

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - DECRETO MUNICIPAL - ANULAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - INOBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - LIMINAR - EMBARGO DA OBRA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Ação de nunciação de obra nova. Alvará de construção. Decreto anulatório. Inobservância da ampla defesa e do contraditório. Impossibilidade. Improcedência do pedido.

- O Município, a teor do disposto no artigo 934, III, do CPC, tem o exercício da *nuntiatio novi operis* para impedir que se construa com inobservância de suas normas de edificação. Todavia, se o réu iniciou a sua obra com alvará municipal autorizativo e em obediência às normas municipais e se viu impedido de dar continuidade à construção em razão única e exclusivamente de um decreto municipal que anulou esse mesmo alvará sem o necessário processo administrativo, o pedido não pode ser acolhido.

- Modernamente, tem prosperado o entendimento de que, em certas circunstâncias, a possibilidade de anulação (vício de legalidade) ou a revogação (oportunidade e conveniência) de ofício do ato administrativo sofre mitigação, ou seja, há restrição ao poder de autotutela de que desfruta a Administração Pública, mormente quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0534.05.000834-9/001 - Comarca de Presidente Olegário - Apelante: Valdeci Alves Neto - Apelado: Município de Presidente Olegário - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos

e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de outubro de 2006. -
Eduardo Andrade - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de ação de nunciação de obra nova, com pedido de liminar, ajuizada pelo Município de Presidente Olegário em face de Valdeci Alves Neto, objetivando que se proceda ao embargo da obra edificada pelo apelante, com a sua seqüente demolição.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o pedido foi julgado parcialmente procedente, tornando definitiva a liminar deferida às f. 19/20, para determinar o embargo da construção pertencente ao apelante, cominando pena pecuniária no valor de R\$ 100,00 (cem reais) no caso de descumprimento da decisão, deixando de condená-lo nas perdas e danos, ante a ausência de prova (f. 146/157).

O apelante opôs embargos declaratórios, que foram rejeitados pelo douto Juiz *a quo* (f. 172/173).

Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso, argüindo, preliminarmente: cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide e a ausência da necessária prova pericial; ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, uma vez que não há indícios da ocorrência de atos materiais de início de realização de obra e que, após o deferimento do embargo, não foi realizada, de imediato, a lavratura do auto circunstanciado, conforme exigência do artigo 938 do CPC; impossibilidade jurídica do pedido, pois o Município não comprovou que o apelante esteja construindo no imóvel; falta de interesse processual, visto que a ação de nunciação de obra nova não é a via adequada para discutir a legalidade ou a irregularidade da doação de lotes e da concessão de alvará de licença para construção; nulidade da decisão dos embargos declaratórios, por ausência de fundamentação; nulidade da citação e da intimação. No mérito, pretende a reforma do *decisum*, a fim de que o pedido seja julgado improcedente (f. 176/203).

Regularmente intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 223/232).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar. Nulidade da citação e da intimação.

Requer o apelante, preliminarmente, a nulidade da citação e da intimação, tendo em vista que, não obstante o deferimento liminar do embargo, não consta do mandado de citação e intimação a descrição dos detalhes em que se encontrava a obra naquela época, exigência do artigo 938 do CPC.

O artigo 938 do CPC dispõe que:

Deferido o embargo, o oficial de justiça, encarregado de seu cumprimento, lavrará auto circunstanciado, descrevendo o estado em que se encontra a obra; e, ato contínuo, intimará o construtor e os operários a que não continuem a obra sob pena de desobediência e citará o proprietário a contestar em cinco (5) dias a ação.

Relativamente ao mandado de f. 22, verifica-se que foi expedido em obediência às normas legais aplicáveis à espécie, vale dizer, determinou-se a citação do apelante para, querendo, contestar a presente ação no prazo de cinco dias. E, como se verifica da certidão de f. 26, o apelante foi citado pessoalmente pelo oficial de justiça, em consonância com o disposto no artigo 215 do CPC, sem qualquer irregularidade ou nulidade.

Mais a mais, o § 1º do artigo 214 do CPC determina expressamente que “o comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação”. E outra não é a hipótese dos autos, pois o apelante ofereceu contestação dentro do prazo legal e sem argüir qualquer espécie de nulidade da citação (f. 29/47).

