



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0023121-28.2011.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Outras Medidas Provisórias - Liminar**
 Requerente: **John Joseph Lyons e outro**
 Requerido: **Ariane Maria Cardinalli**

Juiz de Direito: **Dr. Marcelo Luiz Seixas Cabral**

Vistos.

JOHN JOSEPH LYONS e GISELLE SIEDSCHLAG propuseram ação de nunciação de obra nova contra **ARIANE MARIA CARDINALLI**.

Alegam, em síntese, que a requerida é proprietária dos lotes 447, 448 e 449, do Condomínio Parque Residencial Dahma I, confrontando com a residência dos requerentes. Alegam, ainda, que a requerida está edificando irregularmente sua residência no local, pois viola as disposições da convenção do condomínio, como altura máxima do muro, realização de aterro sem a anuência dos nunciantes lindeiros, construção de muro de arrimo em via de acesso, onde apenas é permitido muro com altura máxima de 2,50 metros, muro dos fundos irregular frente à declividade do local, projeto plano a partir de um conjunto de muro de arrimo e aterro para a terraplanagem, não necessário para o escoamento da água. Sustentam que tais irregularidades perturbam a convivência harmoniosa e tranquila entre os moradores do condomínio, ferem o direito de vizinhança e a convenção do condomínio, bem como a estética das casas ali contidas.

Pedem a ratificação do embargo extrajudicial realizado e a regularização da obra.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 32/174.

A análise do embargo foi, inicialmente, postergada para após a réplica. Posteriormente, houve pedido de reexame do embargo, sendo o mesmo deferido à fl. 209 v., após inspeção judicial.

A requerida, devidamente citada (fl. 217), apresentou resposta na forma de contestação (fls. 229/312). Preliminarmente, alegou a carência da ação, pois pede-se o embargo da parte da obra já concluída. No mérito, alegou que o embargo não deve continuar, que o aterramento foi devido, mormente o desnível de parte do terreno, havendo inclusive autorização da loteadora, asseverando que se deve medir o desnível a partir da frente do terreno, que o declive, medido da forma correta, era pequeno, que o arrimo era indispensável e não precisava da anuência



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

dos vizinhos, pois só regularizou à guia frontal, respeitando a queda d'água, que a obra está "juridicamente concluída", que o projeto foi realizado por arquiteta, com consulta da loteadora, e que não se olvidou do padrão estético. Pede a improcedência, bem como a condenação dos requerentes ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Réplica às fls. 322/341.

Nova inspeção judicial às fls. 346/347. Com ela foi deferido o prosseguimento da obra, mediante depósito de caução no valor de R\$ 10.000,00 (o que ocorreu à fl. 367).

Manifestação pericial às fls. 348/357.

Opostos embargos de declaração às fls. 368/374 pelos requerentes, rejeitados.

À fl. 380 foi cumprido mandado de levantamento de embargo de obra.

Sobreveio agravo de instrumento (fls. 383/410), que posteriormente teve provimento negado (fls. 461/466), ressaltando-se a possibilidade de, se necessário, a caução ser majorada.

Houve pedido dos autores para majoração da caução, o que foi indeferido (fl. 475). Sobre essa decisão foram opostos embargos de declaração, rejeitados (fl. 498).

Foi comunicada a interposição de novo agravo de instrumento (fls. 534/551), recurso este que buscou combater o indeferimento de quesitos suplementares; tal recurso teve seu provimento negado (fl. 590, 611 e 697).

Laudo pericial de fls. 625/658.

Manifestação dos autores às fls. 669/670 e parecer do assistente técnico às fls. 672/677.

Esclarecimento periciais às fls. 680/682.

À fl. 705 foi declarada encerrada a instrução processual, apresentando a ré os seus memoriais (fls. 709/716), sendo que os autores deixaram o prazo para tanto transcorrer em branco.

É o relatório.

Fundamento e decido.

De proêmio, desde já afasta-se a preliminar levantada, concernente a carência da ação.

Isso porque para a ação de nunciação de obra nova se faz necessário que a obra não esteja concluída (e mesmo que esteja, poderá haver a demolição), mas não se faz necessário que a parte supostamente irregular ainda não esteja concluída.

Ademais, cabe analisar a legitimidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Os autores, quando do ingresso com a demanda, eram os proprietários do imóvel supostamente prejudicado pela construção.

Ocorre que, consoante fls. 617/623, durante o deslinde do feito, houve o divórcio e partilha de bens, de modo que apenas a autora restou proprietária do imóvel.

Assim, ainda que o autor queira continuar a figurar como parte, e ainda que esteja buscando judicialmente anular a partilha (conforme fls. 669/670), de rigor a sua exclusão da lide ante a falta de atual interesse.

