

Belo Horizonte, 14 de julho de 2011. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO
- Conheço do recurso, por estarem reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, consignando, nesta oportunidade, que o requerimento do apelante de que o apelo fosse recebido em ambos os efeitos (f. 213/214) foi atendido à f. 222 pelo Magistrado singular.

Trata-se de “ação de obrigação de fazer, com preceito cominatório e pedido de tutela específica” ajuizada pelo Município de Cataguases em face de Joaquim Vicente de Souza, alegando que o requerido é o legítimo proprietário e possuidor de um imóvel situado na cidade de Cataguases, na Rua Tenente Luiz Ribeiro, n. 463, constituído por um prédio comercial e residencial com 175 m² de área construída, sendo que faz confrontação pelos fundos com um barranco, onde resolveu escavar terras, “o que resultou num sério perigo para ele próprio, para a rua de cima e para os vizinhos, uma vez que, após as escavações de terras, não se providenciou o competente muro de arrimo para consolidar a estrutura e a firmeza da área ali existente” (f. 03).

Sustenta o autor que o requerido foi notificado em 27 de agosto de 2007 para que providenciasse a execução da obra do muro de arrimo, o que não fez, não lhe restando alternativa, senão o ajuizamento da presente demanda, cuja procedência pleiteia, com a realização da obra do muro de arrimo.

Foi deferida a tutela específica (f. 36/37), determinando a intimação do suplicado para dar início, em 72 horas, “a construção de muro de arrimo, devidamente aprovado pelo Município de Cataguases, sob pena de incorrer na multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), que será totalizada até alcançar R\$ 10.000,00” (f. 36), o que motivou a interposição de agravo de instrumento, que foi convertido em retido pelo Des. Relator Fernando Bráulio (f. 71 e 74/75).

O MM. Juiz singular, às f. 201/206, julgou procedente o pedido, “porque, conforme declinado pelo perito deste Juízo, a extensão do barranco que fica aos fundos do imóvel do réu foi cortada abruptamente em linha reta, acabando com sua inclinação natural, com a finalidade de implantar ou ampliar a obra ali existente” (f. 203), determinando, por isso, que o réu, no prazo de quarenta e oito horas, dê início “à construção do muro de arrimo, de conformidade ao projeto de f. 154/164, com aprovação do Município de Cataguases, cuja obra deverá ser concluída no prazo de noventa dias, sob pena de incorrer na multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)” (f. 205), impondo, ainda, ao requerido a quitação das custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Obrigação de fazer - Desmoronamento - Escavação de morro - Construção de muro de arrimo - Fato constitutivo - Prova técnica e documental - Responsabilidade do proprietário

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Construção de muro de arrimo. Responsabilidade do proprietário. Escavação do morro. Manutenção da sentença de primeiro grau.

- Restando comprovado nos autos a necessidade da construção de muro de arrimo em decorrência de desmoronamento de barranco provocado pelas escavações perpetradas pelo requerido quando da construção de prédio em sua propriedade, deve ser mantida a procedência do pedido de obrigação de fazer movida pelo Município.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.07.070094-0/002 - Comarca de Cataguases - Apelante: Joaquim Vicente de Souza - Apelado: Município de Cataguases - Relatora: DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Inconformado, apelou o suplicado (f. 212/219), alegando que não é o responsável pela obra, já que, para a construção do seu prédio, “nunca necessitou mexer no barranco, pois a obra encontra-se a 12 metros de distância do mesmo, tendo o alvará de construção sido expedido pelo próprio apelado para a construção do prédio em 1987” e que “já existe contenção do barranco com a feitura de muro de concreto de 3 metros de altura em torno do prédio” (f. 216), ressaltando, ainda, que o barranco está desmoronando por culpa do autor, pois, na rua de cima, não existe bueiro, o que impede o escoamento da água da chuva, requerendo, ao final, o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 223/228.

