



Apelação Cível nº 0004816-66.2013.8.19.0001

Relator: Des. Mauro Dickstein

Apelante(s): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
TROPEÇO BAR E RESTAURANTE

Apelado(s): OS MESMOS  
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Origem: ação civil pública – Central de Assessoramento Fazendário

Juiz em 1º grau: Dra. Neusa Regina Larsen de Alvarenga Leite

### ACÓRDÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. URBANISMO. ALEGAÇÃO DE USO IRREGULAR DO PASSEIO PÚBLICO COM A COLOCAÇÃO DE MESAS E CADEIRAS EM CALÇADA. PROVIMENTO PARCIAL. DANO MORAL COLETIVO REJEITADO. DETERMINAÇÃO DE ADEQUAÇÃO DO LOCAL AO DECRETO Nº 33.123/2010. APELAÇÕES. ATO DO PREFEITO NO EXERCÍCIO DE SEU PODER REGULAMENTAR, INCLUSIVE, COM A POSSIBILIDADE DE CRIAR ÁREA DE ESPECIAL INTERESSE URBANÍSTICO, SOCIAL, AMBIENTAL E TURÍSTICO, NOS TERMOS DO ARTS. 292 E 429, X, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. AFASTADO O AFIRMADO JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. REQUERIMENTO DE DEMOLIÇÃO DAS ESTRUTURAS IRREGULARES QUE NÃO ELIDE A POSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DE SEU AJUSTE ÀS NORMAS QUE CUIDAM DA MATÉRIA, ACASO VERIFICADO QUE A PROVIDÊNCIA ESTÁ AMPARADA EM LEGISLAÇÃO. CONSTATADA A IRREGULARIDADE, ATRAVÉS DE VISTORIA NO LOCAL, HÁ NECESSIDADE DE SUA CONFORMAÇÃO, NÃO SOMENTE NO QUE CONCERNE ÀS METRAGENS, MAS, NOTADAMENTE, QUANTO À COBERTURA NA ÁREA EM QUESTÃO, TENDO EM VISTA QUE A ESTRUTURA EXISTENTE NÃO SE ENCONTRA NOS PADRÕES ESTABELECIDOS PELO DECRETO Nº 33.123/2010. INDENIZAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL CORRETAMENTE AFASTADA. USO DO ESPAÇO PÚBLICO DE FORMA CONSENTIDA, TRATANDO-SE APENAS DE ADAPTÁ-LO ÀS NORMAS MUNICIPAIS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. RECURSOS CONHECIDOS PARA, REJEITADA A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, DAR-SE PARCIAL PROVIMENTO AO DO AUTOR, NEGANDO-SE PROVIMENTO AO DO RÉU.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível nº 0004816-66.2013.8.19.0001, em que figuram como apelantes MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e TROPEÇO BAR E RESTAURANTE e como apelados OS MESMOS e MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.





ACORDAM, os Desembargadores que compõem a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Sessão de Julgamento realizada em 16 de dezembro de 2014, por unanimidade, em conhecer dos recursos e dar parcial provimento ao do autor, desprovendo o do 2º réu, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2014.

MAURO DICKSTEIN  
Desembargador Relator



## RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e de TROPEÇO BAR E RESTAURANTE, aduzindo que, a partir de representação encaminhada a Promotoria, dando conta da ocupação irregular do logradouro público pelo 2º réu, restaurante situado na Rua Dias Ferreira nº 256, lojas A e B, Leblon/RJ, instaurou inquérito civil, em setembro de 2007, oficiando à Coordenação de Licenciamento e Fiscalização, resultando constatado a ausência de autorização para a colocação de mesas e cadeiras para o restaurante “Sushi Leblon”.

Salienta que o 2º réu apresentou, no inquérito acima mencionado, uma planta aprovada das modificações em seu estabelecimento, com a anotação do processo administrativo nº 06/476.719/71, porém, o Grupo de Apoio Técnico Especializado do Ministério Público, em parecer técnico, concluiu que a utilização de parte do passeio público pelo restaurante, na forma como se apresenta, não atende às disposições do Decreto nº 322/76.

Ressalta que, em decorrência do parecer acima mencionado, foi expedida notificação a fim de que o réu se manifestasse, no sentido de aceitar celebrar Termo de Ajustamento de Conduta, comprometendo-se a regularizar as questões apresentadas pela equipe técnica do Parquet. Entretanto, após um ano de expedição da notificação, o 2º réu requereu dilação do prazo, informando haver encaminhado à Prefeitura minuta de Decreto que regulamentaria o uso de mesas e cadeiras em espaço público pelo seu estabelecimento, o que resultou no Decreto nº 33.123/2010.

