

Indenização - Cerceamento de defesa - Não configuração - Direito de vizinhança - Construção - Prédio vizinho - Comprometimento - Dever de indenizar - Dano moral - Dano material - Arbitramento - Medida cautelar

Ementa: Ação de indenização. Cerceamento de defesa. Não configuração. Direito de vizinhança. Construção. Comprometimento do prédio vizinho. Dever de indenizar. Danos materiais e morais. Configuração. Medida cautelar. Requisitos presentes.

- Para que se configure o cerceamento de defesa e, por consequência, uma grave ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, é necessário que a prova, que deixou de ser produzida, se caracterize como relevante e imprescindível para a solução da lide.

- Cabe ao proprietário do prédio vizinho o direito ao ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, de cunho material e moral.

- O reconhecimento da indenização por dano material deve prevalecer de acordo com a prova documental constante dos autos, cuja idoneidade não foi contestada.

- Não constituem mero dissabor os inúmeros transtornos suportados pelo proprietário do imóvel em virtude da construção realizada no terreno vizinho, sujeitando seu imóvel à degradação, além do risco de desabamento, sendo cabível a indenização pelos danos morais suportados.

- A indenização por danos morais deve alcançar valor tal que sirva de exemplo e punição para o réu, mas, por outro lado, não deve ser fonte de enriquecimento para o

autor, servindo-lhe, apenas, como compensação pela dor sofrida.

- Deve ser reconhecida a procedência da medida cautelar se presentes os requisitos autorizadores da medida, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.05.146981-2/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: Angélica Lauriano da Silva Castro, Alcamiro José Machado, Maria do Carmo Freitas - Apelados: Angélica Lauriano da Silva Castro, Alcamiro José Machado, Maria do Carmo Freitas - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidllowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 7 de outubro de 2010. - Cláudia Maia - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Nos autos da ação de reparação de danos morais e materiais ajuizada por Angélica Lauriano da Silva contra Alcamiro José Machado e Maria do Carmo de Jesus, o pedido inicial foi julgado procedente. Em julgamento simultâneo, a ação cautelar, em apenso, foi julgada procedente, tornando definitiva a liminar concedida.

Contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, Dr. José Maurício Cantarino Villela, recorrem as partes.

No primeiro recurso, insurge-se a autora, tão somente, contra o valor da indenização fixada a título de dano moral, no valor de R\$7.000,00, pretendendo a majoração da verba. Por derradeiro, renovou o pedido de assistência judiciária gratuita. Busca o provimento do recurso.

O segundo réu, Alcamiro José Machado, também recorre, alegando que as provas produzidas levam à conclusão de que, desde o momento em que a obra foi paralisada em decorrência da falta de pagamento por parte da primeira ré, não mais havia risco de desabamento e, se algum risco se apresentou, este foi causado pela má conservação do imóvel da autora.

Sustenta que o indeferimento da prova testemunhal requerida lhe causou prejuízos, alegando a ocorrência de cerceamento do seu direito de defesa.

Insurge-se, ainda, com relação aos danos materiais fixados na sentença, afirmando contrariar os valores apurados na prova pericial e aquele pleiteado na inicial.

Alega a inoccorrência dos alegados danos morais, argumentando não estarem presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

Aduz que a medida cautelar deve ser julgada improcedente, asseverando que as medidas necessárias para evitar o risco de desabamento, descritas no laudo pericial, não foram providenciadas pela requerente, não justificando a cautelar em comento.

A primeira ré, Maria do Carmo Freitas, embora tenha protocolizado recurso autônomo, o fez por meio do mesmo procurador do segundo réu, apresentando razões recursais idênticas, mostrando-se, portanto, desnecessário o relato da peça recursal.

Por ser prejudicial ao conhecimento do recurso, passo ao exame do pedido de assistência judiciária renovado pela autora, ora primeira apelante, em fase recursal.

No caso dos autos, os benefícios da assistência judiciária gratuita foram deferidos a todas as partes do processo, inclusive à primeira apelante, quando do despacho inicial (f. 53), tendo o processo tramitado sem o recolhimento das custas respectivas.

Todavia, na presente oportunidade, renovou a primeira apelante o seu pleito, alegando omissão do Juiz singular nesse aspecto, promovendo, a tempo e modo, o preparo do recurso (f. 270), o que elide a ostentada situação de necessidade.

