

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 0824494

Relator: CARLOS MOREIRA
Sessão: 14 Outubro 2008
Número: RP200810140824494
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO.
Decisão: CONFIRMADA.

EMBARGO DE OBRA NOVA

Sumário

I- O embargo de obra emerge um conflito de interesses traduzido no interesse do dono da obra na sua continuação e no interesse do embargante na sua suspensão.

II- No confronto entre os dois prejuízos - o resultante da suspensão da obra e o resultante da continuação -, ou seja entre as vantagens emergentes da providência e os prejuízos que dela podem advir para o embargado, deve prevalecer o interesse mais valioso.

Texto Integral

Processo 4494/08-2

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

1.

B....., Lda interpôs contra Administração de Condomínio do Edifício C..... providência cautelar de embargo de obra nova.

Alegou:

Que é proprietária de uma fracção destinada a estabelecimento comercial sita no imóvel administrado pela requerida; que teve conhecimento que estava a ser colocado um novo portão na entrada da garagem do condomínio, tendo procedido à notificação do empreiteiro do embargo extrajudicial da obra; que o mesmo desrespeitou continuando com os trabalhos, encontrando-se a obra quase concluída neste momento; que a obra é ilegal porque não se encontra

prevista no projecto inicial, não existindo licenciamento camarário para a mesma nem tendo existido qualquer deliberação em Assembleia de condóminos que legitimasse a sua realização; que ela impede o livre acesso a uma parte do logradouro do imóvel; que a colocação do portão obstrui parte da montra em vidro do estabelecimento comercial situado na fracção da requerente, reduzindo significativamente a área de exposição ao público.

Pediu:

A demolição de toda a obra realizada após o embargo extrajudicial.

2.

Foi proferido despacho liminar que indeferiu a providência.

3.

Inconformada recorreu a requerente.

Rematando as suas alegações com as seguintes conclusões:

I

O periculum in mora referido no artigo 381º, nº1, do Cód. Proc. Civil, não é, no caso de embargo de obra nova, elemento necessário e essencial para o decretamento da providência, uma vez que, a aplicação subsidiária das normas do procedimento cautelar comum aos procedimentos cautelares especificados, prevista no art. 392º, nº1, do Cód. Proc. Civil, não determina que estes, e em particular o embargo de obra nova, dependam da verificação de um fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável, requisito de que, nos termos do artigo 381º, nº1, do Cód. Proc. Civil, depende o procedimento cautelar comum

II

Ao não entender assim, violou o Meritíssimo Tribunal a quo o disposto nos artigos 412º, nº1, e 392º, nº1, ambos do Cód. Proc. Civil.

III

No momento em que foi realizado o embargo, a obra embargada estava ainda longe da sua conclusão, facto que foi devidamente alegado nos autos.

IV

O embargo de obra nova limita-se aos trabalhos que ainda não se encontrem concluídos, relevando para o efeito o momento da apresentação do requerimento inicial ou, no caso de embargo extrajudicial o da notificação verbal referida no art. 412º, nº2, do CPC.

V

Ao não entender assim, violou o Meritíssimo Tribunal a quo o disposto nos artigos 412º, nºs 1 e 2, 418º, nº3 e 420º, todos do Cód. Proc. Civil.

VI

A inutilização de uma montra, mesmo que lateral, de um estabelecimento comercial, devidamente licenciado para o efeito, instalado numa fracção do condomínio recorrido, que desde a constituição da propriedade horizontal mantém a mesma configuração, constitui dano na propriedade da recorrente, acarretando para este um prejuízo tal como este é definido no nº1 do artº.412º do Cód. Proc. Civil.

VII

O termo “prejuízo”, usado no nº1 do art. 412º do Cód. Proc. Civil, abrange toda e qualquer violação do direito de propriedade, embora dessa violação não resulte prejuízo propriamente dito. O prejuízo consubstancia-se no dano jurídico, consistindo tão-só na ofensa do direito ou da posse, derivando, por e simplesmente, da violação do direito da propriedade, da posse ou da fruição.