Acresce que foi enviado ofício a Light, requerendo vistoria no local, pois, reportagem veiculada no Jornal O Globo, em 02/07/2010, relatou que a escada de acesso ao restaurante está em cima de uma caixa de força da concessionária, resultando confirmado pela concessionária que, “o degrau instalado pelo restaurante cobre parcialmente a Câmara Transformadora nº 869”.

Por derradeiro assevera que, após a promulgação do Decreto Municipal nº 33.123/2010, novo parecer do GATE (Grupo de Apoio do Ministério Público) foi realizado, consignando-se na oportunidade que a atual legislação “apresenta significativa redução no número de dispositivos e que estes ainda são menos restritivos”, exemplificando que, embora não mais haja vedação quanto à existência de ressalto no piso e fechamento vertical da área de passeio utilizada pelo estabelecimento em tela, permanece a necessidade de que os elementos e materiais que os constituam sejam removíveis, providência que o 2º réu não observa.

Requer, inicialmente, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 33.123/10, ao argumento de contrariar disposição contida no Decreto nº 322/76 que, com o advento da atual Constituição e da Lei Orgânica, foi recepcionado com status de Lei Complementar, pois alterou de 2,50m para 1,50m a faixa que deve estar desimpedida, destinada à circulação de pedestres na área permitida para colocação de mesas e cadeiras.

Assevera ser inconcebível que um decreto inconstitucional e ilegal, cuja minuta foi proposta pelo próprio réu, tenha o condão de regularizar a evidente ocupação irregular de espaço público.

Por fim, afirma que as obras do estabelecimento estão em desacordo com o próprio Decreto nº 33.123/10, tendo em conta a existência de estrutura fixa, fechada e de alvenaria que não se enquadra no conceito de removível.

Liminarmente requer a remoção da estrutura fixa, composta de alvenaria e cerâmica, ou seja, a irregularidade incontroversa, posto contrariar até mesmo o Decreto nº 33.123/10, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,000.

Ao final, pugna pela declaração incidental de inconstitucionalidade do Decreto nº 33.123/10, com a demolição de construções irregulares executadas pelo 2º réu, posto que, em desconformidade com o Decreto Municipal nº 322/76, bem como, à condenação a indenizar à coletividade pelos danos causados em razão do tempo de funcionamento da expansão irregular, “obtendo enormes lucros com a utilização indevida do espaço público, auferindo ganhos em detrimento do interesse público, e em contrariedade à legislação ora vigente”.

Liminar indeferida, consoante fls.123/124, decisão objeto de agravo de instrumento desprovido, consoante fls. 675.

Contestação pelo 2º réu, Tropeço Bar e Restaurante a fls. 141/152, sustentando, em síntese, a constitucionalidade do Decreto nº 33.123/10, porquanto dispositivo contido no próprio Decreto nº 322/76 autoriza a edição de legislação especial que discipline de forma diversa a questão, quando presente o interesse turístico, paisagístico ou urbanístico, razão pela qual, levando em consideração o empenho em fomentar o desenvolvimento do tradicional polo gastronômico e cultural localizado na Rua Dias Ferreira, foi elaborado o decreto municipal nº 33.123/10 que regulamenta o uso de mesas e cadeiras na área da calçada da Rua Dias Ferreira.

Ressalta que, ainda que assim não se considerasse, a regulamentação de norma específica para a Rua Dias Ferreira, com as suas peculiaridades, não se revela inconstitucional, tratando-se de regra especial que disciplina determinada matéria para uma situação específica, afastando-se a incidência da norma geral.

Acresce que tal regramento vale para todos os restaurantes daquele logradouro e a proposta de decreto foi encaminhada pela Sra. Ana Carolina Gayoso e Almendra na qualidade de Presidente da Associação dos comerciantes da Rua Dias Ferreira.

Por derradeiro assevera que, prova pericial poderá demonstrar que a área para colocação de mesas e cadeiras, inclusive, quanto às coberturas e toldos encontram-se nos exatos limites do art. 1º da citada legislação.

Rechaça o pleito de indenização, ao argumento de que a utilização do espaço encontra-se regular, bem como pela falta de prova do alegado dano.

Contestação do Município do Rio de Janeiro a fls. 215/224, sustentando a constitucionalidade do Decreto nº 33.123/10, salientando tratar-se de norma que objetiva regulamentar o uso de mesas e cadeiras em espaço de interesse turístico, cultural e gastronômico, estando em plena conformidade com o art. 1º, do Decreto nº 322/76 que prevê que o Prefeito baixa ato específico disciplinando a questão.

No mérito, aduz em síntese que, sempre exerceu o seu Poder de Polícia, conforme demonstrado pelos Processos Administrativos nº 02/335929/2002 e 04/208428/2007 e pelas diversas autuações do 1º réu.

