

Apelação Cível n. 0303456-53.2014.8.24.0064
Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. EDIFICAÇÃO COM 4 PAVIMENTOS ERIGIDA SEM ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO, EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INSURGÊNCIA DOS REQUERIDOS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE PARA FORMAR A CONVICÇÃO DO JULGADOR. INSPEÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA EDIFICAÇÃO. DEMOLIÇÃO AUTORIZADA CASO NÃO COMPROVADA A REGULARIDADE DA OBRA, NO PRAZO DE 120 DIAS. SENTENÇA PROFERIDA EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A demolição da edificação por falta de alvará de licença para realização da obra é medida extrema que deve ser tomada somente após a constatação da impossibilidade de regularização. 'Antes de determinar-se a demolição compulsória de construção clandestina, razoável a fixação de prazo para o particular sanear as ilegalidades apontadas pelo Poder Público, uma vez constatada por laudo pericial a perspectiva e possibilidade de regularização da obra'. [...] (TJSC, rel. Des. Francisco Oliveira Neto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303456-53.2014.8.24.0064, da comarca de São José Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Marlene Neis Francener e outro e Apelado Município de São José.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, dar

parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 22 de janeiro de 2019, foi presidido pelo Desembargador Jorge Luiz de Borba, com voto, e dele participou o Desembargador Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 22 de janeiro de 2019.

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Marlene Neis Francener e Itamar Olegário Francener contra sentença proferida em sede de Ação Civil Pública com preceito demolitório movida pelo de Município de São José.

O *decisum* objurgado deu pela procedência dos pedidos formulados pelo Município e determinou "que os réus, no prazo de 60 (sessenta) dias, procedam à regularização da construção localizada na Avenida Ceniro Martins, Quadra 23, Lote 3, Potecas, São José/SC, sob pena de demolição da obra irregular, a ser efetuada pelo autor às expensas daqueles, ficando, nesse caso, se necessário, autorizado desde logo o emprego da força policial para o devido cumprimento da obrigação de fazer".

Em sua insurgência, os apelantes arguem, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide. Argumentam a necessidade de depoimento pessoal dos responsáveis pelo setor de projetos do Município, além da necessidade de inspeção judicial, haja vista que há outros imóveis no entorno em idêntica situação. No mérito, repisam os argumentos já lançados na contestação. Afirmam que a obra foi realizada de acordo com as leis e regulamentos do Município de São José, na medida em que possuem todos os projetos, licenças e aprovações necessárias e que foram entregues pelo apelado. Assim, aventam a falta de razoabilidade e proporcionalidade da demolição de moradia, tendo em conta que mais de 25 pessoas nela residem.

Nas contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora Walkyria Ruicir Danielski, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Em despacho às pgs. 215/216, o Desembargador Carlos Adilson Silva converteu o julgamento em diligência e determinou que corpo técnico

responsável pelo licenciamento urbanístico da Prefeitura de São José esclarecesse as seguintes indagações: 1) O projeto arquitetônico relativo à ART nº 4717238-4 (fls. 56-92) observa os parâmetros edílios estabelecidos pela legislação do Município de São José? Em caso de resposta negativa, quais as regras desrespeitadas e em que medida se verifica essa desconformidade? 2) Além da falta de licença (alvará de construção), a edificação construída pelos réus encontra-se em desacordo com as regras edilícias do Município de São José? Em caso de resposta afirmativa, quais regras foram violadas e em que medida? (Além da análise geral, examinar especificamente os afastamentos exigidos no quarto pavimento.)

Em resposta, o município informou que "o projeto arquitetônico não atende a legislação vigente, por possuir 4 pavimentos edificadas na extrema, se a mesma fosse edificada em 2 pavimentos seria permitido. Além disso, o projeto não foi aprovado, portanto a edificação não possui alvará de construção" (pg. 220).

Por entender que as informações prestadas pelo município estavam incompletas, proferiu novo despacho à pg. 225 para que seja informado quais os dispositivos legais foram violados e que conferem suporte à proibição de quatro pavimentos junto à extrema, limitando em dois pavimentos a possibilidade de construção no alinhamento da extremidade do imóvel.

