

Ação de Nunciação de obra Nova

Gisele Leite*

A intenção do legislador ao enunciar a referida ação foi a harmonizar o direito de vizinhança com o direito de propriedade, permitindo o convívio pacífico entre os vizinhos. A ação visa embargar a obra nova vizinha, ou seja, nunciar a obra.

É prevista nos arts. 934 a 940 do CPC correspondente à proteção dos direitos materiais regulados os arts. 1.301, 1.302, 1.311 e 1.312 do CC. É ação que tem por objetivo a proteção da propriedade e não da posse.

O conceito de vizinhança não se restringe apenas à contigüidade dos prédios, abrangendo os próximos ainda que não sejam limítrofes(RJTJSP 109/156).

Ensina Pontes de Miranda que considerar possessória tal ação seria confundir a causa de pedir com a legitimação ativa ocasional: algumas vezes dela usa o possuidor (...) pertence a ação a quem pretenda impedir que o prédio de sua propriedade ou posse seja prejudicado pela obra nova. Portanto, supõe ainda não ultimada a obra.

Para o cabimento da ação de nunciação necessário se faz que obra nova cause alteração no imóvel. Entende-se por obra nova, toda construção de edificação ou modificação do imóvel, importando, que se altere o prédio. O art. 936 do CPC considera inclusive a demolição, colheita, corte de madeira, extração de minério para tipificação da obra. Não esqueçamos, porém, que não basta ser obra para o cabimento da referida ação.

É necessária que seja nova (grifo meu), ou seja, e que ainda não esteja concluída. Trata-se de ação imobiliária, direito real, portanto, o juízo competente é o do local da situação da coisa conforme o art. 95 do CPC. É regra de competência absoluta. E se localizado em mais de uma localidade, se extrai a competência do critério da prevenção do juízo, estendendo-se a competência do juízo ao primeiro que tocar a causa e sobre a totalidade do imóvel. (art. 107 e 219 do CPC).

O prejuízo deve ser concreto e resultante de violação aos direitos de vizinhança e esteja ligado à construção. O legitimado ativo é tanto o proprietário ou possuidor do imóvel, àquele em que estiver sendo construída a obra nova (art. 935, I CPC). Não é especialmente necessário que os imóveis sejam contíguos, mas que estejam próximos de tal forma que a obra prejudique o outro.

Também é legitimado a demandar o condômino para impedir que outro condômino, ou alguém queira realizar alteração lesiva na coisa comum com prejuízo a esta. A lei também atribui legitimidade ao Município para impedir particular de construir em desacordo com lei, regulamento ou portaria. Qualquer autoridade estatal poderá valer-se da demanda, para preservar o planejamento e as normas constitucionais, estaduais ou federais.

O legitimado passivo é o dono da obra, ou seja, aquele que determinou a construção, podendo ou não ser o dono do imóvel. Existindo pluralidade subjetiva passiva, ter-se-á, um litisconsórcio unitário e necessário.

Permite o art. 935 do CPC a tutela de mão própria, aquele que está sendo prejudicado poderá intimar verbalmente o dono da obra para que cesse os danos.

Para a concessão do embargo extrajudicial temos os seguintes requisitos: a) que a obra já tenha se iniciado ou que esteja na iminência de se iniciar; b) a urgência da medida; c) a notificação ao proprietário ou construtor, realizada de forma verbal ou escrita, na presença de duas testemunhas, para o fim de não prosseguir na obra.

A priori, a notificação é verbal ao proprietário, mas excepcionalmente pode se dirigir ao construtor, somente no caso de ausência daquele primeiro no local da obra. Servem as testemunhas para confirmar que a notificação foi realizada de fato e, em três dias, o embargante deverá ajuizar o pedido de ratificação liminar da medida extrajudicial. Caso não o faça, a notificação extrajudicial perde o efeito.

Wambier nos recorda que o embargo extrajudicial não é mera advertência, mas uma antecipação de tutela, pois uma vez homologado, retroage à data da notificação. Todavia, está diretamente ligado à idéia de urgência, sendo incabível se não for necessária à interrupção imediata da obra. O juiz deve além de analisar os requisitos da ação, os relativos à urgência da medida.

