



ACÓRDÃO Nº _____ - DJE: ____/ABRIL/2016.
5ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
APELAÇÃO CÍVEL – Nº 2014.3.028509-4.
COMARCA: BELÉM/PA.
APELANTE(S): ADRILENE ALMEIDA DE FREITAS e TIM CELULAR S/A.
ADVOGADO(S): ARNOLDO DE FREITAS JUNIOR.
APELADO: MARIA DO SOCORRO NASCIMENTO OLIVEIRA.
ADVOGADO(S): RAIMUNDO NONATO DA TRINDADE SOUZA.
PROCURADOR DE JUSTIÇA: MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO VELASCO DOS SANTOS.
REVISOR: Des. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO.
RELATOR: Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. PRELIMINAR DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FAC-SÍMILE. JUNTADA DO ORIGINAL. TERMO FINAL. CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. VERIFICADA. INADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL. AFATASTADA. NULIDADE DA PERÍCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DA PARTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. CONSTRUÇÃO E DETERIORAÇÃO DE IMÓVEL CONTÍGUO. DEMOLIÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO MORAL NÃO COMPROVADO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Verifica-se dos autos que a sentença (fls.167/177) foi publicada em 25.11.2013 (segunda-feira), sendo que o prazo para embargos findou em 30.11.2013 (sábado), prorrogando-se, assim, até o dia 02.12.2013 (segunda-feira), data na qual os embargos de declaração (fls. 178/180) foram opostos por fac-símile, e a respectiva petição original dos embargos foi protocolizada em 09.12.2013 (segunda-feira). Inobstante a regra de continuidade do art. 2º da Lei nº.9.800/99, o embargante, ora Apelante, não poderia ter protocolizado a peça original dos aclaratórios, visto que não havia no dia do termo final do prazo de apresentação expediente forense no âmbito deste E. Tribunal e, por isso mesmo, o fez no dia útil subsequente, vale dizer, na segunda-feira, dia 09.12.2013;

II. A legitimidade passiva na ação de nunciação de obra nova será daquele que determina a realização da construção, e nem sempre estará relacionada ao efetivo proprietário do imóvel;

III. Ainda que de caráter eminentemente inibitória, a tutela veiculada na ação de nunciação de obra nova é adequada se, no momento da sua propositura, ainda não houver sido finalizada a obra, pouco importando se no provimento definitivo a obra já havia sido concluída;

IV. De acordo com a jurisprudência do C. STJ: ‘a nulidade por inobservância do art. 431-A, do CPC deve ser examinada à luz do art. 249, § 1º, do CPC, de modo que somente se houver demonstração da existência de prejuízo cabe a declaração de nulidade da perícia realizada.’ (EREsp 1121718/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2012, DJe 01/08/2012);

V. A relação de causalidade está devidamente demonstrada na espécie dos autos, de modo que toda as provas, sejam documentais ou periciais, coincidem na direção de relacionar os danos estruturais verificados no imóvel da Apelada (efeito) à fundação da obra realizada pela Apelante TIM CELULAR S/A no imóvel vizinho (causa);

VI. A demolição da antena não atende à proporcionalidade, de modo que, a luz da Constituição Federal, é tida como desnecessária, podendo ser substituída por outros meios capazes de garantir o preceito do direito de propriedade, preconizado no art. 5º, inc. XXII, da Carta Magna;

VII. Inexistindo comprovação fática de danos de ordem moral, resta improcedente a condenação da Apelante ao pagamento de indenização de caráter compensatória;

VIII. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram a 5ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará por unanimidade em CONHECER do recurso e DAR PARCIAL PROVIMENTO para:

i) excluir a Apelante Adriene Almeida de Freitas do pólo passivo da demanda, face sua ilegitimidade passiva ad causam;

ii) reformar a sentença no ponto que condenou as Apelante à demolição da antena de estação de rádio base; e,

iii) reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de indenização por danos morais, determinando que as Apelantes não sejam condenadas ao pagamento de R\$20.000,00 (vinte mil reais), a título de compensação pelos danos morais, haja vista a ausência de prova concreta do dano.

Tendo em vista o parcial provimento do recurso, o que denota sucumbência parcial tanto da demandante, quanto da demandada, determino que as custas processuais sejam pagas por ambas partes na seguinte proporção: 1/3 (um terço) pela autora e 2/3 (dois) pela Ré TIM CELULAR S/A.

Quanto aos honorários advocatícios, fixo honorário de sucumbência em favor da Autora, no montante de 12%



(doze por cento) do valor da condenação, que deverá ser aferido conforme o valor das despesas de recuperação do imóvel da Apelada.

Turma Julgadora: Des. Constantino Augusto Guerreiro – Relator, Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto – Revisor e Presidente e Juiz Convocado José Roberto Pinheiro Bezerra Junior.