Resposta às pgs. 226/227.

Novo despacho às pgs. 232/234, com manifestação apenas dos apelantes.

Este é o relatório.

VOTO

Sem delongas, nega-se provimento ao recurso.

A preliminar de cerceamento de defesa deve ser afastada de plano.

Da análise minuciosa do caderno processual, nota-se que a obra foi erigida sem o imprescindível alvará de construção, sendo certo que não há como considerar apto a provocar a nulidade do julgado o argumento genérico de necessidade de dilação probatória, quando dissociado de demonstração de quais fatos seriam esclarecidos por meio da prova não realizada.

É sabido que "não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 330, I, do Código de Processo Civil, se os elementos acostados aos autos se mostram suficientes para formar a convicção do magistrado." (Apelação cível n. 2003.014196-0, de Blumenau. Rel. Paulo Roberto Camargo Costa). As provas são destinadas ao convencimento do magistrado, para que este avalie a pertinência dos argumentos apresentados.

Infere-se dos autos, pois, que os elementos comprobatórios mostram-se suficientes à formação de juízo de certeza acerca dos fatos sobre os quais se funda a lide, tornando-se desnecessária ao deslinde do feito a produção de outras provas.

O argumento dos apelantes acerca da existência, na vizinhança, de outras edificações com as mesmas características daquela embargada não tem relevância jurídica; não afasta a ilicitude do ato e não confere direitos. 'Não se deve julgar de acordo com os exemplos e, sim, de acordo com as leis. Os abusos e as violações das leis devem ser coibidos e nunca imitados (non exepilis sed legibus est judicandum)' (Adroaldo Mesquita, RDA 78/304).' (AC n. 2007.047993-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 10-11-2009)." (Apelação Cível n. 2014.045440-2, de Itapoá, Primeira Câmara de Direito Público, Rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 28.04.2015).

Desse modo, não ocorreu cerceamento de defesa, pois a juíza a

quo decidiu com base nas provas e informações que possuía até o momento, entendendo ser suficiente ao deslinde da causa, os documentos até então produzidos, não havendo violação ao artigo 5º, LV, da CF.

Ultrapassada a preliminar aventada, passa-se então a análise do mérito.

Sabe-se que "a demolição de obra clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque, em tal caso, o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, com o só ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda construção. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas". (MEIRELES, Hely Lopes. Direito de Construir. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 166)

Verifica-se que os recorrentes iniciaram processo administrativo protocolado com o n. 1055/2013. Foi apresentada ART onde se descrevia uma obra com 3 pavimentos (p. 108); consulta de viabilidade em nome de Tarcísio L, para a construção de um imóvel com 3 pavimentos (p.109); e outra consulta de viabilidade em nome de Marlene Neis F, para a construção de edificação com 4 pavimentos (p. 110). Percebe-se, no entanto, que o processo não foi finalizado, tendo em vista a emissão de parecer técnico (pgs. 155/156), em que se apontou a necessidade de complementação da documentação apresentada para a emissão do documento pretendido. Além disso, o responsável solicitou, no dia 11.10.2013 que (p. 156):

Em relação ao projeto, o interessado deverá realizar as seguintes correções:

1. Existe 2 projetos no processo, e de acordo com o parecer do fiscal que embargou a obra, a mesma possui 4 pavimentos na extrema, no qual não atende a legislação vigente. Definir qual projeto será analisado.

Antes disso, no dia 7.5.2013, houve embargo administrativo da

obra, pois a construção estava desrespeitando a legislação municipal (p. 152).

No dia 14.5.2013, o Município emitiu o auto de infração e notificação n. 3353, novamente sob o argumento de que a obra possuía 4 pavimentos e continuava sem alvará de construção.

Nota-se, os recorrentes simplesmente ignoraram completamente o embargo e concluíram a edificação com 4 pavimentos na extrema do terreno, ao arrepio das normas da Administração, situação que, por si só, encontra óbice na Lei municipal n. 1.605/85, não sendo tal fato sequer contestado. Desse modo, incontroverso que a construção do imóvel foi iniciada sem tenha sido aprovado qualquer projeto pela Prefeitura ou concedida a necessária licença, o que, por si só, já autorizaria a demolição da construção.