Revelam os autos que o Município de Cataguases ajuizou ação de obrigação de fazer com preceito cominatório e pedido de tutela específica em face de Joaquim Vicente de Souza, objetivando a construção de muro de arrimo, tendo em vista que “a propriedade do réu faz divisa pelos fundos com um barranco e o mesmo de forma inusitada resolve escavar terras no mencionado barranco”, ocasionando perigo para a coletividade. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, motivando o presente recurso.

O cerne do apelo diz respeito à responsabilidade pela construção de muro de arrimo que se mostra, de fato, necessário, tendo em vista o risco que a população sofre com o perigo de desmoronamento do barranco, sustentando a Municipalidade que a culpa seria do requerido, pelo fato de ter escavado no pé do morro para a construção do seu prédio, sustentando o réu, por outro lado, que o Município é que seria o culpado, pela ausência de escoamento de água da chuva na rua que se localizava na parte de cima do barranco.

Feitas essas colocações, registro que, no tocante ao ônus probatório, prevê o art. 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sobre o aspecto relativo ao ônus da prova dos autores, lúcido é o magistério de Moacyr Amaral dos Santos:

Quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos [...].

Pode-se, pois, estabelecer como princípios fundamentais do instituto os seguintes:

1º - Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer a prova das alegações que fizer.

2º - Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo

daquele (Comentários ao Código de Processo Civil, nº 18, v. 4, p. 25 e 27).

Assim, compete ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito, isto é, do fato gerador do direito afirmado na inicial, incumbindo ao réu a comprovação dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do suplicante.

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, o fato extintivo

é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito - tal como o pagamento, a compensação, a prescrição, a exceção do contrato não cumprido, a decadência legal (Curso de direito processual civil, 2. ed., v. 2, p. 77).

In casu, a perícia judicial realizada nos autos teceu as seguintes considerações gerais:

A instabilidade de maciços terrosos classificam-se em três grandes grupos, a saber:

- desprendimento de terra ou rocha;
- escorregamento;
- rastejo.

No caso enfocado, deu-se o escorregamento, que é o deslocamento de uma massa de solo ou rocha que, rompendo-se do maciço, desliza para baixo e para o lado, ao longo de uma superfície de deslizamento. As causas para que ocorra um deslizamento são basicamente o ‘aumento’ de peso do talude e a ‘diminuição’ da resistência ao cisalhamento: nas estações chuvosas, a saturação aumenta o peso específico do material, e o excesso de umidade reduz a resistência ao cisalhamento, ou então, o que é muito comum nestes casos de escorregamento, é a escavação próxima ao pé do talude para implantação de uma obra.

Os morros em sua totalidade (exceto os que possuem grandes maciços rochosos) possuem uma inclinação gradativa de seu cume até o seu pé (base inferior que lhes dá sustentação) com inclinações variadas, por exemplo, 30, 40, 50, observando-se atentamente o morro existente atrás de todas as construções da Rua Tenente Luiz Ribeiro, nota-se que, em toda sua extensão, o pé do morro foi cortado abruptamente em linha reta, acabando com sua inclinação natural, com a finalidade de implantar ou ampliar as construções ali existentes (f. 137).

Ainda, em resposta aos quesitos formulados pela Municipalidade, respondeu o perito que a escavação realizada coloca em risco a estabilidade da Rua Ministro João Fabrino Baião e as edificações vizinhas e que a altura do desaterro executado verticalmente não condiz com os procedimentos de engenharia, consignando que, “com a retirada da terra, deveriam ser executados taludes (superfícies retas e inclinadas executadas alternadamente ao longo do maciço de terra com a finalidade de conter os barrancos), ou, então, a construção de muro de arrimo” (f. 138), e que não consta a existência de alvará autorizando o desaterro (f. 138).

Ao ser questionado acerca da solução de engenharia necessária levando-se em consideração a segurança do tráfego da Rua Ministro João Fabrino Baião e das ruas adjacentes, o expert respondeu:

No caso em questão, o método a ser adotado é o muro de arrimo que pode ser feito de concreto, rip-rap ou gabião, ou até mesmo o conjunto de duas das três modalidades, por exemplo: muro de concreto até a altura de 6,00 m (seis metros) e posteriormente rip-rap ou gabião até atingir o nível da Rua Ministro João Fabrino Baião (f. 138).