Ora, ao promover o preparo recursal, a autora praticou ato incompatível com a gratuidade perseguida, porquanto comprovou ter meios para arcar com as despesas do processo, impondo a revogação da decisão que concedeu dito benefício.

Conheço dos recursos por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Para uma melhor compreensão do julgamento, apreciarei em conjunto as razões recursais.

Passo ao exame da preliminar de cerceamento de defesa suscitada.

Insurgem-se os réus, ora segundo e terceiro apelantes, contra a decisão que deferiu tão somente a realização da prova pericial e determinou, ao final da sua produção, a conclusão dos autos para julgamento, deixando de apreciar, expressamente, o pedido de prova oral formulado.

Como cediço, para que se configure o cerceamento de defesa e, por via de consequência, uma grave ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, é necessário que a prova, que deixou de ser produzida, se caracterize como relevante e imprescindível para a solução da lide.

No caso em apreço, a produção da prova testemunhal mostra-se prescindível à solução do litígio, revelando-se desnecessária a designação de audiência com o escopo de esclarecer situação que se demonstra por meio de prova documental e pericial.

Não é demais lembrar que o art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio do livre convencimento motivado como um dos cânones do sistema processual e, em linhas gerais, estipula que o julgador pode apreciar a prova livremente, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, desde que a decisão seja fundamentada.

Registro, ainda, que, não obstante tenha sido conferida às partes a oportunidade para especificarem provas, do despacho saneador de f. 108, que deferiu apenas a produção da prova pericial, não se insurgiu o requerido, ora segundo apelante, a tempo e modo oportunos, operando-se, desse modo, a preclusão.

De igual modo, constato que, do despacho que determinou a conclusão dos autos para sentença e, por via de consequência, implicou o encerramento da instrução, foram as partes regularmente intimadas, sem que contra o referido *decisum* tenham se insurgido (certidão de f. 235-v.).

Rejeito, pois, a preliminar levantada.

Objetiva a autora, ora primeira apelante, por meio da presente ação indenizatória, a condenação dos requeridos à reparação de danos materiais e morais, sob o fundamento de que as obras realizadas no imóvel de propriedade da primeira ré, de responsabilidade do segundo réu, na condição de empreiteiro, ocasionaram avarias no imóvel de sua propriedade.

O Juiz sentenciante, após analisar o farto conjunto probatório, especialmente a prova pericial, julgou procedente o pleito exordial por concluir que a primeira apelante realmente suportou os alegados danos em razão da obra realizada no terreno vizinho.

Pois bem. Ao exame do contexto probatório, verifico que razão não assiste aos requeridos, ora segundo e terceiro apelantes. Vejamos.

Conquanto o Direito Civil prime pelo direito de propriedade e a liberdade individual do cidadão, a legislação pertinente ao direito de vizinhança faz contudentes ressalvas, assegurando o direito do outro, especialmente no tocante à preservação do direito à privacidade, ao conforto, ao sossego, à segurança e à saúde daquele que habita prédio vizinho.

Nesse aspecto, o art. 1.299, Código Civil, assegura ao proprietário o direito de “levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

Nesse sentido, dispõem os arts. 1.310, 1.311 e 1.312 do referido código:

Art. 1.310. Não é permitido fazer escavações ou quaisquer obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

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.

Parágrafo único. O proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias.

Art. 1.312. Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos.

Na hipótese, a prova pericial realizada (f. 142/167) mostrou-se conclusiva acerca dos danos ocasionados no imóvel da primeira apelante, decorrentes das obras executadas no imóvel vizinho.

O perito oficial, além de detectar os danos relatados na inicial, no tocante às trincas no piso e paredes do imóvel, algumas reincidentes (f. 145), é contundente ao descrever os danos ocasionados no imóvel da primeira apelante resultantes da terraplanagem executada no imóvel vizinho:

É fato notório que a terraplanagem realizada no terreno da 1ª Ré deixou o imóvel da autora à mercê da sorte, fazendo surgir as trincas nele existentes, a saber: piso da garagem e da escada de acesso ao 3º piso térreo; parede de divisa com o imóvel da 1ª Ré; parede que divide a garagem e área de circulação, perpendicular à divisa e paredes do quarto no 2º pavimento do 2º piso/térreo, perpendiculares à divisa, representadas numericamente como sendo: A = trincas nos pisos e B = trincas nas paredes (f. 146).

