

- Ausente decisão do magistrado acerca das preliminares suscitadas no recurso, não há como examiná-las nesta instância.

- Havendo indícios nos autos de que a obra que está sendo realizada poderá vir a causar prejuízos ao proprietário vizinho, é prudente que seja determinada a sua paralisação, como medida a evitar futuros danos tanto ao prejudicado quanto ao próprio dono, que poderá ficar sujeito à demolição caso dê prosseguimento àquela.

**AGRAVO Nº 1.0521.07.065237-0/001 - Comarca de Ponte Nova - Agravantes: Sebastião Wellington Pereira Alves e outro - Agravada: Maria Erclia Ferreira Mol - Relator: DES. GENEROSO FILHO**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DAS PRELIMINARES SUSCITADAS E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de abril de 2008. - Generoso Filho. - Relator.

#### Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Samuel M. Alves.

DES. GENEROSO FILHO - Inicialmente, quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita, é dominante o entendimento no sentido de que, para o seu deferimento, basta a declaração de pobreza, presumindo-se a hipossuficiência do requerente, até prova em contrário. Vale conferir as ementas dos julgados que evidenciam esse entendimento:

Justiça gratuita. Necessidade de simples afirmação de pobreza da parte para a obtenção do benefício. Inexistência de incompatibilidade entre o art. 4º da Lei nº 1.060/50 e o art. 5º, LXXIV, da CF. - O art. 4º da Lei nº 1.060/50 não colide com o art. 5º, LXXIV, da CF, bastando à parte, para que obtenha o benefício da assistência judiciária, a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (STF, RE 207.382-2, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 22.04.97).

Processual Civil. Ação de Indenização. Pedido de assistência judiciária gratuita. Presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência. Recurso conhecido e provido.

- O v. acórdão, ao examinar o caso, afastou o benefício da justiça gratuita, essencialmente sob o argumento de que o art. 4º da Lei 1.060/50 não teria sido recepcionado pelo preceito contido no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Entretanto, equivocou-se o *decisum* hostilizado. Com efeito, o STF já declarou que o referido dispositivo legal foi recepcionado.

#### **Nunciação de obra nova - Ação demolitória - Cumulação de ações - Liminar - Deferimento - Obra paralisada - *Fumus boni iuris e periculum in mora* presentes - Preliminares - Não-conhecimento**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de nunciação de obra nova. Liminar deferida. Obra paralisada. *Fumus boni iuris e periculum in mora* presentes. Preliminares não conhecidas. Decisão mantida.

- Assim sendo, esta Corte já firmou entendimento no sentido de que tem presunção legal de veracidade a declaração firmada pela parte, sob as penalidades da lei, de que o pagamento das custas e despesas processuais ensejará prejuízo do sustento próprio ou da família.

Recurso provido, para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder ao recorrente os benefícios da assistência judiciária gratuita (REsp 682.152/GO, REsp 2004/0105311-6, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4º T., DJU de 11.04.05, p. 327).

Diante da declaração de pobreza firmada pelos agravantes às f. 87/88-TJ, defiro o benefício da assistência judiciária no presente recurso, para dispensá-los do preparo.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida às f. 81/83-TJ, que, nos autos da ação de nunciação de obra nova cumulada com ação demolitória com preceito cominatório proposta por Maria Ercília Ferreira Mol em face de Sebastião Wellington Pereira Alves e outro, deferiu a liminar de embargo, determinando suspensão da construção da escada, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Na referida ação, a autora aduz ser proprietária de um imóvel cujo lote faz divisa, nos fundos, com um paredão de pedras defronte à Praça do Rosário da Comarca de Ponte Nova, onde os requeridos, ora agravantes, estariam construindo uma escada para dar acesso ao andar superior do imóvel a eles pertencente, a qual estaria invadindo a via pública, o que, conseqüentemente, dificultará o acesso da autora ao seu lote, segundo alega.

