

iniciada não desrespeitou o direito de vizinhança nem causou prejuízo ao autor, impõe-se a improcedência do pedido reclamado na inicial.

- O beneficiário da justiça gratuita não está obrigado ao pagamento do valor da remuneração do perito e das despesas da perícia, devendo responder por ela o não beneficiário, se vencido, ou o Estado, ao qual incumbe a prestação da assistência judiciária.

Recurso parcialmente provido.

- V.v.: - A parte deve arcar com as custas de honorários periciais, mesmo estando litigando sob o pálio da justiça gratuita, uma vez que não se pode obrigar o perito, pessoa não pertencente ao quadro efetivo de servidores do Judiciário, que faça seu trabalho sem qualquer remuneração, já que os honorários periciais se apresentam com característica alimentar. (Des. Cabral da Silva)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0460.05.017975-9/003 - Comarca de Ouro Fino - Apelante: Fernanda Josefa Nascimento Marcelino Brandão - Apelado: Mário Jorge Botelho Weikerp e sua mulher - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cabral da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

Belo Horizonte, 19 de outubro de 2010. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação, ajuizado por Fernanda Josefa Nascimento Marcelino Brandão, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Fino, nos autos da ação de nunciação de obra nova, ajuizada em face de Mário Jorge Botelho Weikerp e Márcia Deise Vilela de Rezende Weikerp.

Adoto o relatório da sentença objurgada, f. 348/352, por fiel, acrescentando, apenas que o ilustre Magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que a autora não conseguiu comprovar a irregularidade da obra, nos seguintes termos:

Isso posto e considerando o que nestes autos consta, julgo improcedente o pedido inicial formulado por Fernanda Josefa Nascimento Marcelino Brandão em face de Mário Jorge Botelho Weikerp.

Nunciação de obra nova - Construção - Prejuízo - Ausência - Vizinho - Mero inconveniente - Honorários de perito - Justiça gratuita - Voto vencido

Ementa: Nunciação de obra nova. Construção. Prejuízo. Ausência. Vizinho. Mero inconveniente. Honorários periciais. Justiça gratuita. Voto vencido.

- Em ação de nunciação de obra nova, provado pelo laudo pericial elaborado por perito do juízo que a obra

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atribuído à causa, sobrestando, porém, a condenação, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50, por deferir-lhe a assistência judiciária.

Condeno, contudo, a autora ao pagamento dos honorários periciais, que fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), devidamente atualizados na época do efetivo pagamento, consoante reiterada jurisprudência.

Através do expediente de f. 353/366, a requerente apresentou recurso de embargos de declaração, que, nos termos da decisão de f. 367/368, não foram acolhidos.

Inconformada com a decisão proferida, a autora aviu recurso de apelação, à f. 369/411, alegando que a assistência judiciária engloba os honorários periciais.

Assevera que com a construção da parede divisória perdeu a vista que tinha para lago da cidade, o qual contribuiu como importante fator para a compra do imóvel. Aponta que antes da construção da parede a privacidade de seu vizinho era resguardada.

Afirma que a construção prejudica a claridade de seu imóvel, bem como acarreta sua desvalorização. Aduz que com a construção do muro surgiu enorme trinca em sua casa.

Regularmente intimados, os réus apresentaram suas contrarrazões recursais, às f. 412/414, pugnando pela manutenção da decisão.

Este, o breve relatório.

Recebo o recurso, visto que próprio e tempestivo.

Estão preenchidos os demais requisitos para sua admissibilidade.

Trata-se de ação de nunciação de obra nova ajuizada pela apelante, sob a alegação de que os réus iniciaram uma construção que põe em risco o seu imóvel.

Embora sustente a apelante que a construção dos réus prejudicou e irá prejudicar ainda mais o seu imóvel, na medida em que poderá acarretar a perda da luminosidade de alguns cômodos, a vista de um lago para a cidade, bem como no surgimento de trincas em seu imóvel, tenho que melhor sorte não a ampara.

Ora, na espécie, o conjunto probatório, ao meu juízo, não favorece a tese da autora/apelante.

Sabe-se que a ação de nunciação de obra pode ser manejada pelo proprietário ou possuidor de um imóvel para embargar a obra realizada em imóvel vizinho ao seu se a edificação estiver causando prejuízo ao seu prédio, nos termos do art. 934, inciso I, do CPC.

Seu principal objetivo é o embargo à obra, isto é, o obstáculo a que seja concluída, e, secundariamente, a cominação de multa para o caso de reinício ou de reconstrução.

E tem lugar, ainda, que a obra não cause um dano atual, mas permita antever resultado de turbação, se vier a completar-se.