Plenário 5ª Câmara Cível Isolada, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos quatorze (14) dias do mês de abril do ano de dois mil e dezesseis (2016).

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

Desembargador – Relator

RELATÓRIO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por TIM CELULAR S/A e ADRILENE ALMEIDA DE FREITAS, nos autos da Ação de Nunciação de Obra Nova (Processo nº 0012900-78.2011.814.0301) proposta por MARIA DO SOCORRO NASCIMENTO OLIVEIRA, diante do inconformismo com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca da Capital (fls. 167/177), que julgou totalmente procedente os pedidos da inicial para:

- i. determinar a demolição da antena construída pela empresa TIM CELULAR S/A no imóvel que lhe foi alugado pela Apelante Adrilene Almeida de Freitas;
- ii. condenar, solidariamente, as Apelantes à recomposição completa e reforma do imóvel da Apelada; e,
- iii. condenar, solidariamente, as Apelantes ao pagamento de indenização no valor de R\$-20.000,00 (vinte mil reais), devidamente corrigido monetariamente.

Nas razões recursais (fls. 232/242) os Apelantes reiteraram, em preliminar, as pretensões recursais veiculadas no agravo retido interposto contra decisão interlocutória que indeferiu a alegação de ilegitimidade da apelante Adrilene Almeida de Freitas e inadequação da via eleita. Ainda em preliminar, as Apelantes sustentam a nulidade da sentença, porquanto se baseou em perícia técnica para a qual os Apelantes não foram previamente intimados, conforme a regra do art. 431-A, do CPC.

No mérito, aduz-se que o laudo técnico-pericial não foi capaz de conduzir à conclusão de existência de nexo de causalidade entre a construção da antena de estação rádio base e os danos ocorridos no imóvel da autora. Ademais, alega que a obra obedeceu a todos os requisitos técnicos aplicáveis, sendo que os defeitos ocorridos na casa da Apelada decorrem diretamente do desnivelamento do solo, a indicar que as infiltrações são causadas pelo natural acúmulo de água que o referido desnivelamento proporciona e, por isso mesmo, relaciona as avarias do imóvel da recorrida à própria falta estruturação técnica do mesmo, o qual não teria sido construído de acordo com as normas técnicas de engenharia. Por fim, o apelo volta-se contra a indenização por danos morais, sustentando-se que não houve comprovação efetiva do dano sofrido pela Apelada

Em contrarrazões, às fls. 252/291, o Apelado sustenta, preliminarmente, o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau, face a intempestividade dos embargos de declaração que contra a mesma foram opostos, devendo ser o apelo não conhecido, e, caso ultrapassada a preliminar, no mérito, pugna a Apelada pelo desprovimento do recurso.

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento da apelação (fls. 301/308).

É o relatório. Sigam os autos à revisão.

Belém/PA, 15 de março de 2016.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

Desembargador – Relator

VOTO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. PRELIMINAR DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FAC-SÍMILE. JUNTADA DO ORIGINAL. TERMO FINAL. CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. VERIFICADA. INADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL. AFATASTADA. NULIDADE DA PERÍCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DA PARTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. CONSTRUÇÃO E DETERIORAÇÃO DE IMÓVEL CONTÍGUO.

Fórum de: **BELÉM**

Email:

Endereço:

CEP:

Bairro:

Fone:



DEMOLIÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO MORAL NÃO COMPROVADO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Verifica-se dos autos que a sentença (fls.167/177) foi publicada em 25.11.2013 (segunda-feira), sendo que o prazo para embargos findou em 30.11.2013 (sábado), prorrogando-se, assim, até o dia 02.12.2013 (segunda-feira), data na qual os embargos de declaração (fls. 178/180) foram opostos por fac-símile, e a respectiva petição original dos embargos foi protocolizada em 09.12.2013 (segunda-feira). Inobstante a regra de continuidade do art. 2º da Lei nº.9.800/99, o embargante, ora Apelante, não poderia ter protocolizado a peça original dos aclaratórios, visto que não havia no dia do termo final do prazo de apresentação expediente forense no âmbito deste E. Tribunal e, por isso mesmo, o fez no dia útil subsequente, vale dizer, na segunda-feira, dia 09.12.2013;

II. A legitimidade passiva na ação de nunciação de obra nova será daquele que determina a realização da construção, e nem sempre estará relacionada ao efetivo proprietário do imóvel;

III. Ainda que de caráter eminentemente inibitória, a tutela veiculada na ação de nunciação de obra nova é adequada se, no momento da sua propositura, ainda não houver sido finalizada a obra, pouco importando se no provimento definitivo a obra já havia sido concluída;