Sustentam os agravantes, no presente recurso, preliminarmente:

1) a ilegitimidade passiva do primeiro agravante, pois a decisão considerou que apenas ele seria o proprietário do imóvel onde estaria sendo construída a escada, quando, na realidade, a ação deveria ter sido proposta contra a dona da obra, qual seja a sociedade Pereira Alves Ltda, conforme contrato de empreitada que anexam, e não em face de seus sócios;

2) a ilegitimidade passiva do segundo agravante, pois não possui nenhuma relação com o caso, não sendo dono nem sócio da sociedade acima mencionada, mas apenas filho do primeiro agravante;

3) ausência de interesse processual da autora, por inadequação da via eleita, em razão de já ter sido concluída a obra e, também, ausência de interesse de agir, em razão da alegação de que a obra estaria invadindo a propriedade da autora, sendo, pois, cabível ação possessória.

No mérito, afirmam ser ineficaz a liminar deferida, pois a obra já está concluída e, ainda, que não estão presentes os requisitos para a liminar, não existindo nenhum prejuízo à autora em decorrência da construção e, finalmente, que a obra estaria em conformidade com as normas de postura municipais, conforme certidão que anexam.

Pedem seja conferido efeito suspensivo, sustentando que eles não têm condições de cumprir a liminar, por não serem os donos da obra e, finalmente, requerem sejam-lhes concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Foi indeferido o pedido de conferência de efeito suspensivo ao recurso (f. 137/139-TJ), oportunidade em que foram solicitadas informações ao Juízo monocrático e, ainda, determinada a intimação da agravada para resposta.

Nas informações prestadas às f. 145/146-TJ, o MM. Juiz *a quo* esclareceu ter mantido a decisão agravada e, ainda, que os agravantes não cumpriram o disposto no art. 526 do CPC, sendo posteriormente anexada, à f. 277-TJ, cópia de petição em que demonstram ter cumprido o referido dispositivo legal.

Embora tenha sido intimada à f. 141-TJ, a agravada não apresentou contraminuta.

Feito este breve relatório, passo a decidir.

Preliminares:

Verifico que as bem elaboradas preliminares argüidas pelos agravantes ainda não foram objeto de apreciação e decisão pela MM. Juíza *o quo*, não sendo possível aqui decidi-las, sob pena de haver supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido segue julgado proferido por esta 9ª Câmara Cível:

Agravo. Pretensão distinta ao que fora formulado no juízo primevo. Efeito devolutivo. Violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não-conhecimento do recurso.

O efeito devolutivo do agravo de instrumento limita-se ao teor da decisão interlocutória, não sendo lícito ao Tribunal examinar questão jurídica outra não submetida, a tempo e modo, ao juiz que a prolatou. Não se pode, em via recursal, autorizar o exame de matéria não abordada em primeiro grau, sob pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Súmula: De ofício, não conheceram do recurso.

Número do processo: 1.0701.00.008315-7/001(1), Relator: Des. José Antônio Braga, j. em 28.11.06, data da publicação: 16.12.06.

Com isso, não conheço das preliminares argüidas no recurso.

Mérito:

A ação de nunciação de obra nova, cuja liminar é objeto do presente recurso, foi proposta com base no disposto no artigo 934, I do CPC, que dispõe o seguinte:

Art.934. Compete esta ação: I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que destinados.

Prevê o CPC, em seu artigo 937, a possibilidade de concessão do embargo liminar na ação de nunciação de obra nova, bastando, para isso, que exista o *fumus boni iuris* da alegação e o *periculum in mora*.

Sobre o referido embargo, leciona Humberto Theodoro Júnior que

o perigo de dano imediato para o prédio do autor leva o Código a criar um mecanismo, na ação de nunciação de obra nova, que permita uma pronta e enérgica reação contra a construção irregular do réu. (...) Por essa liminar, obtém-se a imediata paralisação da obra, sem necessidade de uma prova cabal do direito do autor. A cognição é superficial e a medida é urgente. Para obter providência *in limine litis*, o autor terá de fornecer, com a inicial, documentos demonstrativos do prejuízo que a obra do réu representa para seu prédio. Não dispondo de documentos adequados, produzirá, unilateralmente (isto é, sem a citação do réu), justificativa testemunhal prévia (*Curso de processo civil*, 31. ed., Forense, p. 155, vol. 3).

Pressuposto, portanto, para a concessão da liminar é a existência de prova suficiente do possível prejuízo que possa ser causado ao vizinho da obra caso seja a ela dado prosseguimento, não sendo necessária prova cabal, que somente será aferida após a instrução do feito.