VIII

Dai que, ao entender que no caso em apreço não foi alegado qualquer dano, tenha violado o Meritíssimo Tribunal a quo o artigo 412º, nº1 do Cód. Proc. Civil.

4.

Sendo que, por via de regra: artºs 684º e 690º do CPC - de que o presente caso não constitui excepção - o teor das conclusões define o objecto do recurso, a questão essencial decidenda é a seguinte:

Verificação, ou não verificação, in casu, dos requisitos do embargo de obra nova.

5.

Os factos a considerar são os dimanantes do relatório supra.

6.

Apreciando.

6.1.

Estatui o artº 412º, n.º 1 do CPC:

1. Aquele que se julgue ofendido no seu direito de propriedade, singular ou comum, em qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou na sua posse, em consequência de obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause ou ameace

causar prejuízo, pode requerer, dentro de 30 dias, a contar do conhecimento do facto, que a obra, trabalho ou serviço seja mandado suspender imediatamente.

2. O interessado pode também fazer o embargo por via extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o dono da obra, ou, na sua falta, o encarregado ou quem o substituir para a não continuar.

Assim sendo e como constituem doutrina e jurisprudência pacíficas, requisitos ou fundamentos substantivos desta providência são três, a saber:

a) - Que o requerente seja titular de um direito de propriedade, singular ou comum, de qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou de posse;

b) - Que o requerente se julgue ofendido no seu direito em consequência de obra, trabalho ou serviço novo;

c) - Que a obra, trabalho ou serviço novo cause ou ameace causar prejuízos ao requerente - Cfr. entre outros, Ac. da Relação de Coimbra de 15-11-2005, dgsi.pt, p. 2698/05.

6.2.

A Sra. Juíza indeferiu a providencia por dois motivos, a saber:

- pareceu-lhe, pelas fotografias juntas aos autos, que a obra já está concluída pelo que tendo a providencia uma finalidade de mera prevenção, não abarca ela situações em que a lesão do direito se consumou; o embargo, já nada acautelando, carecerá de justificação, porquanto a lesão do direito se não encontrava em execução mas consumada, pelo que não se agravaria com a continuação da obra.

- Entendeu que não é alegado pela requerente qualquer “periculum in mora” consubstanciado em quaisquer danos concretos que possam ser provocados pela execução da mesma e que por isso justifiquem a necessidade do recurso a um procedimento célere como o presente.

6.2.1.

Quanto ao primeiro fundamento não lhe assiste razão.

É que a requerente alegou - artºs 9º e 17º do req. Inicial - que quando teve conhecimento e embargou extrajudicialmente a obra, ou seja em 06 e 07 de Maio de 2008, esta ainda estava a ser feita, ou seja, não estava concluída.

E nem das fotografias juntas aos autos o contrário se pode concluir.

Aliás a julgadora apenas refere que “parece” que a obra está concluída. Ou seja, nem ela própria está suficientemente convicta que assim seja. O que não é bastante para acarretar uma decisão com efeitos tão gravosos para a

impetrante.

Na dúvida teria de permitir o prosseguimento da providência e, a seu tempo, após produção de prova e com mais elementos e maior conhecimento e uma melhor convicção sobre tal facto, decidir em conformidade.

Sendo certo que tal conclusão apenas relevaria se se tivesse verificado aquando do embargo extrajudicial.

Pois que se se verificou posteriormente a mesma é irrelevante e inoperante.

Na verdade só o embargo de obra - e não a sua ratificação - tem que ser efectuado antes de a obra estar concluída - cfr. entre outros, Ac. da Relação do Porto de 03-06-2004, dgsi.pt, p. 0433091.

Aliás, no caso de ter ocorrido um embargo extrajudicial, se o embargado continuar a obra, sem autorização, depois da notificação e enquanto o embargo subsistir, pode o embargante requerer que seja destruída a parte inovada nos termos do artº 420º, nº 1 do CPC.

6.2.2.

Quanto à segunda razão a questão é mais complexa.