IV. De acordo com a jurisprudência do C. STJ: 'a nulidade por inobservância do art. 431-A, do CPC deve ser examinada à luz do art. 249, § 1º, do CPC, de modo que somente se houver demonstração da existência de prejuízo cabe a declaração de nulidade da perícia realizada.' (ERESP 1121718/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2012, DJe 01/08/2012);

V. A relação de causalidade está devidamente demonstrada na espécie dos autos, de modo que toda as provas, sejam documentais ou periciais, coincidem na direção de relacionar os danos estruturais verificados no imóvel da Apelada (efeito) à fundação da obra realizada pela Apelante TIM CELULAR S/A no imóvel vizinho (causa);

VI. A demolição da antena não atende à proporcionalidade, de modo que, a luz da Constituição Federal, é tida como desnecessária, podendo ser substituída por outros meios capazes de garantir o preceito do direito de propriedade, preconizado no art. 5º, inc. XXII, da Carta Magna;

VII. Inexistindo comprovação fática de danos de ordem moral, resta improcedente a condenação da Apelante ao pagamento de indenização de caráter compensatória;

VIII. Apelação conhecida e parcialmente provida.

I. Preliminar de não conhecimento. Trânsito em julgado da sentença. Intempestividade dos embargos de declaração.

De início, resta imperioso analisar, em sede de juízo de admissibilidade recursal, se o presente apelo é adequado, considerando a alegação de que já houvera o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau. Tal alegação formulada pelo Apelado se baseia na intempestividade dos embargos de declaração (fls. 178/180) opostos pelo Apelante contra a sentença por meio de fac-símile, sendo que a juntada da petição original dos aclaratórios teria se dado extemporaneamente, vale dizer, fora do quinquídio legal previsto no art. 2º, da Lei nº.9.800/99.

No contexto dos autos, verifica-se que a sentença (fls.167/177) foi publicada em 25.11.2013 (segunda-feira), sendo que o prazo para embargos findou em 30.11.2013 (sábado), prorrogando-se, assim, até o dia 02.12.2013 (segunda-feira), data na qual os embargos de declaração (fls. 178/180) foram opostos por fac-símile, e a respectiva petição original dos embargos foi protocolizada em 09.12.2013 (segunda-feira).

Basicamente, o que se discute in casu é o termo final para apresentação da petição original dos embargos de declaração, tendo em vista que o quinquídio legal, disposto no art. 2º, da Lei 9.800/99, o relaciona como prazo contínuo e interrupto.

De fato, não se desconhece a jurisprudência uníssona do STJ no tocante a não interrupção do prazo mencionado acima, a significar que o mesmo seria apenas continuação do prazo original para interposição do recurso competente, não havendo que se falar em interrupção em sábado, domingo ou feriados. A interpretação que se tem é a seguinte: o recurso pode ser interposto tempestivamente via fac-símile, cabendo ao recorrente, dentro de 05 (cinco) dias, contados da data final de interposição, apresentar a via original do recurso, sob pena de não conhecimento do mesmo, e, este quinquídeo legal será contado inclusive quando seu termo inicial (dias a quo) coincidir com dia em que não houver expediente forense, vale dizer, sábado, domingo ou feriado.

No caso concreto, o termo final de interposição dos embargos foi 02.12.2013 (segunda-feira), de modo que o prazo de apresentação dos originais iniciou-se imediatamente no dia subsequente, ou seja, dia 03.12.2013 (terça-feira), e matematicamente findou-se em 07.12.2013 (sábado). Todavia, como é sabido, no sábado não há expediente forense, razão pela qual o embargante apresentou a petição original dos embargos em 09.12.2013 (segunda-feira).

Dessa forma, inobstante a regra de continuidade do art. 2º do referido diploma legal, o embargante, ora Apelante, não poderia ter protocolizado a peça original dos aclaratórios, visto que não havia no dia do termo final do prazo de apresentação expediente forense no âmbito deste E. Tribunal e, por isso mesmo, o fez no dia útil subsequente, vale dizer, na segunda-feira, dia 09.12.2013.



A bem da verdade, a regra de continuidade ou não interrupção do prazo refere-se a sua imediata contagem a partir do termo final de interposição do recurso competente, e não de regra que impede a prorrogação do prazo na hipótese do termo final deste vir a cair em dia que não haja expediente forense, como prescreve a legislação processual civil.