Já com relação à suposta nulidade da intimação, por ausência de descrição dos detalhes em que se encontrava a obra na época do

embargo liminar, tem-se que essa matéria não está incluída no rol daquelas de que se deve conhecer de ofício, tornando-se perfeitamente aplicável a regra inserta no *caput* do artigo 245, que assim dispõe: “Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

Dessa forma, deixando o apelante de alegar a suposta nulidade da intimação na sua contestação, operando-se a preclusão temporal sobre a matéria, não há falar em nulidade do processo por esse fundamento.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade de citação e intimação.

Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido.

Argúi o apelante, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o Município de Presidente Olegário não comprovou que o apelado esteja edificando alguma espécie de construção no imóvel descrito na petição inicial.

Ocorre que o pedido deduzido na exordial é admissível, sendo insubsistente a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se:

a) que o ordenamento jurídico admite, em tese, o pronunciamento sobre o pedido da parte, isto é, há prévia disposição normativa admitindo o deferimento do pedido deduzido em juízo;

b) ainda que haja lacuna normativa sobre o pedido deduzido pela parte, a ordem jurídica admite a apreciação do pedido, o que se fará através do suprimento judicial dessa lacuna.

Nesse sentido, ensina E. D. Moniz de Aragão:

Em face dessas considerações, parece que o verdadeiro conceito da possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação

de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. II, p. 508).

Ora, *in casu*, o pedido de embargo da obra deduzido pelo Município de Presidente Olegário encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, integrando o suporte fático hipotético de normas jurídicas de direito material e adjetivo, não se podendo, pois, falar em impossibilidade jurídica do pedido.

Preliminar. Ausência de interesse processual.

Há preliminar de falta de interesse processual, também argüida pelo apelante, ao argumento de que a ação de nunciação de obra nova não é a via adequada para discutir a legalidade ou irregularidade da doação de lotes e da concessão de alvará de licença para construção.

Como cediço, o interesse de agir consubstancia-se na necessidade vislumbrada pela parte de obter através de intervenção judicial a reparação do prejuízo que alega ter sofrido por comportamento injusto e indevido imputado ao réu. A esse respeito, ensina Humberto Theodoro Júnior:

Localiza-se o interesse processual na utilidade, mais especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação ‘que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)’. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação

(Curso de direito processual civil. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. I, p. 56).

Dessa forma, demonstrado o interesse da Municipalidade em ver embargada a obra edificada pelo apelante de maneira supostamente irregular, presente está o interesse processual, pouco importando o fundamento jurídico constante da petição inicial.

Ressalte-se, outrossim, que em momento algum houve pedido de declaração de ilegalidade de doação de lotes e da concessão de alvará de licença para construção.

Rejeito, também, essa preliminar.

Preliminar. Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ainda em preliminar, argúi o apelante ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, uma vez que não há indícios da ocorrência de atos materiais de início de realização de obra e que, após o deferimento do embargo, não foi realizada, de imediato, a lavratura do auto circunstanciado, conforme exigência do artigo 938 do CPC.

Data venia, a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo está ligada, mais precisamente, à incapacidade processual do autor ou à irregularidade de sua representação, não se aplicando, portanto, nessas hipóteses, a suposta ausência de provas materiais para instruir o feito ou mesmo a suposta irregularidade na lavratura do auto circunstanciado, matérias essas, aliás, que já foram objeto de análise em outra preliminar.

Além do mais, *ad argumentandum tantum*, o oficial de justiça avaliador declarou expressamente que deixou de lavrar o auto circunstanciado, pelo fato de que todas as obras que estavam sendo edificadas nos lotes se encontram apenas com a base feita (f. 144).

Rejeito a preliminar.

Preliminar. Cerceamento de defesa.

Requer o apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide e a ausência da necessária prova pericial.

Alega o apelante, nesse ponto especificamente, que, na ação de nunciação de obra nova, necessária é a comprovação de que o particular esteja construindo em contravenção a lei ou a regulamento, e que, dessa forma, não poderia o ilustre Juiz *a quo* ter julgado antecipadamente a lide sem a determinação da prova pericial.

