normalmente, ação penal (salvo penal nos hipóteses de contravenção ou de pro-