

DIREITO DE CONSTRUIR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 3805

Apelante: Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Taborda

Apelado: Município do Rio de Janeiro

Direito de construir. Zona residencial unifamiliar. Edificação de barracos na vizinhança, sobre córrego, sem licença da autoridade e ao ar-repio das normas edilícias. Direito subjetivo do proprietário do imóvel de pretender a demolição da construção clandestina. Inércia da Administração em demolir as construções e remover os que ali habitam, ainda quando reconheça a irregularidade. Legitimação passiva ad causam que se reconhece. Provimento do recurso para que o juízo de 1º grau aprecie o mérito.

PARECER

1. A apelante, proprietária de prédio unifamiliar, situado nas cercanias do Itanhangá Golf Club – Barra da Tijuca, promoveu ação em face do Município do Rio de Janeiro com fito de compeli-lo, sob a cominação de multa diária de Cr\$ 30.000,00, a demolir construções erigidas em terreno contíguo, ao ar-repio de quaisquer normas edilícias.
2. A sentença, inobstante reconhecer — que os barracos carecem de legalização e foram edificados ferindo totalmente o Código de Obras; que o comportamento do poder público nesse mister só tem contribuído para o crescimento do número de favelas na cidade e, conseqüentemente, para a falta de segurança para um sadio convívio em sociedade — julgou a autora carecedora de ação contra o Município, que seria, a seu aviso, parte ilegítima passiva *ad causam*. Entendeu o MM. Juízo a quo que o particular não pode compeli-lo o poder público a exercer seu poder de polícia administrativa, cumprindo-lhe somente exigir do vizinho, construtor da obra clandestina, a sua demolição com as sanções cabíveis.
3. O tempestivo recurso, repisando a argumentação inicial, combate as assertivas do julgado. O Município, em razões de apelado, prestigia a sentença, sendo em igual sentido a manifestação da Curadoria da Fazenda Pública.
4. O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso para, cassada a sentença, devolver a causa ao juízo de primeiro grau, para julgamento do mérito, proclamado o interesse da autora-apelante e a legitimação passiva do Município.
- 4.1 Saliento, *ab initio*, competir a esta Eg. Câmara a apreciação e julgamento do recurso. Ao declinar a Eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de sua competência, fê-lo, a meu aviso, com acerto, pois a causa não é de direito de vizinhança, mas

de preceito cominatório contra o Município com o fito de obrigá-lo a exercer seu poder de polícia contra construções irregulares.

4.2 A apelante é proprietária de residência unifamiliar situada à Rua Sérgio de Carvalho, Itanhangá – Barra da Tijuca. Em área nobre da cidade, possui o aprazível sítio somente residências de alto luxo. É fato incontroverso nos autos.

Na instância administrativa, com objetivo de pôr cobro às construções irregulares, obteve a apelante o reconhecimento de sua pretensão pelo Administrador Regional da Barra da Tijuca, fls. 20/23, sendo certo ainda que a Superintendência Estadual de Rios e Lagoas — SERLA promoveu intimação aos ocupantes dos barracos, marcando-lhe prazo para demolição (fls. 23/25).

De notar ainda o teor do ofício dirigido à apelante pelo eminente Secretário Municipal de Desenvolvimento Social: sem negar a existência das construções irregulares, sugere a autoridade que “a apelante promova tratamento paisagístico para o limite de seu terreno com a comunidade da Floresta da Barra, a fim de impedir a visão de sua piscina pelos vizinhos” (fls. 30).

4.3 As restrições urbanísticas do bairro onde reside a apelante obrigam todos os moradores e adquirentes de lotes a observar as posturas edilícias para o local, notadamente as que têm em mira preservar as condições residenciais e a harmonia das edificações.

Nesse contexto, qualquer proprietário de imóvel no local tem legítimo interesse na manutenção do bairro com as características de sua projetada urbanização, dispondo, por via de consequência, das ações adequadas para fazer respeitar as imposições consignadas no loteamento e plano de urbanização.

Gize-se que, no direito de construir, por expressa determinação do Código Civil, as normas de vizinhança são sempre complementadas pelas limitações administrativas ordenadoras das construções e asseguradoras da funcionalidade urbana:

“O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos” (Cód. Civ., art. 572).