Pois bem. No caso ora tratado, tenho que foi demonstrado pela autora que a escada que está sendo construída, cujas fotos anexadas às f. 153/160-TJ demonstram que ela ainda não está acabada, pode vir a obstruir o terreno da agravada, caso decida nele construir, o que também é confirmado pelas declarações da testemunha ouvida à f. 75-TJ, que afirmou que “a autora teve prejuízo com a construção da escada pelo requerido, porque ficaria impedida de construir pelos fundos de seu lote, na parede que divide com o balaústre no local onde foi edificada a escada”.

Assim, em cognição superficial, própria para o momento, entendo estar presente o *fumus boni iuris*, bem como o *periculum in mora*, pois há o risco de ser dado prosseguimento à obra e, posteriormente, caso venha a ser julgada procedente, seja necessária a sua demolição, sendo a paralisação medida prudente, que busca evitar a ocorrência de danos tanto à agravada, quanto aos agravantes.

Feitas essas considerações, não conheço das preliminares e, no mérito, nego provimento ao presente agravo.

Custas, pelos agravantes.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

### Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador 1º Vogal, quando, então, o Desembargador Relator não conhecia das preliminares trazidas no recurso e negava provimento.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Pedi vista dos autos na última Sessão de Julgamento para um necessário reexame dos mesmos.

Registro de início que dediquei atenção devida ao substancioso Memorial a mim encaminhado pelos agravantes.

No que diz respeito às preliminares, estou de acordo com o e. Relator quando não conheceu das mesmas, tendo em vista que ainda não foram objeto da apreciação no juízo primevo. Efetivamente, a análise de tais questões neste Tribunal importaria em supressão de instância e ofensa ao direito ao plurigráu.

Efetivamente, descabe analisar matérias que não foram objeto de análise pela decisão agravada, ainda que versando sobre questões de ordem pública, pois tal discussão deve ser travada no juízo monocrático, sob pena de estar a instância revisora antecipando o julgamento de tais preliminares e engessando o entendimento que sequer foi exarado pela d. juíza a quo..

Quanto ao mérito, a concessão da liminar aparenta-se-me adequada, eis que em decisão muito bem fundamentada - f.189/191 a d. julgadora entendeu presentes os pressupostos para o seu deferimento.

Sabe-se que, em se tratando de nunciação de obra nova, para que se obtenha a imediata paralisação da construção, mostra-se necessária a comprovação, juntamente com a inicial, do prejuízo que a obra da demandada, que já fora iniciada, está causando ao prédio do nunciante. Importante anotar que as liminares são examinadas sob um juízo de cognição sumária, tal como as demais tutelas de urgência.

Assim, compete ao Magistrado, com base essencialmente nas provas documentais carreadas, bem como aquelas provenientes da audiência de justificação prévia, emitir um juízo provisório, sem a necessidade de provas cabais, mas apenas indícios razoáveis de que as alegações do demandante sejam plausíveis e que haja o perigo de dano pela demora da prestação jurisdicional.

Ao contrário do afirmado pelos agravantes, entendo que, enquanto a obra estiver em andamento, a mesma é tida como inacabada, o que possibilita o ingresso por aquele que se sentir prejudicado com a ação de nunciação de obra nova.

Na hipótese, os recorrentes afirmam que a escada encontra-se acabada, restando apenas alguns itens a serem finalizados. Ora, ao meu entendimento, conforme a prova encartada aos autos, a obra, de fato, está em fase final de conclusão, mas não está terminada; e, quando do ajuizamento da ação, encontravam-se presentes os elementos necessários à instauração do processo, e, por via de consequência, com a concessão da liminar que determinou o embargo da obra.

Como o e. Relator, entendo, também, que o prosseguimento das obras poderá resultar em maiores prejuízos para ambas as partes, sendo prudente, antes do seu prosseguimento e conclusão, que a questão seja resolvida e a solução encontrada, o que caracteriza o perigo da demora, não havendo amparo para a insurgência recursal.

Com tais acréscimos, também não conheço das preliminares e nego provimento ao recurso.

DES. TARCISIO MARTINS COSTA - Também não conheço das preliminares e, quanto ao mérito, acompanho os eminentes Desembargadores Relator e 1º Vogal.

*Súmula:* NÃO CONHECERAM DAS PRELIMINARES SUSCITADAS E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...