Tendo a ver com a aplicação, ou não, a esta providência de um dos requisitos do procedimento cautelar comum, o periculum in mora, ou seja, da necessidade, ou não, de o requerente alegar e provar indiciariamente o fundado receio de que o seu direito sofrerá lesão grave e de difícil reparação, se não for de imediato tutelado pela providencia peticionada.

Quanto a este ponto a doutrina e a jurisprudência encontram-se divididas.

Para uns: «o requisito do receio de "lesão grave e dificilmente reparável" contemplado no artigo 381 n. 1 do CPC para as providências cautelares não especificadas não é aplicável

às providências especificadas, designadamente ao embargo de obra nova ...

em relação a cada uma das providências especificadas, a lei prevê

determinados fundamentos, respeitantes ao dano causado ao direito do

requerente...; por isso, a aplicação subsidiária prevista no citado artigo 392 n.

1 não abrange aquele fundamento; em particular com referência ao embargo

de obra nova, o "prejuízo" confunde-se com a própria violação do direito do

requerente ou da sua posse e a função essencial da providência é o julgamento antecipado (embora provisório), de modo a evitar-se que aquela violação

perdure por período mais ou menos longo»- Ac. do STJ de 29-06-99 , dgsi.pt, p. 99A48.

Ou seja, o prejuízo não carece de valoração autónoma, pois de alguma forma

já está ínsito na ofensa do direito, o prejuízo consiste exactamente nessa

ofensa, não sendo necessário alegar a existência de perdas e danos, por o

dano ser jurídico. Desde que o facto tem a feição de ilícito, porque contrário à

ordem jurídica concretizada num direito de propriedade, numa posse ou fruição legal, tanto basta para que haja de considerar-se prejudicial para efeitos de embargo de obra nova - cfr. ALBERTO DOS REIS, CPC Anotado, vol 2º, pág.63 e sgs., MOITINHO DE ALMEIDA, Embargo ou Nunciação de Obra Nova, pág.30,; Ac RC de 8/1/91, C.J, 1º, .42, e Ac RE de 29/11/2001, C.J,5º,253

Para outros a instauração de uma providência cautelar não pode ter como fundamento apenas meros incómodos, ou meras ofensa normativas e formais, mas, antes concretas desvantagens, destruição, diminuição ou desvalor, em suma, um dano ou prejuízo objectivo, efectivo, verdadeiro, real, in natura, grave, substancial e dificilmente reparável - Cfr. Batista Lopes, in Procedimentos Cautelares, p.141, cit. por A. Geraldès, Temas, 4º, 246 e Acs. da Relação de Évora de 02.12.1982 e 19.04.1990, BMJ, 324º, 637 e 396º,457; Ac. da Relação do Porto de 03-06-2004, dgsi.pt, p.0433091 e da Relação de Coimbra de 02-10-2007, dgsi.pt, p. 554/04.

6.2.2.1.

Propendemos para esta última tese.

Vejamos.

Com as providências cautelares visa-se alcançar uma decisão provisória do litígio, quando ela se mostre necessária para assegurar a utilidade da decisão, o efeito útil da acção definitiva a que se refere o artigo 2.º nº 2, do CPC, ou seja, a prevenir as eventuais alterações da situação de facto que tornem ineficaz a sentença a proferir na acção principal, que essa sentença (sendo favorável) não se torne numa decisão meramente platónica - A. Varela, Manual de Processo Civil, pág. 23.

Efectivamente: «Os procedimentos cautelares constituem instrumentos processuais destinados a prevenir a violação grave ou de difícil reparação de direitos, derivada da demora natural de uma decisão judicial, donde que seja necessário, em primeiro lugar, que o requerente do procedimento cautelar justifique, mesmo de forma sumária, o seu direito» - Ac. da Relação de Coimbra de 18-10-2005, dgsi.pt, p. 2692/05

Assim em sede de procedimentos cautelares comuns entende-se, no que tange à lesão ou prejuízo, que apenas as lesões graves e de difícil reparação ou irreparáveis merecem a tutela provisória.