Superadas essas questões, o mérito.

Oportuno lembrar que os direitos de vizinhança são limitações, verdadeiras servidões legais, que a lei estabelece ao direito de propriedade de cada um, no interesse do bom convívio e bem estar social.

Como é cediço, “O proprietário tem direito de construir dentro de suas divisas, mas se sujeita aos limites impostos por posturas municipais e por regras garantidoras da segurança e da tranqüilidade de seus vizinhos” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. Código Civil Comentado. 5a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p. 907).

Diante disso, a prerrogativa nunciatória e/ou demolitória de vizinhos somente se ampara na efetiva prejudicialidade advinda da construção irregular lindeira, por transgressão de direito privado, de vizinhança.

Registre-se que não tem relevância para a solução do litígio a verificação da regularidade administrativa da construção; a presente demanda versa sobre direitos patrimoniais disponíveis e privados, decorrentes de suposto ilícito civil.

Pois bem, além de inspeções durante o correr do feito, também foi realizada perícia para aclarar a situação e contribuir ao esclarecimento da questão.

Frise-se que embora não se encontre o julgador adstrito aos laudos periciais apresentados para a formação de seu convencimento, o resultado das perícias proporciona elementos técnicos preciosos para se chegar à justa solução da lide.

O i. Perito concluiu à fl. 649 que:

- a) a aprovação do projeto da requerida foi irregular, interpretando de maneira claramente equivocada o Regulamento do Condomínio.
- b) A obra da requerida, tal como aprovada, entretanto, não acarreta prejuízo significativo ao imóvel do autor além do incômodo que normalmente ocorre quando se tem uma edificação assobrada como vizinha.
- c) Prejuízo relevante, no caso, é causado para o imóvel correspondente à unidade 446, que pertence a terceiros e que terá que conviver com um paredão de 5 metros de altura em sua divisa lateral (foto 05 do anexo 01).
- d) A fim de minimizar o incômodo ao imóvel do autor, o signatário mantém a sugestão de se levantar o muro pertencente ao requerente até a altura do já construído pela requerida,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

obviamente com a extensão das colunas, execução de cinta, execução de chapisco e reboco, bem como pintura integral pela parte interna voltada para o imóvel do requerente, colocação de rufos etc. Desta forma, apesar de 20 cm acima dos 2,50 metros convencionais, a visão do muro a partir do imóvel do autor passaria a ser de uma única superfície, homogênea e harmônica com o restante do ambiente. O valor estimado para este serviço é de 7.744,00 (sete mil, setecentos e quarenta e quatro reais), em valores atuais.

Ressalta-se que o laudo pericial analisou de forma satisfatória a construção, inclusive avaliando as irregularidades apontadas pelos autores, porém não detectou nenhuma ilegalidade nociva a eles, exceto por 20 cm de muro excedentes.

No mais, a perda de privacidade na área da piscina é consequência natural da edificação de sobrado no imóvel vizinho, sendo algo comum, conforme explicou o perito à fl. 639, onde também ficou assentado que a elevação do aterro não é a causa da exposição do imóvel dos autores. No mesmo sentido, vide resposta aos quesitos nº 2.5.7 e 2.5.9 de fl. 644 e nº 3 de fl. 646.

Restou evidente, ainda, que não foi pedida permissão para a movimentação de terras no terreno, porém não há nenhum prejuízo inerente à construção que possa influenciar na presente demanda.

Também restou comprovado que a construção foi aprovada pelo condomínio, mesmo que em confronto ao regulamento. Assim, não é de se considerar a existência de prejuízos aos moradores, visto que o principal responsável pelas construções não verificou irregularidades maiores. Por fim, conforme bem asseverou o perito à fl. 649, existe altura do aterro e outra parede irregular, mas prejudicam outro vizinho, em nada influenciando o imóvel dos autores.

Sobre o recuo mínimo, foram devidamente respeitados, conforme quesitos nº 2.3 e nº 2.4 de fl. 642.

Em suma, evidente que a única irregularidade nociva ao imóvel dos autores é o muro de 2.70 metros (20 centímetros acima do permitido).

Não se pode olvidar que a presente ação tem como objetivo propiciar a tutela específica que resguarde o direito de vizinhança e o prédio dos autores, sendo perfeitamente aplicável à espécie o art. 46,1 do Código de Processo Civil vigente.

Assim, todas as técnicas processuais para a obtenção da tutela do direito são invocáveis, de acordo com o caso concreto.