A nunciação da obra nova é medida que não corre nas férias forenses, mas o embargo extrajudicial pode ser formulado durante seu curso (arts. 174 e 173, II do CPC).

A petição exordial deverá observar os arts. 282 e 936 do CPC e poderá o autor cumular o pedido, com o de reconstrução, demolição ou modificação. Poderá ainda, formular pedido cominatório de multa caso não seja respeitado o preceito judicial e perdas e danos.

Faz-se necessária a exata descrição do que se pretende, e pode o juiz conceder a tutela específica, aplicando ainda que não haja o pedido expresso, a cominação pecuniária de multa por descumprimento da decisão judicial (art. 461 do CPC).

Já decidiu o STJ que, se o embargado não cumpre a decisão, não está cometendo crime de desobediência, devendo a matéria ser resolvida pela execução de multa prevista.(HC 37279/MG, 3ª. T., Ministro Humberto Gomes de Barros).

O deferimento de liminar do embargo deverá ser pedido de forma expressa, sendo vedado o deferimento de ofício. Essa liminar poderá ser concedida com ou sem a justificação prévia que será realizada conforme as regras atinentes às ações possessórias.

Terá o réu cinco dias para se defender, admitindo-se todas as modalidades de resposta do réu. Se não contestar o réu, aplica-se o art.803 do CPC que trata da revelia em processo cautelar.

Se houver litisconsórcio passivo com procuradores diferentes, o prazo deverá ser contado em dobro para o MP, ou em quádruplo conforme a pessoa jurídica de direito público. Isso porque não se previu norma específica para o tema, aplicando-se aqui os arts. 188 e 191 do CPC e a Súmula do STJ 116.

O autor deverá propor a ação no foro da situação do imóvel onde o juiz apreciará a possibilidade de conceder ou não a liminar, em seguida, determinará ao oficial de justiça vá até a obra, onde será lavrado um auto circunstanciado da situação da obra e, intimados o construtor e os operários de que a obra está sendo embargada. Deve ser paralisada imediatamente sob pena de se caracterizar desobediência após o cumprimento da ordem, o dono da obra será citado.

Conta-se o prazo para defesa a partir da juntada do mandado de citação cumprido e juntado aos autos. O réu poderá ter os seguintes comportamentos: a) oferecer a resposta, designando o juiz a AIJ, se necessário for à produção de prova; b) oferecer alguma das exceções, suspendendo-se o feito até que a mesma seja decidida; c) permanecer inerte, tipificando a revelia.

Ultimada a fase instrutória, o julgador prolatará sentença e se houver condenação em perdas e danos, a execução se realizará dentro dos próprios autos. Dessa sentença, cabe apelação, e da concessão de liminar, caberá agravo de instrumento.

Pretendendo continuar a obra, pode prestar caução e formular pedido para que o juízo permita a obra. Pontes de Miranda recorda que a caução é de demolir, ou construir, devendo abranger desde a obra nova até a finalização dos trabalhos demolitórios ou construtivos.

Sendo obra atentatória ao regulamento administrativo municipal (Código de Obras), ao juiz não é dado o poder de decidir pela comunidade da obra, mesmo havendo presunção de caução. Se o feito estiver em trâmite no tribunal o pedido de caução deverá ser formulado no foro onde corre a causa, constitui uma exceção à regra geral, sendo do juiz originário o competente para conhecer e julgar o pedido de caução.

Quando a ação se fundar em ofensa à lei ou à postura administrativa municipal, ainda que proposta por particular, não se admitirá o levantamento do embargo liminar nem sob prestação de caução (interpretação do art. 940 §2º do CPC, vide ainda RT 548/253/262).

É de natureza cominatória e pode ser exercido tanto pelo possuidor como pelo proprietário. Pode valer-se dela aquele que, fundando em justo receio de sofrer prejuízos com obra vizinha, formula pedido para que o proprietário dê caução (a fim de garantir eventuais prejuízos) ou da demolição.

O dano pode ainda não ter se concretizado, daí derivar o nome da ação. Mas pode ser causado no futuro. O possuidor ou proprietário, o autor da demanda previne-se exigindo caução.

A ação demolitória visa especificamente à demolição do prédio em ruína ou de obra em desacordo com a lei civil. Em princípio, uma vez concluída a obra, não cabe mais a ação de nunciação de obra nova, de certo será cabível a ação demolitória.