Consequentemente, ficam afastadas do círculo de interesses acautelados por ele, ainda que irreparáveis ou de difícil reparação, as lesões sem gravidade ou de gravidade reduzida, do mesmo modo que são excluídas as lesões graves mas facilmente reparáveis - Cfr. António Abrantes Geraldès, Temas de

Reforma do Processo Civil - III Vol. 3ª ed. pág. 101.

O requisito do justo receio de lesão grave e de difícil reparação do direito é matéria de facto, pressupondo a ocorrência de um fundado receio de prejuízos reais e certos, relevando de uma avaliação objectiva e ponderada da realidade e não de uma apreciação subjectiva e emocional.

Para justificar o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação não basta um acto qualquer, mas sim aquele que é capaz de gerar uma dificuldade notável, importante para o exercício do direito.

Ora para se aferir desta realidade, certeza e objectividade, é necessário provarem-se factos concretos que apontem nesse sentido, como sejam, v.g., o montante minimamente aproximado do prejuízo invocado e a repercussão que o mesmo poderá ter na esfera jurídica do interessado.

Para o que importa apurar das condições económicas do requerente e requerido e a maior ou menor capacidade de reconstituição da situação ou do ressarcimento dos prejuízos eventualmente causados - - Cfr. Manuel Rodrigues in Lições de processo preventivo e conservatório, coligidas por Adriano Borges Pires e Ernesto Pereira de Almeida, pág 67, cit em LP Moitinho de Almeida, Providências Cautelares não Especificadas, 1981, p.22 e no Ac. do STJ de 28.09.1999, dgsi.pt,p.99A678 e Ac. do STJ de 26.01.2006, dgsi.pt.p.05B4206.

E sendo certo que a protecção cautelar abarca não apenas os prejuízos imateriais ou morais, mas também os patrimoniais ou materiais, quanto a estes: ...«o critério deve ser bem mais estrito do que o utilizado quanto à aferição dos danos de natureza física ou moral, uma vez que, em regra, aqueles são passíveis de ressarcimento através de um processo de reconstituição natural ou de indemnização substitutiva» - cfr. Abrantes Geraldés, ob.cit.p.99 e sgs.

Por outro lado as providências cautelares, quanto à sua finalidade e efeitos, dividem-se em conservatórias e antecipatórias.

Nas conservatórias pretende-se, apenas, acautelar ou garantir o efeito útil da acção principal, assegurando, para tal estágio ou momento, a subsistência da situação existente quando se despoletou o litígio. Não produzindo efeitos irreversíveis na esfera do requerido, nem proporcionando ao requerente uma tutela imediata do seu direito. É o caso do arresto, do arrolamento e, regra geral, do embargo de obra nova.

Já nas antecipatórias e devido à urgência da situação carecida de tutela, o tribunal antecipa, ainda que numa composição provisória, a realização do direito que previsivelmente será reconhecido na acção principal. Estas excedem a natureza simplesmente cautelar ou de garantia, aproximando-se de medidas de índole executiva, pois que garantem, desde logo e

independentemente do resultado que se obtiver na acção principal, um determinado efeito. È o caso da restituição provisória da posse, dos alimentos provisórios e da entrega de coisa móvel, em certas circunstâncias - cfr. Abrantes Geraldès, ob. cit. p.107 e sgs.

E se, como ensina este autor, ob. Cit. p.111, nos procedimentos cautelares o risco de decisões injustas, porque dissociadas da realidade substancial, decorrente, diremos nós, das menores exigências em termos probatórios, é sempre maior do que em sede de acções definitivas, esse risco aumenta exponencialmente quando se está perante medidas de cariz antecipatório.

6.2.2.2.

Ora estas considerações, que se têm por assentes na doutrina e jurisprudência, aplicam-se às providencias nominadas.

Pois que, nos termos do artº 392º do CPC:

«1. Com excepção do preceituado no nº2 do artº 387º, as disposições constantes desta secção são aplicáveis aos procedimentos cautelares regulados na secção subsequente, em tudo quanto nela não se encontre especialmente prevenido».