Ora, a ninguém é dado edificar sem a prévia licença construtiva. Não há direito à moradia sem a respectiva autorização, do mesmo modo que não existe direito fundamental absoluto no regime democrático do Estado Brasileiro. O direito à moradia, assim, deita seus limites no direito coletivo à ordem urbanística, à redução dos riscos e ao meio ambiente sadio.

Todavia, a jurisprudência desta Corte de Justiça, conforme as peculiaridades do caso e, segundo a espécie do vício construtivo ou da irregularidade administrativa, vem admitindo a concessão de prazo, consistente na realização de vistoria com emissão de laudo técnico para aferir a possibilidade de regularização da construção.

Desse modo, viável que se confira a possibilidade de os recorrentes providenciarem a regularização da obra, eis que, nada indica nos autos, que tal medida seria inviável; e apresentem, durante o cumprimento de sentença, o alvará de construção, o qual deverá satisfazer as exigências previstas na legislação municipal e aprovado pelo corpo técnico do Município.

Por oportuno, colhe-se da bem lançada sentença proferida pela Juíza Bianca Fernandes Figueiredo:

[...] Com efeito, vê-se às pgs. 104 e 110 que os requeridos informaram

que a obra teria quatro pavimentos, enquanto na A.R.T da pg. 108 e na Consulta de Viabilidade da pg. 109 constaram apenas três pavimentos. Não bastasse, posteriormente foi protocolizada nova A.R.T informando que houve redução da área para dois pavimentos (pg. 145), o que leva à conclusão de que o pedido de correção efetuado pelo órgão municipal foi escoreito.

Em outras palavras, a inexistência de alvará de construção no presente caso é inequívoca, tendo em vista que os procedimentos administrativos para sua concessão, apesar de iniciados, não foram concluídos por culpa dos requeridos que, além de apresentarem documentos flagrantemente contraditórios no respectivo procedimento, convenientemente não buscaram impulsioná-lo, limitando-se, após determinado o embargo da obra e ajuizada a ação com preceito demolitório, a imputar toda a culpa à Administração Pública, o que é inviável.

De qualquer forma, ao contrário do afirmado pelos réus, se existente, a juntada do alvará competia aos próprios, porquanto citado documento seria destinado a comprovar fato modificativo do direito do autor (art. 333, inc. II, CPC), que, já na petição inicial, informou sobre a inexistência de tal licença.

Assim, é incontroverso que a construção da obra incluindo o quarto pavimento localizada na Avenida Ceniro Martins, Quadra 23, Lote 3, Potecas, São José/SC, não foi submetida à aprovação pelos órgãos municipais, o que, por si só, é suficiente para caracterizar sua clandestinidade e irregularidade, "podendo ser embargada e demolida, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, já comprovado pela falta de licenciamento do projeto, ou por sua inteira ausência (Hely Lopes Meirelles)" (TJSC ACível n. 2007.004974-2, Rel. Des. Vanderlei Romer).

Com efeito, é patente a existência de irregularidade na edificação da obra, porquanto carece de alvará de autorização e licença, de forma a contrariar o disposto no art. 36, caput, da Lei n. 06, de 6 de maio de 1948, que prevê que "não se poderá dar começo à construção ou demolição de qualquer obra, dentro da zona urbana ou suburbana, sem o respectivo alvará, ou sem a devida licença da prefeitura".

Ora, a obra irregular pode ser demolida por ter sido construída sem aprovação de projeto, bem como de alvará e licença do respectivo órgão fiscalizatório, especialmente quando não é possível sua regularização. [...] Registro, por oportuno, que são irrelevantes as alegações dos Réus no sentido de que há construções semelhantes nas proximidades e que o prédio não acarreta perigo, porquanto "constatada a clandestinidade da obra, bem como o ilícito administrativo; o Município tem o dever de embargar a construção, buscando a sua regularização, se possível, se não, a sua demolição, sob pena de ferir o princípio da legalidade" (TJSC ACível n. 2007.015216-6, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Destarte, impõe-se que os réus, no prazo de 60 (sessenta) dias, procedam à regularização da obra construída sem autorização do Município, sob pena, independentemente de qualquer indenização, da demolição da edificação irregular, conforme aponta o Embargo Administrativo (pg. 17 e 152), visto que a inexistência do alvará e licença é suficiente para justificar o pleito demolitório.