Sentença de procedência parcial do pedido a fls. 687/689, afastando, preliminarmente, a inconstitucionalidade do Decreto nº 33.123/10, sustentada pelo autor, para condenar o 2º réu (Tropeço Bar Restaurante) a adequar a área pública utilizada à metragem da legislação acima citada (Decreto nº 33.123/10), conforme apurado em liquidação de sentença.

Apelação do Ministério Público a fls. 703/720, reeditando os argumentos deduzidos na inicial, notadamente, a alegação de vício do Decreto Municipal nº 33.123/10, uma vez que, a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro recepcionou o Decreto Municipal nº 322/76, que aprovou o Regulamento de Zoneamento do Município, com status de lei complementar, daí porque, qualquer alteração deverá ser procedida por igual meio, ou seja, por lei complementar.

No mérito aduz que, o 2º apelado viola até mesmo o Decreto nº 33.123/10, posto que este proíbe a instalação de estrutura não removível sobre o espaço público, enquanto o réu mantém uma parede de alvenaria revestida de madeira e piso de cerâmica, conforme fotos anexadas a fls. 88/90, construção que somente pode ser removida pela sua demolição e não pelo mero desmonte, em contrariedade ao conceito de estrutura removível constante da própria legislação invocada pelo réu.

Salienta ser patente a ineficácia do Município no que se refere ao exercício do poder de polícia, pois apenas lavrou autos de infração e expediu edital de embargo, medidas que não fizeram cessar a conduta ilícita.

Ressalta ser inequívoco o dano moral coletivo perpetrado pela “privatização do espaço público e a limitação ao trânsito de pedestres no local”.

Recurso adesivo do 2º réu a fls. 747/754, sustentando a reforma da sentença, ao argumento de ser ultra petita, pois o autor não requereu a adequação da área pública utilizada à metragem prevista no Decreto nº 33.123/10.



No mérito, alega que o julgado não observou que as provas constantes do processo demonstram a observância às medidas impostas pela legislação que trata da matéria.

Contrarrazões a fls. 732/745 pelo 1º réu, a fls. 765/774 pelo Município e a fls. 776/791 pelo Ministério Público.

Parecer da Procuradoria de Justiça a fls. 798/817.

É o relatório que foi à douta **revisão**.

### VOTO

Recurso tempestivo, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conhecido.

A sentença proferida em 1ª grau merece integração.

Inicialmente, cumpre salientar, não assistir razão ao Ministério Público, no que tange à alegada inconstitucionalidade do Decreto nº 33.123/10.

Consoante se depreende do disposto na Constituição Federal, em seu art.182, a política de desenvolvimento urbano é executada pelo poder Público Municipal, disciplinando o art. 14, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro que, o Município goza de autonomia administrativa, entre outros aspectos, pela administração própria dos assuntos de interesse local, cabendo-lhe a competência para legislar sobre ditos temas, sendo de iniciativa do Prefeito as leis que versem sobre política, planos e programas municipais, locais e setoriais de desenvolvimento.

Acresça-se que, a materialização dos atos administrativos da competência do Prefeito se produz mediante decreto, no exercício do seu poder regulamentar, e, como política de desenvolvimento econômico e social deve fomentar o turismo, podendo ainda, como forma de incrementar o desenvolvimento urbano, criar áreas de especial interesse urbanístico, social, ambiental, turístico e de utilização pública, nos termos dos arts. 292 e 429, X, da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

Nesse passo é que, embora o Decreto Municipal nº 322/76, haja disciplinado o uso de mesas e cadeiras em calçadas, posteriormente, nova legislação tratou da questão, Decreto nº 29.881/08, no Livro I, Regulamento 2, inclusive, constando, expressamente, da aludida norma, que “quando o interesse turístico, paisagístico ou urbanístico justificar tratamento especial para a utilização de passeios de determinados logradouros, poderão ser baixados atos específicos pelo Prefeito ou por quem tiver competência por ele delegada disciplinando a questão de modo diverso”.



Desse modo, o Decreto ora questionado pelo autor regulamenta matéria de interesse urbanístico e turístico, conforme expressamente mencionado, em atenção ao desenvolvimento de área considerada pela municipalidade como polo gastronômico, cultural e comercial.

Assim, as legislações permitem sua alteração por ato do Prefeito, mediante decreto, razão pela qual, não há qualquer irregularidade a ser sanada no Decreto Municipal nº 33.123/10, ora questionado, meramente regulatório, produzindo este seus regulares efeitos, afastada a alegação de vício por inconstitucionalidade, pretendendo o Parquet substituir o executivo no exercício de seu poder regulamentar, no que diz respeito à política de desenvolvimento econômico e social no município.