O perito, ainda, afirmou em resposta ao quesito sobre as possíveis causas que levaram ao desmoronamento do barranco:

foi a retirada de uma grande quantidade de terra no pé do maciço de terra (morro) existente no local para a construção do prédio, desestabilizando o terreno e provocando o deslizamento de terra, que é o deslocamento de uma massa de solo ou rocha que, rompendo-se do maciço, desliza para baixo e para o lado, ao longo de uma superfície de deslizamento. As chuvas contribuem com o citado deslizamento através do aumento do peso do talude e a diminuição da resistência ao cisalhamento através da saturação do solo; aumentam o peso específico do material e o excesso de umidade reduzindo assim a resistência ao cisalhamento. Este fato, como já disse na resposta do quesito 2, anterior, dificilmente ocorre quando o maciço de terra está estabilizado, ou seja, mantém-se em seu estado natural, ou porque, mesmo tendo sofrido cortes com retirada de terra, foi devidamente protegido através de muro de arrimo, criação de taludes, proteção de grama ou vegetação, a água que escorre sobre ele normalmente não causa deslizamentos (f. 140).

Ao final, concluiu a perícia que:

[...] no caso em foco, em que o corte se deu com retirada de maior volume de terra, cortando-se radicalmente o pé do talude, a base de sustentação do morro foi retirada e, como não se criou um muro de arrimo ou qualquer outra forma de contenção através de taludes, a terra deslizou gradativamente, causando a atual situação no local; [...].

O corte executado no barranco do caso em tela foi realizado na época da execução da obra ou anteriormente a esta data; este fato pode ser observado pelas fotos à f. 62 do processo; nestas fotos observa-se que a obra estava com a estrutura do pavimento térreo concluído e o morro já cortado, não existindo mais a inclinação natural do mesmo, notando-se atrás da construção um corte abrupto. Na data da foto (1988), de acordo com a legenda abaixo da mesma, vê-se que já havia deslizamento de terra, mas ainda não havia atingido a Rua Ministro João Fabrino Baião. Se houve retirada de terra posteriormente à construção do prédio, não é possível afirmar, a não ser através de testemunhas.

A situação atual é de grande risco, sendo inevitável seu agravamento, principalmente no período de chuvas (f. 141).

Dessa feita, os termos da perícia deixam claro que a culpa pelo desmoronamento é do requerido, na medida em que promoveu o corte no pé do barranco que, por isso, perdeu a base de sustentação, já que não foi providenciada qualquer obra de contenção.

O fato de a construção do requerido não ser recente, visto que se iniciou no ano de 1987, não é capaz de afastar a sua responsabilidade, porquanto resta claro

que, para a realização da obra do prédio, notadamente do primeiro andar, foi promovido o corte no pé do barranco.

De outro lado, as testemunhas ouvidas em juízo não foram capazes de afastar a responsabilidade do requerido, porquanto nada souberam dizer a respeito da construção do primeiro andar do prédio:

[...] não conhece o engenheiro responsável pela obra do prédio do requerido, volta a dizer que não sabe se existiu escavação no barranco quando foi erguido o primeiro andar do prédio do requerido (Carlos Alberto Neto, f. 187).

[...] informa que, na época em que trabalhou para o requerido, o prédio já estava de pé, pelo que faltava somente execução de serviços de acabamento; não sabe dizer quem levantou a obra até o térreo; informa que o imóvel sempre pertenceu ao requerido; o depoente nunca viu alguém mexendo no barranco, que cede no período das chuvas; não sabe dizer se foi necessário retirar a terra do barranco para fazer o primeiro andar do prédio (Carlos Alberto de Almeida, f. 188).

Dessarte, tem-se que o requerido não logrou êxito em comprovar fato extintivo do direito do autor, tendo em vista que não existe prova nos autos de que não tenha feito escavação para a realização da obra de seu prédio.