Ou seja, importa, para o afastamento do princípios atinentes ao procedimento cautelar comum, que na normatividade respeitante ao procedimento especificado haja uma total e completa omissão relativamente á matéria pertinente e em causa.

Ou, no mínimo, que o afastamento dos princípios e requisitos concernentes ao procedimento comum seja a solução inequivocamente mais defensável, face aos elementos lógico e teleológico da hermenêutica jurídica, na perspectivação e enquadramento da natureza e finalidades da globalidade dos procedimentos cautelares.

E sendo certo que tal génese, natureza, essência e finalidade primordial - assegurar o efeito útil da acção definitiva - de todos as providencias é, senão a mesma, pelo menos idêntica ou similar.

Ora entendemos que tal afastamento não se verifica no embargo de obra nova no concreto ponto que nos ocupa.

Já que o artº 412º continua a exigir que a ofensa do direito resulte de uma obra, trabalho ou serviço que lhe cause ou possa causar prejuízo.

Isto é, não releva uma qualquer ofensa, mas antes a ofensa de que resulte prejuízo.

Naturalmente que este prejuízo não pode ser um prejuízo qualquer, quer na vertente qualitativa, quer na quantitativa.

Naquela é óbvio - sob pena de retornarmos a uma desfazada e anquilosada jurisprudência dos conceitos - não basta uma mera lesão jurídica, pairando

formal e abstractamente, mas antes se deve exigir uma real, efectiva e objectiva lesão in natura.

Nesta, - sob pena de se banalizar o presente procedimento cautelar, fomentando-se o recurso abusivo ao mesmo, com todos os inconvenientes daí advenientes, designadamente para a consecução da justiça material, pois que, por via de regra, aqui o contraditório não é exercitado - não basta um qualquer dispiciendo ou minudente dano, lesão ou prejuízo, mas antes um prejuízo relevante e, na perspectiva das possibilidades das partes, rectius do requerido, irreparável ou de difícil reparação.

Só assim se justificando o chamamento desta - como, regra geral, de qualquer outra - providência, a qual tem cariz excepcional e apenas pode ser usada em situações de urgência e cabal necessidade, quando a acção de que é dependente não possa, atempadamente, apreciar e tutelar - pelas vias normais e com plena igualdade de armas dos litigantes - o pedido do autor.

Efectivamente e como já resulta do supra exposto, há que ter em conta que: «Nas providências cautelares o risco de decisões injustas, decorrente das menores exigências em termos probatórios, é sempre maior do que em sede de acções definitivas, o que pode acarretar graves consequências, maxime nas de cariz antecipatório as quais excedem a natureza simplesmente cautelar ou de garantia, aproximando-se de medidas de índole executiva, pois que garantem, desde logo e independentemente do resultado que se obtiver na acção principal, um determinado efeito.» : Cfr. Ac. da Relação de Lisboa de 30-05-2006, dgsi.pt, p. 2562/2006-1, de que o presente também foi relator.

Este entendimento sai ainda reforçado se atentarmos no disposto no artº 419º do CPC o qual, já depois de embargada a obra, admite a possibilidade da autorização da sua continuação, a requerimento do embargado, em dois casos :

- quando se reconheça que a demolição restituirá o embargante ao estado anterior à continuação;
- quando se apure que o prejuízo resultante da paralisação da obra é muito superior ao que poderá advir da sua continuação.

Ou seja, do embargo de obra emerge um conflito de interesses traduzido no interesse do dono da obra na sua continuação e no interesse do embargante na sua suspensão.

E no confronto entre os dois prejuízos - o resultante da suspensão da obra e o resultante da continuação -, isto é, entre as vantagens emergentes da providência e os prejuízos que dela podem advir para o embargado, deve prevalecer o interesse mais valioso.