Cabe ainda registrar que, a menção promovida pelo Ministério Público, concernente à existência no local de restaurantes que funcionam sem alvará ou com autorização incompatível com a natureza do negócio, além de não dizer respeito ao objeto da presente ação, o próprio *Parquet* assevera que, apenas o réu Sushi Leblon possui alvará de acordo com a sua finalidade, o que igualmente seria irrelevante no caso em comento, por não ser o tema objeto da presente controvérsia.

Também não se acolhe o alegado julgamento *ultra petita*, sustentado pelo 2º apelante, pois, o pedido foi o de remoção da estrutura fixa existente no local e demolição “das construções irregulares”, o que, por óbvio, não impede, diante da constatação de que estas se encontram amparadas na legislação que trata da matéria, a determinação de sua adaptação às normas vigentes (integração).

No mérito, a hipótese é de dar-se parcial provimento ao apelo do autor, Ministério Público, desprovendo-se o do 2º demandado, TROPEÇO BAR E RESTAURANTE.

Assim se decide porque, na sentença resultou o 2º réu condenado a adequar a área pública utilizada à metragem constante do Decreto nº 33.123/10, porém, assiste razão ao Ministério Público, havendo necessidade, igualmente, de se adaptar o espaço utilizado na calçada, no que tange à sua cobertura, posto que aludida norma proíbe a instalação de estrutura não removível, enquanto o laudo técnico constatou a existência de uma parede de alvenaria revestida de madeira e piso de cerâmica, conforme fotos anexadas a fls. 88/90, em contrariedade ao conceito de estrutura removível, uma vez que, a sua retirada não se dá pelo mero desmonte, mas sim, pela demolição.

Ressalte-se que, foram realizadas duas vistorias no local e constatado que, embora a nova legislação apresente significativa redução no número de dispositivos, sendo estes ainda menos restritivos, permitindo a existência de ressalto no piso e fechamento vertical da área de passeio utilizada pelo estabelecimento em tela, permanece a necessidade de que os elementos e materiais que os constituam sejam removíveis, providência que o 2º réu não observa, inclusive, adaptando-se a escada de acesso ao restaurante, posto que, encontra-se sobre uma caixa de força da concessionária (Light), conforme se constata das fotografias de fls. 36, da reportagem de fls. 65 e do ofício da referida concessionária a fls. 79/81, este último confirmando que o degrau instalado pelo restaurante cobre parcialmente a Câmara Transformadora nº 869, e que, quando necessitou fazer a manutenção no local

teve de retornar em outro dia, o que não se mostra razoável diante de eventual situação de emergência, impondo-se, pois, a adaptação adequada.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado de nosso E. TJRJ, *verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO DE USO DE LOGRADOURO PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO. Mandado de segurança impetrado por autorizatário de uso de espaço público, objetivando a concessão da ordem determinando a suspensão do ato administrativo de desocupação de logradouro público. Sentença de denegação da ordem. 1. É cediço que, nos termos do art. 1.º, da Lei n.º 12.016/09, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. 2. In casu, a autorização para a utilização de logradouro público, colocação de mesas e cadeiras nas calçadas, é ato discricionário da Administração Pública, ou seja, como se sabe, é ato unilateral, precário e limitado à observância das normas regulamentares à questão. 3. Recurso ao qual se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, do CPC.

Des. Fernando Foch lemos - julgamento: 20/05/2014 - Terceira Câmara Cível.

Em relação ao alegado dano moral, tem-se não ser essa a hipótese, assistindo razão ao julgador de 1º grau, pois, a utilização do local não é vedada, ao contrário, é permitida em lei, aliás, vários pontos da cidade utilizam o espaço de calçadas com mesas e cadeiras amparados em norma municipal, e, no caso concreto, há longos anos, cuidando, a hipótese de, tão somente, se adequar o local ao regramento estabelecido pela municipalidade.

No que concerne ao apelo do 2º réu, melhor sorte não lhe assiste.

Resultou devidamente constatada nos autos a irregularidade, consistente no não atendimento às exigências da legislação que trata da matéria, daí porque, imperiosa a sua adequação.

Desse modo, a regularização do local com as adaptações que a legislação que trata da matéria estabelece (Decreto nº 33.123/10), é medida que se impõe.

Por tais fundamentos, conheço dos apelos para, rejeitada a alegação de inconstitucionalidade, dar parcial provimento ao do autor (MP) / 1º apelante, desprovendo o do 2º réu (Tropeço Bar e Restaurante) / 2º apelante, confirmada, no mais, a sentença, nos termos acima.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2014.

MAURO DICKSTEIN  
Desembargador Relator