Cabe citar precedente do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Exmo. Ministro Marco Aurélio Bellizze, bastando explicativo acerca da matéria:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO POR FAC-SÍMILE. ORIGINAL DA PETIÇÃO. JUNTADA EXTEMPORÂNEA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O art. 2º da Lei nº 9.800/99 impõe o dever de ser juntado o original do recurso enviado por fax em até 5 (cinco) dias. 2. O referido prazo inicia-se no dia seguinte ao término do prazo do recurso interposto por fac-símile, que, por ser contínuo, não se interrompe aos sábados, domingos, feriados ou no recesso forense, apenas não podendo o seu termo final ocorrer em data em que não houve expediente forense. 3. No caso, o termo inicial para a juntada dos originais começou no dia 31/8/2013 (sábado). Contudo, a defesa somente procedeu à juntada no dia 5/9/2013 (quinta-feira), fora, portanto, do quinquídeo legal. 4. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no AREsp 363.043/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013)

No mesmo sentido, colaciona-se os seguintes julgados da Corte Cidadã:

PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO VIA FAX. ART. 2º DA LEI N. 9.800/1999. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não merece conhecimento recurso cuja via original é apresentada fora do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 9.800/1999. 2. Transmitido o recurso via fac-símile e esgotado o prazo recursal, inicia-se imediatamente a contagem do período de cinco dias para a entrega da petição original, que, por ser contínuo, não se interrompe aos sábados, domingos ou feriados. 3. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 75.207/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO VIA FAX. ORIGINAL APRESENTADO FORA DO PRAZO LEGAL. INTEMPESTIVIDADE. GREVE DOS CORREIOS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. "É inexistente o recurso interposto via fax se a parte não providenciar a juntada dos originais em juízo, em razão da responsabilidade que lhe é atribuída pelo art. 4º, caput, parte final, da Lei 9.800/1999" (AgRg nos EREsp 1.049.863/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 22.5.2012). 2. In casu, a decisão do Relator foi publicada em 11.9.2012. Inconformado, o agravante interpôs Agravo Regimental via fax em 21.9.2012. O prazo para que apresentasse a peça original encerrou-se em 26.9.2012; o recurso, porém, só foi protocolizado em 27.9.2012, fora, portanto, do prazo de cinco dias previsto no art. 2º da Lei 9.800/1999. 3. A Corte Especial do STJ firmou entendimento de que a greve dos Correios não configura justa causa hábil para excluir o requisito da tempestividade recursal. 4. Embargos de Declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 222.142/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 15/02/2013)

Portanto, deve ser rejeitada a tese preliminar de não adequação do apelo, face a inocorrência de trânsito em julgado da sentença, haja vista que os embargos de declaração manejado pelo apelante foram, de fato, tempestivamente opostos.

Presentes também os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

II. Preliminar: Reiteração de agravo retido. Ilegitimidade passiva e inadequação procedimental.

O apelante, em preliminar, requer a análise das pretensões recursais do agravo retido manejado às fls. 110/116, que dizem com: a) a ilegitimidade passiva da demanda Adriene Almeida de Freitas; e, b) inadequação do procedimental da ação de embargos de obra nova.

Relativamente a ilegitimidade passiva, assinala-se que a demanda ajuizada pela Apelada destinava-se a impedir a continuidade de obra em imóvel contíguo que prejudica a estrutura do imóvel do autor. Tal ação, portanto, deverá ser intentada contra àquele que constrói, isto é, em face de quem ordenou a realização da obra. No ponto, Carlos Roberto Gonçalves (in Direito Civil brasileiro: Direito das Coisas, vol. 5, 9 ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p.187) assegura:

Legitimado para figurar como réu na ação é o dono da obra, aquele por conta de quem é executada, podendo ser o dono do terreno ou terceiro responsável pelo empreendimento (...) Legitimado passivo para ação pode



ser também o possuidor direto ou indireto, desde que a obra seja erigida por conta deles.

De se ver, assim, que somente poderá figurar como réu na ação de nunciação de obra nova que é responsável direito pela realização da construção que afeta imóvel vizinho, ou seja, quem efetivamente ordena a que se execute a obra causadora de danos.

Na hipótese dos autos, constata-se que o pólo passivo da ação resta composto por TIM CELULAR S/A e ADRILENE ALMEIDA DE FREITAS; a primeira é possuidora direta do imóvel, enquanto que a segunda é possuidora indireta, haja vista o regular contrato de locação de imóvel que ambas pactuaram (fls. 75/83). A obra foi construída em imóvel de propriedade da Sra. Adrilene Almeida, cuja posse é exercida pela empresa TIM CELULAR S/A, que alugou o referido imóvel com a finalidade de construir antena de Estação de Rádio Base – ERD.

Vê-se, pois, que a implementação da obra que produziu a ERD foi determinada pela empresa de telefonia celular, ou seja, a TIM CELULAR S/A é a verdadeira dona da obra, porquanto, na condição de possuidora direta do imóvel, resolveu, à sua própria conta, construir a antena de rádio. É, então, a real dona da obra, devendo, por conseguinte, permanecer no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, tendo em vista que não determinou a realização da obra, a Apelante Adrilene Almeida de Freitas não possui legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo da ação de nunciação de obra nova. Com efeito, a referida Apelante não deveria ter sido demandada, considerando que não contribuiu diretamente para a construção da antena no imóvel alugado.