4.4 À administração pública cabe exercer o poder de polícia, entendido por Caio Tácito:

“Como o conjunto de atribuições concedidas para disciplinar e restringir em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.” (“O poder de polícia e seus limites”, “RDA”, 27/1.)

Verificando e até mesmo admitindo expressamente que os barracos construídos ou em construção estão em desconformidade com as normas do Código de Obras, e são ofensivas à urbanização do loteamento, devia a Administração, no exercício do poder de polícia, promover a demolição da obra clandestina e remover os que dela se utilizam para moradia. O plano urbanístico da área tem de ser preservado, ainda que com sacrifício da população carente que ali se instalou.

Nem colhe o argumento de que o exercício desse poder ficaria ao talante da Administração.

A discricionariedade de que se investe o administrador para exercer esse poder não se confunde com a arbitrariedade. Discricionariedade é a faculdade de agir dentro dos limites pré-traçados pelo direito; arbitrariedade é a ação excedente ou contrária ao Direito, cometida com ilegalidade, abuso ou desvio de poder. O ato discricionário quando permitido à Administração é legítimo e válido; o arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Como observa o saudoso Gustavo Filadelfo de Azevedo, citado por Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*, 5ª ed., RT, p. 74):

"O direito de construir está sujeito às restrições de caráter regulamentar, destinadas a impedir o uso da propriedade de forma nociva à saúde, contrária à segurança ou qualquer outro motivo de interesse público dessa natureza, com liberdade ampla, dentro da órbita reclamada pelo bem-estar coletivo e do respeito à substância do próprio direito de propriedade os regulamentos edilícios não serão, genericamente considerados, simples normas de polícia edilícia, mas, de modo mais preciso, como limites de direito público à propriedade imobiliária."

Nesse contexto a apelante, proprietária de imóvel na Rua Sérgio Carvalho, tem o direito subjetivo à observância das limitações por parte dos que constroem, inclusive em relação à Municipalidade que, tendo poder - dever de autorizar e fiscalizar as construções, deles se demite para, ostensivamente, ainda, as permitir ao arrepio dos regulamentos e das limitações que ela própria houve por bem editar.

Colha-se, a propósito, a orientação da jurisprudência do antigo TJDF e TJSP, esta respaldada pelo Excelso Pretório, com propriedade trazida à colação pelo eminente Hely L. Meirelles (*Direito de Construir*, 5ª edição, RT, p. 76):

"Se as restrições de direito administrativo são de molde a criar obrigações de não exercício do direito de propriedade, logo se está a ver que todo aquele que se julgar prejudicado em sua vizinhança pelo inadimplemento de tais obrigações tem o direito subjetivo de obter a reposição in pristinum do estado de coisas anterior ou de evitar o descumprimento diante de uma ameaça de lesão ou seu direito individual", e linhas adiante o culto relator, Des. Hugo Auller, ajunta que "esta conclusão vem assim espancar quaisquer dúvidas acerca da disputa suscitada pela questão de saber se os regulamentos edilícios limitados ao uso da propriedade autorizam o exercício de uma ação entre vizinhos cumulativamente contra a pública administração para o efeito de exigir o respeito às normas respectivas do direito de construção."

"No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Seção Civil, em acórdão da lavra do ilustrado Des. Carmo Pinto que: 'O proprietário lesado por obra vizinha erguida com infração de normas edilícias tem ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou ilegalmente.' E na motivação deste aresto, que constitui um autêntico leading case, ficou dito que: 'É, de fato, estranho que a norma que regula a atividade administrativa não seja suficiente para fundamentar um direito do cidadão quando este pode

exigir, no próprio interesse, a observância de tal norma.' E remata o douto relator: 'No direito brasileiro, como no americano, o ato administrativo está sujeito ao conhecimento irrestrito da Justiça comum. Chama-se interesse legítimo ou direito subjetivo à proteção indireta concedida ao interesse do particular pela norma dirigida ao interesse geral, coletivo, inegável é a existência de um direito de ação.' "

A ação cominatória intentada pela apelante é, assim, adequada, sendo legítima do passivo a respondê-la o Município, como ensina J. Cretella Junior (*Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, Forense, 1984, p. 494). Ao juízo de primeiro grau caberá agora julgar o mérito, porque de outro modo estaria sendo suprimida uma instância.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 1990.

Eduardo Menezes Côrtes
Procurador de Justiça