Para que tenha cabimento, será necessário que ocorram os seguintes requisitos: a) que haja posse; b) que o vizinho esteja realizando uma obra dentro de seus próprios confins, porque, se ultrapassá-los, já se converte em turbação à posse, e cabível será o interdito *retinendae possessionis*; c) que a obra cause moléstia à posse; d) que se trate de obra nova, isto é, em vias de construção, descabendo o remédio se já estiver concluída.

Vê-se, pois, que a nunciação de obra nova é a ação tutelar do direito de vizinhança, cujos requisitos fundamentais são a obra nova iniciada, mas não concluída, causadora de prejuízo real, efetivo, concreto e permanente ao prédio vizinho.

Assim, para a procedência do pedido inicial da ação de nunciação de obra nova, é necessário que o autor demonstre o efetivo prejuízo suportado por ele, em razão de obra realizada em desacordo com os direitos de propriedade e de vizinhança, o que, *in casu*, não ocorreu.

É que o laudo pericial, elaborado pelo perito oficial, demonstra, com segurança, que a obra dos apelados não desrespeitou o direito de vizinhança e que foram observados os preceitos técnicos de engenharia.

Ora, restou devidamente comprovado pelo referido laudo que, de fato, o desenvolvimento do projeto da obra aprovado não interfere na habitabilidade do imóvel da apelante.

É certo que a perícia pode, ou não, ser aceita pelo juiz, dependendo de sua fidedignidade técnica ou compatibilidade fática. No caso dos autos, entretanto, não encontro elementos que façam desmerecer a conclusão pericial.

Correta, portanto, a decisão de primeiro grau, que se arrima no laudo técnico elaborado por perito oficial, cujas conclusões não foram desconstituídas mediante outras provas hábeis.

Como bem registrou o Professor Barbosa Moreira:

nem todas as desvantagens causadas por obra em imóvel contíguo constituem lesão a direito. A lei civil impõe unicamente as restrições para obstar a que os inconvenientes ultrapassem o plano do tolerável (RT 664/130).

Por fim, faço registrar que a assistência judiciária abrange os honorários periciais, além de todas as despesas da perícia, conforme entendimento da jurisprudência:

A isenção legal dos honorários há de compreender a das despesas, pessoais ou materiais, com a realização da perícia. Caso contrário, a assistência não será integral. Assiste aos necessitados a proteção do Estado, que deve diligenciar meios para provê-los ou criar dotação orçamentária para tal fim (RSTJ 96/257, 107/157, 109/205).

Logo, o beneficiário da justiça gratuita não está obrigado ao pagamento da remuneração do perito e das despesas da perícia, devendo responder por ela o não

beneficiário, se vencido, ou o Estado, ao qual incumbe a prestação da assistência judiciária.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte:

Assistência judiciária gratuita. Pedido de prova pericial. Declaração de preclusão. Inexistência de perito que possa realizar a perícia de forma gratuita. Agravo a que se dá provimento.

1 - Sendo a perícia fundamental para o deslinde do processo, como no caso, em razão da alegação de falsidade da assinatura, deverá ela ser feita, mesmo estando o requerente sob o pálio da justiça gratuita, pois a assistência judiciária abrange os honorários periciais além de todas as despesas da perícia.

2 - O beneficiário da justiça gratuita não está obrigado ao depósito prévio da remuneração do perito e das despesas da perícia, devendo responder por ela o não beneficiário, se vencido, ou o estado, ao qual incumbe a prestação da assistência.

3 - Agravo a que se dá provimento para que a perícia seja realizada. (AI 391.578-0 - Rel. Des. Francisco Kupidlowski).

Com tais registros, dou parcial provimento ao recurso aviado para apenas dispensar a apelante de arcar com o depósito do valor dos honorários do perito, que, no caso, deve ser suportado pelo Estado.

Custas recursais, na forma da lei, pela apelante, que fica dispensada do encargo, tendo em vista que está litigando sob o pálio da justiça gratuita, nos termos da Lei Federal 1.060/50.

DES. CABRAL DA SILVA - Após detida análise dos autos, ousou discordar parcialmente do voto proferido pelo ilustre Relator, pedindo vênias, e o faço consoante os argumentos a seguir expostos:

A meu sentir e ver, razão não há que se falar que a assistência judiciária abrange os honorários periciais pelos motivos que passo abaixo expor:

A teor do inciso V do art. 3º da Lei 1.060/50, aqueles que litigam sob o pálio da justiça da assistência judiciária estão isentos do pagamento “dos honorários de advogado e peritos”.

A toda evidência, tem-se que vem a ser o deferimento de gratuidade de justiça uma efeméride, constituindo tal benesse, pois, uma exceção à regra cogente e impositiva constante do *Codex Processual Civil* pátrio em vigor.