O prazo de adequação da obra, aliás, deve ser estendido para 120 dias, haja vista àquele fixado pelo Juízo singular não ser suficiente para tal.

Ressalte-se por oportuno, que não sendo possível a regularização do imóvel no prazo determinado, ou os proprietários mantenham-se inertes no tocante às suas obrigações, deverá haver a demolição da obra, na forma da legislação vigente, até porque a edificação, nas condições em que foi realizada, sem aprovação de projeto e sem alvará de licença, caracteriza ilícito administrativo e ofensa às normas edilícias municipais.

A propósito, segue a jurisprudência desta Corte:

AÇÃO DEMOLITÓRIA. OBRA AUTUADA POR AUSÊNCIA DE LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PODER PÚBLICO MUNICIPAL QUE EDITOU A LEI N. 476/2013, QUE ALTEROU A ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE LOCALIZADA NA PRAIA DO SANTINHO PARA ÁREA RESIDENCIAL EXCLUSIVA. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA EDIFICAÇÃO. ORDEM DE DEMOLIÇÃO AFASTADA, SEM PREJUÍZO DE, NÃO REGULARIZADA A OBRA, SER EXERCIDO O PODER DE POLÍCIA. SENTENÇA MANTIDA SOB REEXAME NECESSÁRIO. (TJSC, Remessa Necessária Cível n. 0057472-27.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 11-12-2018).

Ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. DEMANDADO QUE NÃO COMPROVA A REGULARIZAÇÃO DA OBRA NO CURSO DA LIDE. INTERESSE DE AGIR DO MUNICÍPIO DEMONSTRADO. OBRA CONSTRUÍDA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ALVARÁ DE LICENÇA. NOTIFICAÇÕES EMITIDAS PELA MUNICIPALIDADE AO MUNÍCIPE PARA A REGULARIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. EMBARGO DA OBRA. PENDÊNCIAS A SEREM RESOLVIDAS PELO PROPRIETÁRIO. DEMOLIÇÃO AUTORIZADA SEM PREJUÍZO DA CONCESSÃO DE PRAZO PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA OBRA NA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305810-18.2014.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-12-2018).

Por fim:

ADMINISTRATIVO E CIVIL - AÇÃO DEMOLITÓRIA - OBRA CONSTRUÍDA SEM ALVARÁ DE LICENÇA - NOTIFICAÇÕES EMITIDAS PELA MUNICIPALIDADE À MUNÍCIPE PARA A REGULARIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO - EMBARGO DA OBRA - INÉRCIA DA PROPRIETÁRIA DO

IMÓVEL PARA A REGULARIZAÇÃO DA OBRA - EVENTUAL POSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DO ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO - CONCESSÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO - DEMOLIÇÃO AUTORIZADA CASO NÃO COMPROVADA A REGULARIDADE DA OBRA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A demolição da edificação por falta de alvará de licença para realização da obra é medida extrema que deve ser tomada somente após a constatação da impossibilidade de regularização.

Antes de determinar-se a demolição compulsória de construção clandestina, razoável a fixação de prazo para o particular sanear as ilegalidades apontadas pelo Poder Público, uma vez constatada por laudo pericial a perspectiva e possibilidade de regularização da obra.' (Apelação Cível 2011.079333-6, Rel. Des. Luiz César Medeiros, da Capital, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 12/03/2013)' (TJSC, AC. n. 2014.010788-8, de Palhoça, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 17.03.2015)." (TJSC, Apelação Cível n. 2014.043259-2, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, j. 17-09-2015) (TJSC, Apelação n. 0018715-34.2008.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 09-08-2016).

Honorários recursais incabíveis à espécie, haja vista que a sentença foi proferida antes da vigência do NCPC.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Este é o voto.