Compulsando os autos, verifica-se que o apelante requereu a produção de prova pericial a tempo e modo, com o objetivo único de comprovar que a construção edificada no imóvel está de acordo com a lei, regulamento ou posturas do Município de Presidente Olegário (f. 133).

Ocorre que a questão atinente à regularidade ou irregularidade da construção embargada liminarmente é questão unicamente de direito, cabendo ao juiz da causa - e não ao perito - avaliar acerca dos fundamentos jurídicos e das legislações aplicáveis à espécie.

Com efeito, não há falar em cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide substanciado no artigo 330, I, do CPC, que assim determina:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Mais a mais, esta preliminar restará prejudicada com o julgamento do mérito do recurso.

Rejeito a preliminar.

Preliminar. Nulidade da sentença.

Por fim, argúi o apelante a nulidade da sentença que julgou os embargos declaratórios, por ausência de fundamentação.

O apelante opôs embargos declaratórios, requerendo que fossem supridas a contradição e a omissão existentes na decisão, ao argumento de que houve deferimento para realização da prova pericial e posterior julgamento antecipado da lide.

O douto Sentenciante, por sua vez, rejeitou os embargos declaratórios, sob o fundamento de que,

não obstante ter sido julgada a ação parcialmente procedente, com o julgamento antecipado da lide, não se vislumbram, *permissa venia*, na sentença guerreada, quaisquer omissões ou contradições a ensejar a propositura do referido recurso, de forma que pretende o requerido, nitidamente, provocar a reanálise do mérito, trazendo à baila discussões que, a toda evidência, desafiam recurso de apelação, sendo, como é cediço, vedado ao Magistrado de primeiro grau reformar o seu entendimento em sede de embargos declaratórios (f. 173).

Dessa forma, entendendo e fundamentando o ilustre Juiz *a quo* que não havia omissão ou contradição na sentença e que o intuito dos embargos declaratórios era meramente protelatório, também não há falar em nulidade da sentença de f. 172/173.

Esta preliminar também restará prejudicada com o julgamento do mérito do recurso.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Infere-se dos autos que, em 30.11.04, o Município de Presidente Olegário concedeu em favor do apelante alvará de licença para construção de uma residência no lote nº 205, situado na Rua Catiara, Setor 04, quadra 104, Bairro Planalto, com área de 207,14 m², conforme as medidas, as características e as confrontações constantes do documento de f. 09.

O Município de Presidente Olegário, contudo, expediu o Decreto nº 300, de 06.01.05, revogando o alvará de construção supra-referido, ao fundamento de que foi concedido ao apelante sem os requisitos dos artigos 11 e 14

do Código de Obras e Urbanismo do Município, determinando, ainda, o embargo e a interdição de todas as construções iniciadas em decorrência do aludido alvará (f. 10/13).

Já o apelante, não obstante o teor do decreto que revogou o alvará de construção, do qual teve conhecimento através de notificação extrajudicial, persistiu em continuar as obras, conforme declaração do oficial de justiça avaliador, de f. 144.

Em razão disso, deixando o apelante de atender ao auto de embargo, o Município ajuizou a presente ação de nunciação de obra nova, com pedido de liminar, objetivando a suspensão das obras e a conseqüente demolição das edificações já realizadas.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para a sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização (*Direito administrativo brasileiro*. 18. ed., p. 170).

Sobre o alvará de construção, destaquem-se novamente as palavras daquele ilustre administrativista:

É o instrumento de que dispõe o Poder Público para o controle prévio da construção, permitindo o exame de sua adequação às normas técnicas e edilícias vigentes (...) Expedido o alvará de licença para construir, ele traz em si a presunção de legitimidade e definitividade, autorizando o interessado a iniciar a construção desde logo (*Estudos e pareceres de direito público*, v. 10, p. 300).

Ressalte-se, assim, a possibilidade de a Administração Pública rever de forma ampla os seus próprios atos, em razão da prerrogativa da autotutela, para alcançar aspectos de legalidade e de mérito. Vale dizer, a Administração, de ofício ou mediante solicitação, pode anular o ato com vício de legalidade ou rever os atos válidos, mas não mais convenientes ou oportunos quanto à sua subsistência.