Entretanto, tal instituto não pode ou, mesmo, deve ser aplicado atribiliariamente pelo juiz ou corte de segundo grau de jurisdição, sob pena de cometimento de grave ofensa a dispositivo legal, visto que, assim, não se pode *manu militari* obrigá-lo a trabalhar (perito) de modo gracioso. Ressalto e destaco que o perito não pertencente ao quadro efetivo de servidores do Judiciário. “Em outras palavras o perito não está obrigado a arcar com as despesas da perícia” (*Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 164, p. 213).

Outrossim, não é concebível que o *expert* seja obrigado a esperar o resultado final da demanda para, em

caso de vitória do postulante de gratuidade de justiça, vir pleitear da parte derrotada valor em pecúnia referente à paga de seus honorários periciais, tendo, *ipso facto*, que constituir patrono que certamente não militará gratuitamente em prol do vindicante, leia-se perito, cobrando evidentemente verba honorária do *expert* para adentrar com feito tendente ao recebimento dos honorários periciais não solvidos pelo perdedor da lide, ou então, se malgrado seu intento, caso não obtenha sucesso nessa empresa, cobrar do Estado, por via de bastante ação judicial movida em vara de Fazenda Pública, obter título judicial e, somente aí, adentrar a fila do famigerado precatório e aguardar a vontade do administrador de quitar verba de cunho alimentar, visto que o perito vende em verdade sua força de trabalho para se sustentar e a sua familiares, repito.

Ora, venhamos e convenhamos, submeter um lídimo auxiliar da justiça a percorrer tal *via crucis* se mostra fato kafkiano e tem o sentido de pena imposta aos peritos que colaboram com o aparato judiciário, quando deveria o Estado solver aos mesmos sem maiores delongas honorários periciais como retribuição de seu trabalho, ou manter quadro de *experts* de várias especialidades como apoio ao aparato judiciário.

Outrossim, é fato comezinho ser aconselhado o magistrado a retribuir ao *expert* que aceita trabalhar gratuitamente em face da nomeação, sendo este aquinhoadado no futuro com nomeação para trabalho pericial remunerado, proceder este que entendo seja altamente pernicioso, haja vista que vincula o juiz ao *expert* de forma desnecessária, visto que não é o magistrado parte interessada no processo; e, por isso, jamais deve se vincular a interesses de outrem, *in casu* terceiros postulantes de justiça gratuita.

No tocante ao caso em pauta, verifica-se que a irresignação do ora agravante no concernente a honorários periciais tem espeque no fato de haver o Magistrado primevo determinado que solvesse aquele a paga dos honorários do perito, o que entende indevido o agravante pelo simples fato de estar litigando pelo beneplácito da gratuidade de justiça. Ora, como acima, trouxera d’antes à colação o seguinte, ou seja:

A parte deve arcar com as custas de honorários periciais, mesmo estando litigando sob o pálio da justiça gratuita, uma vez que não se pode obrigar ao perito, pessoa não pertencente ao quadro efetivo de servidores do Judiciário, que faça seu trabalho sem qualquer remuneração, já que os honorários periciais se apresentam com característica alimentar.

Acresça-se que o *expert* detém, para a feitura e elaboração do laudo, despesas com o gasto de insumos, *verbi gratia*, com material de computação, papel, água, luz, telefone, deslocamento, compra de publicações especializadas de cunho técnico, horas de estudos, pesquisa de campo, gasolina automotiva, passagem de

ônibus caso não possua veículo e um sem-número de gastos, dependendo de sua área de atuação técnica e profissional, como, por exemplo, a compra de papel para revelação de fotos em computador para máquinas de última geração, e, ainda, no caso de um topógrafo, que para efetuar o levantamento de uma área tem obrigatoriamente que alugar teodolitos e materiais afins para elaboração de seu laudo, etc., sendo de ser ora indagado, é justo que pague o *expert* para trabalhar gratuitamente para terceiro tendo de retirar de seu bolso pecúnia para satisfação da pretensão daquele terceiro que *de facti* e *de iure* é o interessado no desate da lide?

Evidentemente que não pode o perito ser obrigado a desembolsar quantias em pecúnia para a satisfação do interesse de terceiros que litigam sob o pálio da gratuidade de justiça, que se beneficiam muitas vezes sem precisar solver custas e honorários ao aparato judiciário, evitando de no fim da demanda quitar, se perdedores forem, honorários periciais, custas e despesas judiciais

Por isso, a meu sentir e ver, o beneficiário da assistência judiciária gratuita deve solver o valor devido ao *expert* a título de paga pelo desenvolvimento e desempenho de seu trabalho, visto que a omissão do Estado no caso da prestação de justiça gratuita aos jurisdicionados é mera utopia, pura e patente balela, símile com o conto da carochinha.

Por todo o exposto, ousou divergir do Relator em relação à paga dos honorários periciais, que a meu ver devem ser pagos mesmo por aquele que esteja litigando sob o pálio da justiça gratuita. Assim, nego provimento ao presente recurso.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE
- Com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.