Em termos de jurisprudência, trago à colação julgados do Tribunal de Justiça das Minas Gerais a conforma a mesma orientação:

AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM CONSTATADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A ação de nunciação de obra nova somente pode ser aviada em face do dono da obra, único que deverá suportar os efeitos de eventual sentença de reconhecimento do pedido de embargo, sendo inadmissível a permanência do proprietário do terreno no pólo passivo da demanda, ante a manifesta carência de ação relativamente ao mesmo, uma vez que os efeitos da decisão não poderão ser por ele suportados, impondo-se, por isso, a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI do CPC. Nas ações que não tenham cunho condenatório, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC.

(TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.487090-4/000, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgamento em 03/08/2005, publicação da súmula em 27/08/2005)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - LEGITIMIDADE PASSIVA - DONO DA OBRA - LOCADOR - PARTE ILEGÍTIMA - EXTINÇÃO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. Na ação de nunciação de obra nova, a parte legítima a figurar no pólo passivo da demanda é o dono da obra, ainda que outro seja o proprietário do imóvel. Proposta ação em face do locador, e não sendo este o dono da obra, deve o processo ser extinto sem resolução do mérito.

(TJMG - Agravo de Instrumento 1.0145.06.334524-6/001, Relator(a): Des.(a) Mota e Silva, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/03/2007, publicação da súmula em 11/04/2007)

Seguramente, o simples fato da segunda Apelante ser proprietária do imóvel onde se realiza a obra, por si só, não lhe concede a legitimidade necessária para ser parte passiva, na medida em que a construção da antena não corre às suas custas, mas sim da locatária do imóvel que determinou que a obra se realizasse, até porque, será esta que deverá sofrer os efeitos decorrentes da efetivação da tutela pretendida, acaso procedente o pedido de embargo da obra.

É, portanto, de se reconhecer a ilegitimidade passiva da Ré Adrilene Almeida de Freitas, a fim de excluí-la do pólo passivo da demanda de nunciação de obra nova.

Noutro ponto, o apelo alega inadequação procedimental da ação nunciação de obra nova, posto que no curso do processo houve a conclusão da obra, deslegitimando, assim, a pretensão autoral de embargo da construção da nunciada.

Entende-se, porém, que a demanda foi proposta pela via adequada, considerando, mormente os pedidos formulados pela autora na exordial. Isso porque, quando ajuizada a referida ação a obra ainda não havia sido concluída, restando demonstrado que a obra estava em plena execução no momento em que a ação fora proposta, conforme laudo pericial de fls. 28/34.

Além disso, na inicial há pedido cumulativo expresso de condenação por perdas e danos causados pela construção da obra, o que demonstra a higidez da ação proposta. A propósito, é de se ver que, o cabimento dos embargos de obra nova relaciona ao momento próprio de construção, isto é, quando a obra ainda não está integralmente concluída.

Neste sentido, o precedente do C. STJ, in verbis:

AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. TÉRMINO DA OBRA

Fórum de: **BELÉM**

Email:

Endereço:

CEP:

Bairro:

Fone:



PELOS RÉUS, DURANTE O PERÍODO DE SUSPENSÃO. PERDA DE OBJETO. INEXISTÊNCIA.

– Para a apreciação do mérito, nas ações de nunciação de obra nova, basta que a ação tenha sido proposta quando não integralmente terminada a obra, pouco importando que à época da prolação da sentença já esteja ela concluída. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 161.398/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2005, DJ 30/05/2005, p. 378)

Dessa forma, ainda que de caráter eminentemente inibitória, a tutela veiculada na ação de nunciação de obra nova é adequada se, no momento da sua propositura, ainda não houver sido finalizada a obra, como ocorreu no caso concreto.

Assim, tem-se por improcedente o pedido de extinção do processo sem resolução do mérito, posto que adequado ao caso concreto o procedimento de embargos de obra nova, cabendo, desse modo, a rejeição da preliminar suscitada.

III. Preliminar: Nulidade da sentença. Violação do art. 431-A, do CPC. Ausência de intimação para realização da perícia técnica.

As recorrentes sustentam a nulidade do processo, vez que, durante a instrução probatória fora realizada perícia técnica no imóvel da demandante para a qual as Rés não foram científicas, conforme preceitua o art. 431-A, do anterior Código de Processo Civil.