Há polêmica se a obra está em andamento, não cabe a demolitória e nem é possível convertê-la em nunciação. Mas, já existe orientação jurisprudencial de que não há razão para a parte ser remetida a outra ação tendo em vista que os pressupostos de ambas guardam estreita semelhança e seu objetivo final será sempre o mesmo que é a demolição (art. 936, I do CPC).

A maioria dos agravados chama para corroborar sua tese a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, no teor do qual a pretensão característica da demolitória(cujo o rito é ordinário)

está manifestada, necessariamente, na inicial da outra, de modo que não seria outorgado ao autor nenhum bem jurídico que ele não houvesse pedido.

Nery Junior opina favoravelmente pela conversão, constatada a ausência de um dos requisitos para a nunciação, qual seja o fato da obra ainda não estar concluída, sendo idêntica a pretensão de direito material.

Ao invés de anular-se o feito, a bem da efetividade do processo e da instrumentalidade das formas, deveria o feito seguir o procedimento ordinário, principalmente incorrendo prejuízo.

Há séria controvérsia a respeito da natureza jurídica da nunciação de obra nova, seu caráter real é evidente tendo em vista o art. 95 do CPC. No entanto, nem todas as ações mencionadas nesse artigo são reais, bastando mencionar as ações possessórias.

Não está fundada no direito real, mas sim ai direito de vizinhança cuja natureza é de obrigação propter rem, daí deriva seu caráter pessoal, sendo desnecessária a vênia conjugal para seu exercício.

Será a ação de nunciação de obra nova ou embargo de obra nova processada e dirigida ao foro da situação da coisa, sem a possibilidade de modificação de competência.

O art. 934 do CPC cuida das hipóteses de cabimento, traçando os requisitos próprios. Todavia, o embargo não se confunde com ação de dano infecto embora igualmente associada ao direito de vizinhança, mas deve ser veiculada quando o prédio ou a obra do imóvel ameace a ruir.

Também não existe embargo de obra futura que está somente projetada ou planejada, devendo já ter havido alguma prática de ato material e concreto que implique em modificação fática da propriedade.

Também não caberá a referida ação, se a obra já estiver concluída ou em vias de finalização, cabendo então a propositura de ação indenizatória e/ou demolitória.

Deve o juiz verificar se a obra está inconclusa, do contrário redundará na extinção do feito sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, carecendo o autor de interesse de agir (ou processual).

Controvertia-se, aponta Marcus Vinicius Rios Gonçalves, sobre a possibilidade de manejo da referida ação para embargar obra que invada terreno vizinho. Não na perspectiva de danos. Parte da doutrina entendia que a ação adequada e escoreita é a possessória.

Outros, porém, sustentam a adequação do embargo devido ao que estabelecia o caput do art. 573 do CC de 1916. Embora que o vigente Código Civil de 2002 não tenha reprisado o referido dispositivo legal, mas tudo leva a crer que continua a ser admissível a nunciação de obra nova que invada terreno vizinho.

Vide bem que a obra começa em terreno próprio e acaba por invadir o terreno vizinho, (devendo-se observar o art. 1.258 e parágrafo único do C. C). o que é completamente distinto se a obra começa e está em andamento completamente dentro dos limites do terreno vizinho, sendo somente atacável por ação reivindicatória por parte de seu proprietário.

Se inconclusa a obra, e tiver sido parcialmente feita em terreno vizinho, realizada de boa-fé em área não superior a vigésima parte deste, o construtor adquire a propriedade da parte do solo invadida, desde que o valor da referida construção não exceda o dessa parte, e responde por indenização por danos que ocasionou.

Se, todavia, for feita a construção de má-fé será devida a indenização em décuplo.

Podendo o juiz conceder perdas e danos no lugar do pedido, sem que se caracterize sentença extra petita, tendo por base o princípio constitucional da função social da propriedade.

Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 30 de maio de 2008

* Professora universitária, Mestre em Direito, Mestre em Filosofia, Doutora em Direito Civil. Leciona na FGV, EMERJ e Univer Cidade. Conselheira-chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas (INPJ).

Disponível em:

<http://jusvi.com/artigos/33720>

Acesso em: 14 agosto 2008.