No mesmo sentido, tal assertiva é reforçada em resposta ao quesito nº 1, ocasião na qual destaca o *expert*:

os serviços de terraplanagem efetuados no imóvel da 1ª ré, por meio de escavação mecânica, bem como pela falta de planejamento e critério para proteção do talude escavado e início das obras de contenção do mesmo, através do muro de arrimo, deram início às trincas existentes nos pisos e paredes do imóvel da autora, estabelecendo uma cadeia de corresponsabilidade entre: quem contratou, quem escavou e quem executou o muro de arrimo (f. 150).

O risco de desabamento de parte do imóvel afetado pela obra também restou detectado pela prova pericial, conforme se extrai da resposta aos quesitos 3 e 5:

Risco de desabamento da parte imediatamente afetada, qual seja: garagem e quarto. O deslocamento das fundações associado a infiltrações poderiam causar a ruptura da edificação por falta de estabilidade dos elementos estruturais (f. 150).

O risco iminente de desabamento foi superado pela execução da obra no pavimento térreo da 1ª ré, auxiliado pelos serviços de complementação/contenção executados pela autora (f. 151).

E, ainda, ao prestar os esclarecimentos às f. 209/211, o perito do Juízo afasta de vez a tese dos requeridos no sentido de que a construção da autora tenha contribuído para o aparecimento das trincas, afir-

mando em resposta ao quesito 3 que “as trincas surgiram devido à falta de critério e sincronismo, ocorridos na execução dos serviços de escavação do terreno e construção do muro de arrimo” (f. 210).

Não procede a alegação dos segundo e terceiro apelantes no sentido de que a responsabilidade pelos danos narrados deve ser imputada à própria autora, tendo em vista as condições de seu imóvel.

Isso porque, embora a prova pericial tenha constatado a inadequação das condições de escoamento de água pluvial no imóvel da primeira apelante, o perito foi conclusivo no sentido de que tais circunstâncias não resultaram nos danos experimentados, mas sim a execução dos serviços de escavação do terreno vizinho e construção do muro de arrimo, conforme respostas aos quesitos 3 e 5 de esclarecimentos (f. 210 e 211).

Portanto, inegável o nexa causal entre os danos verificados na casa da primeira apelante e a construção no prédio vizinho.

No tocante à atribuição de responsabilidade aos requeridos, esta é solidária, sendo a primeira proprietária da obra e o segundo o construtor, fato este incontroverso nos autos.

Sobre a responsabilidade por danos a vizinhos, pertinente a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

Os danos causados aos vizinhos não de ser ressarcidos por quem der origem a eles e por quem auferir os proveitos da construção. A jurisprudência pátria tem reconhecido a responsabilidade solidária do construtor e do proprietário, admitindo, porém, a redução da indenização quando a obra prejudicada concorreu efetivamente para o dano, por insegurança ou ancianidade. O proprietário, porém, tem ação regressiva contra o construtor, se os danos decorreram de imprudência, negligência e, especialmente, imperícia de sua parte.

A responsabilidade solidária decorre da simples nocividade da obra, independentemente de culpa de qualquer deles. (In *Direito civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV, p. 276-277.)

A propósito, na mesma linha, são os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

É comum, durante a construção, aparecerem rachaduras e abalos estruturais nos prédios vizinhos em razão de escavações no terreno ao lado e vibrações do estaqueamento; quedas de materiais e outros objetos atingem transeuntes; desabamento de marquise e até do próprio prédio fere e mata pessoas etc.

Inexistindo relação jurídica precedente entre o construtor e os terceiros eventualmente prejudicados pelo fato da construção, a sua responsabilidade é extracontratual em todos esses eventos comuns nas edificações. Essa responsabilidade decorre da lei e independe de culpa do construtor, bastando para a sua caracterização a relação de causalidade entre o dano e a construção. Somente o fortuito externo, causa inteiramente estranha à construção, poderá excluí-la.

E prossegue:

Atente-se, todavia, a que a responsabilidade do construtor não afasta a responsabilidade do dono da obra, que auferir os proveitos da construção. [...]