A redação do antigo art. 431-A do CPC dispunha:

Art. 431-A. As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

O Código de Processo Civil, ao dispor sobre a ciência prévia das partes acerca da data e do local da perícia técnica, almejou garantir o mais amplo direito fundamental ao contraditório, homenageando, assim, o princípio insculpido no art. 5º. LV, da Constituição da República. Desse modo, o legislador infraconstitucional, na seara do direito à prova, buscou assegurar que as partes tenham pleno conhecimento da formação da prova, revelando verdadeira união entre o direito constitucional de ampla defesa, que salvaguarda a garantia de produção de toda e qualquer prova legalmente admitida, e o contraditório, que conforma a ciência das circunstâncias em que a prova foi produzida.

Consequentemente, tem-se que intimação das partes acerca da realização da prova é regra, na medida em que é forma concreta de se assegurar que os litigantes tenham ciência dos objetos probatórios que se pretendem materializar na instrução processual.

Em regra, a inobservância do dispositivo que determina a ciência prévia da parte gerará nulidade, contudo, não se trata de nulidade absoluta em que há a presunção do prejuízo. Trata-se sim de hipótese de nulidade relativa que sempre dependerá da demonstração concreta de prejuízo, na esteira do que preconiza o art. 282, §1º, da lei processual civil.

Assim, para decretação da nulidade do ato processual, caberá a parte interessada a demonstração do prejuízo decorrente da não atenção à regra que dispõe sobre a obrigatoriedade de ciência da parte antes da realização da perícia.

No ponto, vale transcrever a ementa de precedente de Embargos de Divergência, julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da nulidade relativa decorrente da inobservância do procedimento determinado na redação do art. 431-A, do antigo CPC:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 431-A DO CPC. SIMILITUDE FÁTICA EXISTENTE. NULIDADE RELATIVA DE ATO PROCESSUAL. INTIMAÇÃO PARA INÍCIO DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NECESSIDADE. EMBARGOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

1. Divergência na interpretação do art. 431-A do CPC, que dispõe: "As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicado pelo perito para ter início a produção da prova". 2. Para o acórdão embargado, a nulidade por inobservância desse dispositivo deve ser examinada à luz do art. 249, § 1º, do CPC, de modo que somente se houver demonstração da existência de prejuízo cabe a declaração de nulidade da perícia realizada. Segundo o acórdão embargado, a circunstância de o laudo pericial ter servido de suporte para a prolação da sentença configuraria a demonstração de prejuízo. 3. É certo, conforme bem leciona José Roberto dos Santos Bedaque, que a segurança constitui valor inerente ao processo e que a "forma e a técnica processuais visam a assegurar o desenvolvimento ordenado da relação, com a prática de atos previamente estabelecidos em lei, permitindo às partes influir no resultado do julgamento" (Efetividade do Processo e Técnica Processual, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 499). 4. A intimação das partes constitui a regra. É a forma que se tem de assegurar aos litigantes ciência, desde o início, dos trabalhos que serão realizados. Busca-se evitar, assim, a feitura de provas periciais de caráter sigiloso, desprovidas de participação das partes da relação processual. 5. O acompanhamento, desde o primeiro momento, das tarefas técnicas desenvolvidas pelo perito confere ampla transparência e lisura ao processo e permite a produção de



laudo pericial que retrate os fatos da forma mais fidedigna possível, a fim de dar suporte adequado ao magistrado, no exercício da atividade jurisdicional. 6. Não se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual Civil, em que impera a busca pela prestação jurisdicional célere e eficaz, a declaração de nulidade de ato processual sem que tenha havido comprovação da necessidade de seu refazimento, diante da existência de vício de natureza processual. 7. O Superior Tribunal de Justiça tem iterativamente assentado que a decretação de nulidade de atos processuais depende da necessidade de efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada, por prevalência do princípio pas de nulitte sans grief. 8. Embargos de divergência conhecidos e não providos.

(EResp 1121718/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/04/2012, DJe 01/08/2012)

Conclui-se que, a regra do art. 431-A do CPC (atual 474 do CPC) impõe a ciência prévia acerca da realização da perícia técnica, porém, a não intimação da parte a respeito da perícia não encerra nulidade absoluta do processo. Configura-se, todavia, nulidade relativa quando alegado no primeiro momento e demonstrado o prejuízo decorrente da inobservância, o que não ocorreu na espécie dos autos, posto que a Apelante não evidenciou prejuízo.

Ademais, ressalte-se que todos os quesitos anteriormente formulados pelo Apelante foram integralmente respondidos pelo perito judicial, de modo que inexistente prejuízo efetivo, já que a perícia técnica atendeu as observações relacionadas aos quesitos formulados.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade do processo, vez que inexistente a demonstração de prejuízo, nos termos do art. 282, §1º, do Código de Processo Civil.