Tanto assim que se se concluir que o prejuízo do requerido é mais relevante,

deve ser-lhe permitida a continuação da obra, desde que preste caução. Este preceito - artº 419º - e não obstante a não aplicação do nº2 do artº 387º aos procedimentos especificados imposta pelo artº 392º nº1, consubstancia-se, como uma excepção a esta excepção, ou seja - e no que ao embargo de obra nova concerne - como uma reprimenda deste segmento normativo, posto que condicionado á prestação de caução.

Ora se a aferição da magnitude do prejuízo dos litigantes releva nesta fase já avançada do processo, mal se compreenderia que ela não tivesse qualquer relevância logo no seu início, quanto mais não seja para se fazer uma triagem relativamente aos casos em que são alegados danos cuja irrelevância ou minudência não justifique este procedimento excepcional e urgente, indeferindo-se os mesmos liminarmente e, assim, se ganhando em termos de racionalização dos meios e da sua adstrição ao julgamento daqueles outros que efectivamente clamam aquela urgência.

6.2.2.3.

No caso vertente o pedido da requerente - demolição da obra realizada após 07 de Maio - assume um cariz antecipatório.

Ou seja, pretende desde já obter o efeito ou resultado que, por via de regra e em termos de normalidade, apenas lhe poderia ser concedido na acção principal ou definitiva.

Mas, bem vistas as coisas, ela não alega factos bastantes para que tal lhe seja antecipadamente concedido nesta providência.

Pois que se limita a invocar que a colocação do portão obstruiu parcialmente a montra lateral da loja de que alega ser proprietária, o que reduz de forma significativa o aproveitamento comercial da fracção.

Sem mais.

Todavia tal não se vislumbra suficiente.

Em primeiro lugar porque, para além do já referido e defendido quanto ao requisito "prejuízo": «tem sido entendimento jurisprudencial restringir o embargo às obras relevantes, excluindo as meramente secundárias...a "novidade" que entra na qualificação do procedimento implica que apenas possam ser embargadas obras que impliquem uma modificação substancial da coisa e se não traduzam em meras modificações superficiais...a obras que, embora não sejam necessariamente permanentes, se caracterizem por uma certa estabilidade» - cfr. A. Geraldés, Temas, 2ª ed., 4º, 244.

Ora in casu, não se pode dizer que a obra invocada - colocação de um portão em calhas prefabricadas e amovíveis - reúna estas características, antes se apresentando como uma obra facilmente removível e sem que possa causar danos irreparáveis quer no prédio, quer na fracção da requerente,

independentemente do tempo em que ali permanecer.

Em segundo lugar porque a requerente, não quantifica os prejuízos - nem sequer por aproximação - nem alega que tais prejuízos - vg. dado o seu montante e/ou a fraca situação económica da requerida - serão irreparáveis ou de muito difícil reparação. E que o decurso do tempo agravará o seu montante, em termos que, previsivelmente, a requerida não os poderá ressarcir, o que lhe era exigível - cfr. Ac. da Relação de Lisboa de 30.05.2006, supra citado.

Mostrando-se, destarte, acertada e, conseqüentemente, corroborando-se, a asserção da Sra. Juíza quando expende que: «Os procedimentos cautelares são meios expeditos que têm por fim assegurar os resultados práticos da acção, evitar prejuízos graves ou antecipar a realização do direito, conciliando, na medida do possível, o interesse da celeridade com o da ponderação (cfr. Alberto dos Reis, in BMJ, nº 3, pág. 35), mas não pode as partes pretender torná-los em substitutos do procedimento comum como forma rápida de realização dos seus interesses.»

Concluindo-se que no caso vertente, os factos que a requerente invoca e os efeitos jurídicos deles possivelmente decorrentes - maxime o pedido por ela formulado - podem e devem ser apreciados e decididos na normal acção comum declarativa, não assumindo dignidade e relevância bastantes para fazerem despoletar a - repete-se - excepcional e urgente figura da presente providencia cautelar.

7.

Deliberação.

Termos em que se acorda negar provimento ao recurso e, conseqüentemente, confirmar a decisão.

Custas pela recorrente.

Porto, 2008.10.14

Carlos António Paula Moreira

Maria da Graça pereira Marques Mira

Mário António Mendes Serrano