O contrato de construção, qualquer que seja a sua modalidade, é *res inter alios* para a vítima. Repetimos que não lhe compete averiguar, nem demonstrar que o dano sofrido pelo fato da construção resultou de imperícia do construtor ou de falta de cautela do proprietário ao escolhê-lo. Ambos exercem atividade que põe risco a coletividade em geral. O que solidariza e vincula o proprietário e o construtor pela reparação do dano sofrido por terceiro é, objetivamente, a lesão decorrente do fato da construção, fato este proveitoso tanto para o dono da obra como para quem a executa com fim lucrativo. (In *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 299-300.)

Quanto ao dano material, sustentam os segundo e terceiro apelantes que deve ser calculado de acordo com a apuração constante do laudo pericial.

Não obstante a memória de cálculo de f. 147/148 apresente uma estimativa de custos da obra no valor de R\$1.600,00, verifico que a primeira apelante atribui ao seu prejuízo o valor correspondente a R\$1.926,50, embasada nos documentos de f. 41/47, que não foram objeto de impugnação específica.

Ademais, registro que a estimativa apresentada pelo perito oficial, por óbvio, não é absoluta, de modo que não deve prevalecer sobre os valores demonstrados por prova documental, especialmente por não apresentar diferença substancial em relação aos valores apurados pelo perito do Juízo.

Logo, deve ser reconhecido que os valores constantes das notas fiscais apresentadas pela primeira apelante retratam, com fidelidade, os valores efetivamente desembolsados.

Quanto ao dano moral, a situação vivenciada pela primeira apelante, ao ver a sua casa correr o risco de desabamento, não pode ser tida como mero aborrecimento.

Ora, inúmeros e sérios foram os transtornos e problemas que a obra causou à primeira apelante, com risco de desabamento de parte do seu imóvel, impondo a tomada de medidas emergenciais, situação que, inegavelmente, causa sérias atribulações na vida do morador ou proprietário, não se tratando, portanto, de mero dissabor.

Por sua vez, o arbitramento econômico do dano moral muitas vezes cria situações controvertidas na doutrina e jurisprudência, em razão de o legislador pátrio ter optado, em detrimento dos sistemas tarifados, pela adoção do sistema denominado aberto, em que tal tarefa incumbe ao juiz, tendo em vista o bom senso e determinados parâmetros de razoabilidade.

Com efeito, é imprescindível que se realize o arbitramento do dano moral com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar,

consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.

A esse respeito, Maria Helena Diniz ensina que:

[...] o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (A responsabilidade civil por dano moral. in *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, p. 9, jan./fev. 1996).

Nesse sentido, Caio Mário também traz lição preciosa:

um jogo duplo de noções: a - de um lado, a ideia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensanchar de reparação da afronta [...] (*Instituições de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 235).

Nessa toada, dadas as particularidades do caso em comento, dos fatos assentados pelas partes, bem como observados os princípios da moderação e da razoabilidade, não se afere exorbitância no valor fixado na sentença a título de danos morais, correspondente a R\$ 7.000,00 (sete mil reais), não se justificando a majoração pretendida pela primeira apelante.

Por fim, a par do que dos autos consta, especialmente das provas produzidas no processo principal, não há como negar a procedência da cautelar em apenso, porquanto presentes os requisitos autorizadores da medida, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Nesse aspecto, demonstrada restou a necessidade de adoção de medidas emergenciais para a estabilização do muro da divisa e recuperação das peças estruturais do imóvel.

Ademais, observo que a prova pericial foi produzida depois da concessão da liminar na medida cautelar, tendo o *expert*, ao tempo da produção da prova, constatado a conduta da primeira apelante na execução de obras com o objetivo de contenção do muro da divisa, de modo a afastar o risco de desabamento de parte de sua casa.

Portanto, corretamente reconhecida a procedência da medida cautelar, sendo patente que o imóvel da primeira apelante ficou sujeito a riscos após a execução da obra engendrada pelos réus, condições estas que evidenciam a urgência alegada nos autos da cautelar em apenso.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e nego provimento aos recursos.

Por ser mínima a sucumbência, arquem os requeridos com a integralidade das custas recursais, na proporção de 50% para cada um, ficando suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Revogo o benefício da assistência judiciária concedido à autora.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.