Na espécie, ainda que não haja grandes irregularidades prejudicando os autores, é seu direito que seja sanado o pequeno exagero de 20 centímetros do muro vizinho.

Com isso, cabe à requerida adequar o muro, às suas expensas.

Ressalta-se que não se nega que a altura do muro da requerida está irregular, mas é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de bom alvitre mantê-lo, pois, como bem ponderou o *expert*, para diminuí-lo seria necessária a sua demolição, o que se mostra exagerado.

Dito de outra forma, mais lógico é aumentar meros 20 centímetros o muro dos autores, do que demolir o muro da requerida. Destaca-se o comentário pericial de fl. 355:

" não haveria, na situação atual, como implantar a obra em outro nível mais baixo senão com a sua demolição quase que completa, o que, smj, tecnicamente e smj, parece medida desproporcional ao incômodo causado ao autor".

Por conseguinte, naufraga o pedido indenizatório da requerida, tanto material, como moral.

Aliás, tal pedido não tem qualquer sustentação, pois o embargo da obra é autorizado pelo ordenamento jurídico, tratando-se de exercício regular de direito, não havendo qualquer amparo legal para ressarcimento dos prejuízos causados na obra ou indenização por abalos gerados.

Mais que isso, o pedido indenizatório feito pela ré nem mesmo se valeu da forma adequada, o que encerra qualquer debate sobre o tema, dispensadas maiores elucubrações. Nesse sentido a Apelação nº 0004599-58.2009.8.26.0101 TJ/SP:

Quanto ao pedido contraposto elaborado pelos réus, visando à indenização pelo tempo em que a obra ficou paralisada, de fato não se vislumbra seu cabimento na hipótese. Ao contrário do entendimento dos réus, não se adota o procedimento sumário eminentemente comum nas ações de nunciação de obra nova, pois estas observam o rito especial (arts. 934 a 940, CPC), ressalvado que, após a apresentação de contestação, deve ser aplicado o artigo 939, do CPC.

Com efeito, nas ações eminentemente possessórias, há a possibilidade do polo passivo demandar, na própria contestação, a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbacão ou do esbulho cometido pelo autor (art. 922, CPC). Contudo, este pedido indenizatório cumulado diz respeito unicamente aos danos gerados pelo ato lesivo em relação ao bem possuído, conforme nos ensina José Miguel Garcia Medina.

Tendo em vista que a ação de nunciação de obra nova, apesar de fundada em direito real - já que pressupõe sua defesa-, não tem seu pedido vinculado à restituição, à turbacão ou ao esbulho possessório, não se verifica o cabimento do pedido dúplice. Na realidade, como bem nos colocado pelo i. jurista acima citado, "é importante frisar que, no direito processual civil brasileiro, a ação de nunciação não é uma ação possessória, pois a legitimidade conferida ao possuidor é residual e acidental. O art. 934, I, do CPC, confere-a ao possuidor, em vista de sua íntima conexão com a utilização da res, mas, como adverte Pontes de Miranda, tal fato não justifica a qualificação como possessória, uma vez que a causa de pedir remota tem fundamento na defesa da propriedade".

Frise-se que, como reiteradamente decidido por este



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

2ª VARA CÍVEL

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Tribunal, o pedido de indenização formulado pelos réus deveria ter sido apresentado em reconvenção.

Neste sentido:

“Só por reconvenção admite-se ao réu de nunciação de obra nova pleitear, nos mesmos autos, indenização material ou moral do autor da demanda.” (Agravado de Instrumento nº 811.956- 0/3, rel. Des. CELSO PIMENTEL).

Igualmente: AI 655.908- 00/6, Rel. Des. WALTER ZENI e AI 693.113-00/5, Rel. Des. IRINEU PEDROTTI, e a anotação de THEOTONIO NEGRÃO, dela continente que “Cabe reconvenção na ação de nunciação de obra nova (RJTJESP 105/320, JTJ 185/165)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 45ª ed., Saraiva, pág. 1011).

Ante o exposto, **EXTINGO** o feito, sem exame do mérito, com relação a John Joseph Lyons, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil; **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos para condenar/compelir a requerida a levantar, em 30 dias, o muro pertencente à autora até a altura do seu já construído, deixando-o acabado, com pintura e rufo, podendo a autora se valer do artigo 249, parág. único do Código Civil.

Pela sucumbência recíproca, cada parte arcará com as respectivas custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Por ora, o valor depositado em juízo como caução continuará vinculado ao processo, até a satisfação da execução.

P.R.I.

MARCELO LUIZ SEIXAS CABRAL

JUIZ DE DIREITO

(documento assinado digitalmente)

São Carlos, 01 de fevereiro de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**