IV. Mérito.

Em sede de mérito, alega-se a ausência liame causal entre a construção da obra realizada pela Apelante e os problemas estruturais ocorridos na casa da Apelada, alegando-se que os defeitos da estrutura na casa desta decorreram da sua condição irregular. Importante é, assim, determinar a real demonstração do nexo de causalidade entre constituição de obra e deterioração da casa vizinha.

A discussão tem clara relação com os direitos de vizinhança, campo no qual se apura as restrições e obrigações que orbitam e, ao mesmo tempo, condicionam a perfeita relação entre titulares de prédios contíguos, a fim de manter ou buscar a convivência social pacífica. São restrições e obrigações que derivam do próprio fato jurídico de ser proprietário, possuidor ou detentor de determinado imóvel, evitando a existência de conflitos sociais muito comuns no cotidiano.

O exercício do direito de propriedade, assim como todos os direitos subjetivos, não tem caráter absoluto, vez que não é dado legitimação para as pessoas intervirem em direitos de propriedade alheios sem a devida necessidade e adequação. Há, por isso mesmo, claras limitações ao direito de propriedade, sejam decorrentes de normas de interesse público, sejam relacionadas a normas de interesse individual.

Nas lições de Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil, 37 ed. v. 3; São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135) Os direitos de vizinhança constituem limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na lealdade e na boa-fé. A propriedade deve ser usada de tal maneira que se torne possível a coexistência social.

Nesse propósito, a ação de nunciação de obra, na esteira do que dispõe o art. 934, do CPC, tem por objetivo justamente evitar a continuação de obra que, de algum modo, prejudica a efetiva utilização de prédio vizinho ou, ainda esteja sendo executada em desacordo com normas regulamentares.

Na hipótese dos autos, a nunciante ajuizou a demanda de embargo à obra realizada pela nunciada, considerando o surgimento concomitante de vários defeitos estruturais no imóvel, tais como, trincas, rachaduras, desnivelamento do piso e infiltrações na parede lateral do imóvel.

A Apelada juntou Laudo Técnico emitido pelo Centro de Perícias Renato Chaves (fls.28/34), a conclui que a pilha de resíduos sólidos que foi retirada durante a escavação realizada no imóvel nº. 96, e apoiada lateralmente seu nuro, e por conseguinte, na parede esquerda do imóvel 102, foi fator determinante para que a mesma sofresse parte dos danos retro mencionados, havendo, inclusive, risco de ruína do imóvel da Apelada. A seu turno, a Apelante não fez juntar qualquer documento comprobatório da regularidade da obra e da inexistência de causalidade desta com danos ocorridos na casa da Apelada. Não há, em todo o quadro probatório, qualquer prova que desvincule as ocorrências danosas na casa da autora da obra em empreendida pela Apelante, circunstância que infirma a alegação desta, eis que inexistente prova da falta de nexo de causalidade sustentada.

Na perícia judicial (fls. 134/145), o expert, ao responder os quesitos formulados pela autora e pelas demandadas, confirma a relação de causalidade entre a obra e as lesões estruturais originadas no imóvel contíguo, pois consignou, expressamente, o perito judicial que:

É correto afirmar, que a construção do imóvel vizinho lateral esquerdo ao da autora afetou a estrutura do imóvel da mesma (...) afetou e causou danos ao imóvel da requerente (...) Como informado anteriormente, o



imóvel da autora, apresenta vários danos, com a maioria deles, sendo de responsabilidade das obras de fundação da construção da base da ERB.

A relação de causalidade está devidamente demonstrada na espécie dos autos, de modo que toda as provas, sejam documentais ou periciais, coincidem na direção de relacionar os danos estruturais verificados no imóvel da Apelada (efeito) à fundação da obra realizada pela Apelante TIM CELULAR S/A no imóvel vizinho (causa).

Ressalte-se, por oportuno, que o fato de a obra atender aos preceitos administrativos- regulamentares de segurança na edificação não possui o condão de afastar a sua responsabilidade pelos danos eventualmente causados em casa contígua, mormente, se demonstrada a incontestável relação de causal e efeito.

Lado outro, no âmbito da ação de nunciação de obra nova, é irrelevante a alegação de que as falhas estruturais ocorridas no imóvel da nunciante decorreram da antiguidade ou irregularidade da estrutura do mesmo. Se a Apelante pretendia realizar uma construção, cuja execução poderia afetar diretamente o prédio contíguo de propriedade da Apelada, deveria ter tomado todas as providências necessárias a prevenir a ocorrência de indevidas intervenções ou avarias no imóvel vizinho. Nesse sentido, preconiza o art. 1.311 da Lei Civil, verbis: Art. 1.311. Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocamento de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias.

Muito embora o nexos de causalidade demonstrado e a possibilidade jurídica de conversão de ação de nunciação de obra nova em ação demolitória, já que ambas diferem somente em relação ao momento de tutela do bem jurídico integridade patrimonial, tem-se que a referida conversão deve atender a regra de proporcionalidade.

De se ver que, a ação foi proposta quando a obra ainda estava em fase primária de execução e, por não apresentar grande complexidade a edificação de antena de rádio base, foi concluída antes do provimento definitivo de mérito.

A proporcionalidade, enquanto regra de legitimação das medidas judiciais, deve ser compreendida como mecanismo de otimização dos postulados constitucionais. Assim, quando uma intervenção judicial implicar na colisão de dois princípios ou direitos de status constitucional, incidirá a proporcionalidade para determinar se tal intervenção é ou não constitucional.

No caso, o juízo a quo determinou a demolição da antena, em homenagem ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) que estava sendo afetado, porém, esqueceu-se que de outro lado estava o direito de livre iniciativa (CF, art. 170) da Apelante.

Por isso mesmo, faz-se imperioso a análise da legitimação constitucional da imposição da medida, sob o ângulo dos elementos sucessivos que a compõem, quais sejam, adequação, necessidade ou idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em relação à adequação da medida, conclui-se que, de fato, a demolição tem aptidão para alcançar a finalidade de garantir a higidez do direito de propriedade, vez que, a casa da apelada será preservada ante os danos causados. Todavia, no campo da necessidade da medida, verifica-se que a demolição não se mostra como único instrumento capaz de assegurar a integridade do imóvel da Apelada, vale dizer, existem outras medidas igualmente eficazes a garantir o direito constitucional de propriedade sem descuidar do núcleo essencial do direito constitucional de livre iniciativa. Vê-se, portanto, que, em termos de necessidade ou idoneidade, a demolição não se mostra como ação proporcional, porquanto, impedirá fundamentalmente o exercício de um direito constitucional.

A demolição da antena não atende à proporcionalidade, de modo que, a luz da Constituição Federal, é tida como desnecessária, podendo ser substituída por outros meios capazes de garantir o preceito do direito de propriedade, preconizado no art. 5º, inc. XXII, da Carta Magna.

Com efeito, a própria determinação de recuperação integral do imóvel já alcança o objetivo de garantir o direito de propriedade da Apelada, posto que terá sua casa reformada, a fim de reparar os danos causados. No que tange aos danos morais, razão assiste à Apelante. Isso porque, para legítima concreção de danos morais há a necessidade de evidenciar os elementos que ensejam a responsabilidade civil, quais sejam, conduta, nexos de causalidade e o dano propriamente dito. Portanto, a responsabilidade civil, na conjugação extracontratual e extrapatrimonial, dependerá, em regra, da evidência de um ato ilícito (até mesmo decorrente de abuso de direito), do dano à esfera subjetiva do ofendido e do nexos causal.

Nem sempre a conduta lesiva de alguém (simplesmente caracterizada) importará automaticamente na existência de dano a outrem, mesmo que se verifique entre tais existir o liame causal. Significa dizer, assim, que o dano moral deve ser efetivamente comprovado, não bastando a simples ocorrência da ação ilícita e do nexos de causalidade, pois há condutas ilícitas que, embora afetem outras pessoas, são impróprias a gerar um dano concreto, mas tão somente dissabores normais à vida em cotidiano.

É o que ocorre no caso concreto. Sem embargo de reconhecer a gravidade da situação diante da possibilidade de colapso da casa da Apelada, não se afigura evidente qualquer ofensa de ordem moral a esta. Não se verifica dos autos, prova concreta de que a obra empregada pela Apelante causou danos psíquicos e/ou humilhação à



Apelada, inviabilizando-se, desse modo, a configuração do dever de compensação por danos causados. ASSIM, nos termos da fundamentação, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação para:

- i) excluir a Apelante Adrilene Almeida de Freitas do pólo passivo da demanda, face sua ilegitimidade passiva ad causam;
- ii) reformar a sentença no ponto que condenou as Apelante à demolição da antena de estação de rádio base; e,
- iii) reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de indenização por danos morais, determinando que as Apelantes não sejam condenadas ao pagamento de R\$20.000,00 (vinte mil reais), a título de compensação pelos danos morais, haja vista a ausência de prova concreta do dano.

Tendo em vista o parcial provimento do recurso, o que denota sucumbência parcial tanto da demandante, quanto da demandada, determino que as custas processuais sejam pagas por ambas partes na seguinte proporção: 1/3 (um terço) pela autora e 2/3 (dois) pela Ré TIM CELULAR S/A.

Quanto aos honorários advocatícios, fixo honorário de sucumbência em favor da Autora, no montante de 12% (doze por cento) do valor da condenação, que deverá ser aferido conforme o valor das despesas de recuperação do imóvel da Apelada.

É como voto.

Belém/PA, 14 de abril de 2016.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
Desembargador – Relator