Ocorre que, modernamente, tem prosperado o entendimento de que, em certas circunstâncias, a possibilidade de anulação (vício de legalidade) ou a revogação (oportunidade e conveniência) de ofício do ato administrativo sofre mitigação, ou seja, há restrição ao poder de autotutela de que desfruta a Administração Pública, mormente quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato.

A esse respeito, colaciona-se o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

Modernamente, no entanto, tem prosperado o pensamento de que, em certas circunstâncias, não pode ser exercida a autotutela de ofício em toda a sua plenitude. A orientação que se vai expandindo encontra inspiração nos modernos instrumentos democráticos e na necessidade de afastamento de algumas condutas autoritárias e ilegais de que valem, durante determinado período, os órgãos administrativos. Trata-se, no que concerne ao poder administrativo, de severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública.

Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento de ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-se-lhes o poder de oferecerem as alegações necessárias a fundamentar seu interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato. Na verdade, como bem acentua Adilson Dallari, 'não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição praticada à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando a

Administração Pública com o ônus da prova' (*Manual de direito administrativo*. 13. ed., Lumen Juris, p. 127).

No mesmo sentido é o posicionamento do eg. STF:

A anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada (STF, RE nº 158.543-9-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 06.10.95).

Com efeito, no caso de anulação do ato, incluída nessa hipótese a invalidação da licença para construção, que, como visto, é ato administrativo vinculado, a doutrina e a jurisprudência têm exigido, para uma melhor avaliação da conduta a ser adotada, a instauração de processo administrativo, facultado aos terceiros interessados o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Relativamente ao alvará, para que ocorra a sua anulação com base na simples alegação de interesse público e de ilegalidade na sua expedição, como ocorreu na hipótese em exame, são necessárias, portanto, a indicação e a comprovação desses fatos no próprio processo que deu origem ao alvará ou em processo administrativo autônomo, conferindo ao interessado a oportunidade de ampla defesa e de contraditório.

Tal fato justifica-se, ainda, em razão do paralelismo de formas, pois, se para a expedição do alvará de licenciamento da obra se exige um processo e vários requisitos e formalidades, não se pode desconstituir essa licença por ato unilateral, sem procedimento formal idêntico ao de sua aprovação.

Pelo conjunto probatório dos autos, verifica-se que o Decreto nº 300/2005 revogou (mas na verdade anulou) o alvará de construção anteriormente concedido ao apelante, ficando este desautorizado a continuar a construção que já havia sido iniciada. Todavia, o Município de Presidente Olegário anulou o ato administrativo, vinculado e definitivo, sem conceder ao

apelante (terceiro interessado) direito ao contraditório e à ampla defesa.

Se é fato que na ação de nunciação de obra nova não cabe travar discussão acerca da legalidade ou ilegalidade do ato administrativo que culminou na anulação da licença anteriormente concedida ao apelante, também é fato que não se pode fechar os olhos para ela em prejuízo desse terceiro de boa-fé. Vale dizer, não se pode determinar o embargo de uma obra, que está sendo edificada com base em um alvará de construção expedido pela Municipalidade, com base em um decreto de legalidade duvidosa.

O Município, a teor do disposto no artigo 934, III, do CPC, tem o exercício da *nuntiatio novi operis* para impedir que se construa com inobservância de suas normas de edificação (lei, regulamento ou postura). Todavia, *in casu*, o apelante iniciou a sua obra com alvará municipal autorizativo e em obediência às normas municipais e viu-se impedido de dar continuidade à construção em razão única e exclusivamente de um decreto municipal que anulou esse mesmo alvará sem o necessário processo administrativo.

Veja-se que o Município de Presidente Olegário ajuizou a presente ação de nunciação

de obra nova com base única e exclusivamente no Decreto nº 300/2005, que, como visto, não foi expedido em observância ao princípio da legalidade.

Dessa forma, ausente a comprovação de irregularidade da construção, erigida com licença prévia do Município, o pedido de nunciação de obra nova não pode ser acolhido.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido de embargo da obra do apelante, revogando a liminar anteriormente concedida.

Condeno o Município de Presidente Olegário ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), com base no artigo 20, § 4º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Geraldo Augusto* e *Vanessa Verdolim Hudson Andrade*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

-:-:-