A fotografia de f. 62 demonstra que, no ano de 1988, data da realização da obra pelo requerido, o corte do barranco existia e, portanto, não se pode conceber que o desmoronamento possa ser causado pela água das chuvas, esclarecendo quanto à questão em perícia:

A água de chuva em sua grande parte escoia junto ao meio-fio existente e segue pela rua; a que ultrapassa o meio-fio, ou a que cai diretamente sobre o barranco, inicialmente infiltra na terra até saturá-la e depois escoia sobre ele. Quando o maciço de terra está estabilizado, ou seja, porque se mantém em seu estado natural ou porque, mesmo tendo sofrido cortes com retirada de terra, foi devidamente protegido através do muro de arrimo, criação de taludes, proteção de grama ou vegetação, a água que escorre sobre ele normalmente não causa deslizamentos, a não ser que no local ocorra uma chuva de proporções de uma tromba d'água, por exemplo (f. 140).

De outro lado, o fato de o réu possuir alvará de licença para construção, consoante documento de f. 61 em nada altera o deslinde da lide, porquanto tal documento não lhe concedeu permissão para realizar o desaterro.

Da mesma forma, o muro de concreto ao redor do prédio que se vê na foto de f. 65 não é capaz de conter o desmoronamento, mas apenas de proteger, em parte, a construção do requerido.

Finalmente, entendo que as reportagens jornalísticas acostadas aos autos, ao contrário do afirmando pelo réu, não imputam ao Município a responsabilidade pelos fatos, mas apenas cobram iniciativa de providenciar a solução adequada para o problema que aflige todos os moradores da localidade, o que o ente político está fazendo, inclusive, com o ajuizamento da presente demanda.

Ao final de tudo que restou demonstrado nos autos, verifica-se que a culpa pelo desmoronamento do barranco é do réu, porquanto promoveu o corte no pé do talude nos idos de 1988 para a realização da construção do prédio de sua propriedade, sem as cautelas técnicas necessárias, o que vem motivando o desmoronamento do barranco, razão pela qual deve ser condenado a reparar o dano através da construção do muro de arrimo.

Em casos assemelhados já decidiu essa eg. Corte:

Ação cominatória. Deslizamento de terra. Responsabilidade. Apuração mediante realização de prova técnica. Alegação de força maior. Inocorrência. Interdição do imóvel. Dano moral configurado. Sentença mantida. - Pela prova técnica realizada nos autos, observa-se que o apelante não tomou as cautelas necessárias a fim de evitar o deslizamento ocasionado, devendo responder danos ocorridos. - A suposta força maior havida, qual seja a grande quantidade de chuvas no local, não contribuiu pelo evento, capaz de afastar a responsabilidade do apelante, conforme restou comprovado na prova pericial. - A interdição de imóvel, por culpa da ré, que não tomou as precauções necessárias quando da construção, é capaz de gerar dano moral a ensejar o dever de reparação (Apelação Cível nº 1.0145.09.521591-2/001 - 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - j. em 27 de abril de 2011).

Direito administrativo. Ação cominatória. Obra. Desmoronamento por culpa do munícipe. Litigância de má-fé. Inobservância. Recurso parcialmente provido. - Mostra-se descabido, em sede de ação ordinária, compelir o Município à adoção de medidas onerosas - consecução de obras - o que está ao talante do ente político. - Revela-se descabido impor ao Município que edifique acesso a logradouro público de imóvel erigido em loteamento irregular, visto que não aprovado pela Prefeitura Municipal, nos termos do art. 12 da Lei 6.766/79. - Restando comprovado que a situação de periclitância da construção - possibilidade de desabamento - decorreu de conduta desairada perpetrada pelo próprio autor, que levou a efeito a construções irregulares e o desaterro do local, não há falar em indenização. Não restando caracterizada a litigância de má-fé, impõe-se a desconstituição de multa instituída pelo julgador monocrático (Apelação Cível nº 1.0024.04.371118-3/001 - Conexo 1.0024.05.632786-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: João Borges de Santana - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: Des. Alvim Soares).

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •