

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0101594-32.2012.8.19.0002

ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE NITERÓI

**APELANTES 1: JH SANT'ANNA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA
E CONSTRUTORA CONTESI CONSTRUÇÕES LTDA.**

APELANTES 2: BOTEÇO CONFRAIRIA E SALVE SIMPATIA

APELANTE 3: SÃO FRANCISCO DELIVERY LTDA EPP

APELADOS 1: OS MESMOS

**APELADOS 2: LUIZ FERNANDO CODECO COELHO DE ALMEIDA, CARLOS
RAPOSO, ARTUR MARINHO RAPOSO, BRUNO MARINHO RAPOSO, PAULO
RENATO DA COSTA SOARES, FRANCIONE PISSURNO FERNANDES, IZABEL
CHRISTINA MONTEIRO DE BARROS E CLAUDIA FREITAS FRANCESCHINI**

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS GUSTAVO DIREITO

EMENTA. DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER C/C INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PROVIMENTO AO SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. PREJUDICADO O PRIMEIRO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Alegação de cerceamento de defesa diante da ausência de intimação dos assistentes técnicos para acompanhar a prova pericial e verificar se os níveis sonoros dos estabelecimentos dos réus estão acima do limite permitido.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em apurar se restaram ultrapassados os limites quanto ao direito de propriedade e a existência de poluição sonora promovida pelos estabelecimentos comerciais dos réus, localizados no Polo Gastronômico de Jardim Icaraí, em Niterói, a ensejar a indenização pretendida.

3. Nulidade da perícia em razão da ausência de intimação do assistente técnico dos réus.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Perito judicial que intimou os assistentes apenas na primeira diligência (02.02.2017), deixando de intimar nas duas últimas diligências (03.02.2017 e 20.04.2017), estas realizadas no período noturno.

5. Ausência de intimação do assistente técnico dos réus para acompanhamento das diligências noturnas que, decerto, eram as mais importantes para aferir se os níveis sonoros dos estabelecimentos réus estavam acima do permitido pela legislação vigente.

6. Justificativas apresentadas pelo expert para não intimar o assistente técnico dos réus nas inspeções noturnas (...*foram realizadas de sigilosa e inopinada, caso contrário a inspeção perde*

finalidade), que ratifica o cerceamento de defesa, conquanto existente violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

7. Demonstrado o prejuízo dos réus já que não foi possível verificar se o equipamento de aferição dos níveis sonoros foi utilizado de forma adequada, considerando que há inúmeros outros estabelecimentos comerciais em funcionamento no local, conhecido como Polo Gastronômico de Jardim Icarai, que podem ter influenciado no resultado da perícia.

8. Finalidade de facultar às partes, por intermédio de seus assistentes, acompanhar a produção da prova pericial que é justamente para se chegar à verdade dos fatos e das considerações de impugnação ao laudo confeccionado.

IV. DISPOSITIVO

9. Provimento ao segundo e terceiro recursos. Nulidade da sentença com o retorno dos autos para realização de nova perícia, assegurando às partes o acompanhamento por meio de seus assistentes técnicos. Prejudicado o primeiro recurso.

Dispositivos relevantes citados: CPC, artigo 466, §2º.

Jurisprudência relevante citada: AgInt no AREsp nº 2.535.574/MG, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 01.07.2024; AC nº 0185469-20.2011.8.19.0038, Relator Des. Claudio Luis Braga Dell Orto, Primeira Câmara de Direito Privado, j. em 24.09.2024; AC nº 0006969-47.2010.8.19.0205, Relator Des. Carlos Azeredo de Araújo, Décima Quarta Câmara de Direito Privado, j. em 19.10.2023; AC nº 0035209-55.2015.8.19.0210, Relatora Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior, Sétima Câmara de Direito Privado, j. em 09.11.2023

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº **0101594-32.2012.8.19.0002** em que são apelantes **JH SANT'ANNA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CONSTRUTORA CONTESI CONSTRUÇÕES LTDA, BOTECO CONFRARIA, SALVE SIMPATIA, SÃO FRANCISCO DELIVERY LTDA EPP** e apelados **LUIZ FERNANDO CODECO COELHO DE ALMEIDA, CARLOS RAPOSO, ARTUR MARINHO RAPOSO, BRUNO MARINHO RAPOSO, PAULO RENATO DA COSTA SOARES, FRANCIONE PISSURNO FERNANDES, IZABEL CHRISTINA MONTEIRO DE BARROS E CLAUDIA FREITAS FRANCESCHINI.**

Acordam os Desembargadores que compõem a 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS, restando prejudicado o primeiro recurso**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Adoto, na forma regimental, o relatório constante na sentença (fls.1581/1605):

“1. RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Obrigação de Não Fazer c/c Danos Morais com pedido de antecipação de tutela proposta por LUIZ FERNANDO CODECO COELHO DE ALMEIDA, CARLOS RAPOSO, ARTUR MARINHO RAPOSO, BRUNO MARINHO RAPOSO, PAULO RENATO DA COSTA SOARES, FRANCIONE PISSURNO FERNANDES, IZABEL CHRISTINA MONTEIRO DE BARROS e CLAUDIA FREITAS FRANCESCHINI em face de CARIA & MARTINS BAR E RESTAURANTE LTDA - ME, SALVE SIMPATIA, BOTEÇO CONFRARIA, SÃO FRANCISCO DELIVERY LTDA EPP, JH SANT'ANNA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA e CONSTRUTORA CONTESI CONSTRUÇÕES LTDA, aduzindo, em síntese, que são residentes no Condomínio do Edifício Paradiso Di Montalcino, sito na Rua Nóbrega nº 242, Santa Rosa, neste município e que vêm sofrendo com a poluição sonora produzida pelos estabelecimentos dos réus, que estão localizados nos imóveis próximos às respectivas residências, produzem ruídos em níveis intoleráveis, tanto para a saúde humana como para a legislação em vigor.

Narram que não se trata apenas de som e barulho alto, produzido pela atividade comercial dos Réus, mas de uma verdadeira exposição dos autores, sendo os terceiro e quarto menores de idade, que devido à ausência de qualquer tratamento acústico dos estabelecimentos comerciais e, ainda, face à ocupação desordenada do solo urbano, são obrigados a conviver com gritos, palavrões e todo o tipo de arruaça.

Alegam que são infrutíferas as tentativas de solucionar o problema fechando as janelas dos respectivos imóveis autorais, já que, mesmo utilizando-se de tal expediente, numa vida de total confinamento - insalubre, portanto - o som, os gritos e as trepidações, pelas suas dimensões, são capazes de ultrapassar os respectivos obstáculos.

Explicam que nem mesmo a mais recente disciplina aprovada pelo Câmara Municipal de Vereadores, o Decreto Municipal nº 11.179/2012, que prevê a utilização de "toldos com proteção acústica", foi capaz de solucionar o problema, sendo certo que após tal normatização, os níveis de ruído aumentaram, talvez, por um reflexo incauto de que a "pseudo proteção" traria algum resultado prático o que não ocorreu.

Destacam que o respectivo decreto é expresso ao dispor em seu artigo 15 que os respectivos comerciantes responsabilizar-se-ão pelo cumprimento das normas e parâmetros estabelecidos no presente decreto, especialmente em relação à montagem, desmontagem e estocagem das mesas, cadeiras e demais equipamentos utilizados, bem como pela conservação da área e outras, acordadas com o Município, que visem a assegurar a harmoniosa convivência e adequada utilização do espaço externo e que se consubstanciarão em um Termo de Compromisso.

Esclarecem que o Termo de Compromisso dispõe que o respectivo estabelecimento se compromete a promover a conservação da área do entorno do estabelecimento e por outras determinações legais que visem assegurar a harmoniosa convivência e adequada utilização do espaço externo, especialmente quanto à propagação de ruídos e a outros possíveis incômodos à vizinhança.

Apontam que foram realizadas medições, nas quais restou constatado que os níveis de ruídos ficaram muito acima do tolerado por todas as normas legais. Nesse contexto, frisam que os réus incorrem em abuso ao direito de posse e vizinhança, causam enorme sofrimento aos autores, que são sistematicamente privados de descanso e da possibilidade de gozar e fruir de seus imóveis.

Formulam, assim, pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que os réus cessem as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos Autores, provocadas pela utilização de propriedade vizinha, bem como se abstenham de, nas áreas de desenvolvimento de suas atividades, localizadas ao ar livre: (i) propagar ruídos ou emissões sonoras, sejam provenientes de equipamentos ou de shows/eventos ao vivo ou maquinário; (ii) atender ao respectivo público - seja em pé ou sentado -, até que os respectivos locais sejam devidamente protegidos, visando a não propagação de ruídos para o exterior, acima dos limites legalmente previstos. Já nas respectivas áreas internas de seus estabelecimentos: (i) propagar ruídos - sejam provenientes shows, eventos ao vivo ou maquinário -, até que comprovem nos autos o respectivo tratamento acústico, que efetivamente obste a propagação de emissões sonoras acima do legalmente p

(ii) *exibir filmes, eventos esportivos, shows e outros, com o direcionamento dos equipamentos/imagens ao público externo - fazendo, caso aplicável, o tratamento dos locais com películas e/ou anteparos, de forma a obstar a exibição ao público externo -, com o fito de cessar a aglomeração de pessoas nos locais imediatamente em frente aos estabelecimentos.*

Postulam, ainda, em sede de tutela antecipada, em face do 5º e 6º réus, que estes tomem providências de imediata vigilância sobre suas unidades, para fazerem cessar, de forma imediata as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos Autores, provocadas pelos possuidores diretos das respectivas unidades utilizando-se, se for aplicável à respectiva relação jurídica, as medidas constritivas dispostas na lei de locações (Lei nº 8.245/91), sob pena de despejo.

Ainda, pleiteiam, a antecipação da tutela, especificamente, em face do Terceiro Réu (ocupante do imóvel de titularidade do Sétimo Réu), para compelir a trazer aos autos o título de posse do respectivo bem, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa a ser fixada por esse Juízo.

Requerem, também, a condenação dos Primeiro, Segundo, Terceiro e Quarto Réus, exploradores da atividade econômica no local: (i) NA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, confirmando-se, de forma definitiva, a antecipação dos efeitos da tutela, para que estes se abstenham definitivamente de desenvolver as suas atividades em detrimento do direito de vizinhança dos Autores, vedando-se a propagação de emissão sonora, seja interna ou externa, inclusive proveniente de seus frequentadores -, em limites acima do legalmente previsto e prejudiciais aos referidos sossego e saúde; (ii) NA OBRIGAÇÃO DE FAZER, qual seja, a de promoverem o respectivo tratamento acústico da parte interna e externa dos estabelecimentos Réus, para que se possa compatibilizar o desenvolvimento das respectivas atividades, com os limites sonoros legalmente previstos.

Em relação aos Quinto, Sexto e Sétimo réus, requerem a condenação dos proprietários dos imóveis onde são exploradas as respectivas atividades econômicas, NA OBRIGAÇÃO DE FAZER, confirmando-se, de forma definitiva, a antecipação dos efeitos da tutela, para que estes TOMEM CONSTANTES PROVIDÊNCIAS DE IMEDIATA VIGILÂNCIA SOBRE SEUS IMÓVEIS, para FAZEREM CESSAR, de forma IMEDIATA as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos Autores, provocadas pela utilização de propriedade vizinha, mantendo constante vigilância, inclusive contratual, disciplinando a conduta do respectivo possuidor direto e, se for o caso, utilizar-se das medidas constritiva dispostas na lei de locações, se aplicável à respectiva relação jurídica (Lei 8.245/91).

Por fim, requerem a condenação solidária de todos os réus em danos morais.

A inicial, de fls. 03-32, veio instruída das procurações e documentos, nas fls. 33-390.

Emenda à inicial, nas fls. 393-394, requerendo a exclusão do sétimo réu (PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL SITO NA RUA NÓBREGA Nº 239 - OCUPADO PELO SALVE SIMPATIA), desistindo de litigar em face deste demandado.

Decisão, de fls. 408-409, recebendo a Emenda à inicial (fls. 393-394), com determinação de exclusão do sétimo réu do polo passivo, bem como, INDEFERINDO a antecipação dos efeitos da tutela, e determinando remessa dos autos ao Ministério Público.

Manifestação dos autores com informação acerca da interposição de Agravo de Instrumento, em face da decisão que indeferiu a tutela antecipada, nas fls. 479-507.

Decisão no Agravo de Instrumento interposto pelos autores (nº 0022146-79.2013.8.19.0000) indeferindo o efeito suspensivo pleiteado, bem como solicitando informações do caso, nas fls. 515-519.

Resposta ao Ofício Requisitório de Informações e despacho mantendo a decisão agravada, nas fls. 525-527.

Embargos de Declaração pelos autores, nas fls. 532-534.

Citado, o 1º réu, CARIA & MARTINS BAR E RESTAURANTE LTDA. ME, nome fantasia SPICY, ofereceu sua contestação, nas fls. 562-581, acompanhada da documentação, de fls. 582-614, arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial e a ilegitimidade ativa.

No mérito, alega que, junto dos demais réus, que exercem suas funções em total respeito aos ditames estabelecidos pelo ente público, através de atividade lícita com alvará emitido pelo Prefeitura Municipal de Niterói, contrato social devidamente registro perante a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

Narra que nunca recebeu qualquer manifestação dos autores no curso de sua atividade empresarial, sendo surpreendida com a presente demanda judicial, bem como, não

autos sequer uma prova legítima que aponte que tenha praticado qualquer ato que ensejasse a fantasiosa demanda judicial ou que comprove os ditos danos extrapatrimoniais.

Nega que seja a responsável pela produção de ruídos acima dos decibéis permitidos por lei e a ocupação do passeio públicos, primeiro que não praticou tal conduta e segundo porque as provas juntadas pelos autores são frágeis e de produção unilateral.

Aduz que as medições, documentos, imagens e fotos foram produzidas de forma unilateral, não havendo como estabelecer que não sofreram alterações e inserções de outros elementos, inviabilizando a aplicação da ampla defesa e contraditório, vez que não há identificação ou comprovação de participação ou omissão da 1ª. Contestante quanto as mesmas.

Pugna pela não aplicação do Código do Consumidor, pela inexistência de danos morais, razão pela qual requer a improcedência dos pedidos.

Citados, o 5º réu, JH SANT'ANNA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e o 6º réu, CONTESI CONSTRUÇÕES LTDA, ofereceram sua contestação, nas fls. 630-645, com procurações e documentos, nas fls. 617-628, aduzindo que são apenas proprietários dos imóveis localizados na Rua Nóbrega e Rua Leandro Mota, locados aos 1º, 2º e 4º Réus, razão pela qual não podem ser responsabilizados pelos eventuais ilícitos que estariam ferindo o alegado direito dos autores.

Esclarecem que não é verdade que não exercem o poder de vigilância sobre os imóveis locados, bem como, firmaram contrato de locação com os Réus-locatários (1º, 2º e 4º Réus), tiveram cuidado de colocar nos respectivos contratos, diversas obrigações com relação ao direito de vizinhança.

Narram que os Réus-locatários afirmam que estão agindo rigorosamente dentro das leis de posturas do município e direito de vizinhança e que não há qualquer óbice para funcionamento no local da atividade empresarial deles, de "bar restaurante"; que; que possuem do município todas as licenças e alvarás necessários para funcionamento; que o barulho causado no local decorre de pessoas que frequentam a redondeza, inclusive outros estabelecimentos comerciais, como boate e música ao vivo, que não são os deles, afirmando ainda estar totalmente fora do alcance deles fazer com que estas pessoas falem mais baixo, não xinguem, não joguem lixo na rua.

Aduzem que para que surja qualquer obrigação dos Réus-contestantes (5º e 6º Réus) tomar alguma medida perante os Réus-locatários, faz-se necessário que tenha uma decisão judicial reconhecendo os locatários (1º, 2º e 4º Réus) como de fato únicos responsáveis pelos fatos narrados, e por isso, inadimplentes contratualmente, o que pelo que se sabe, não há, e que propriedade de seus imóveis, locados aos Réus-locatários (1º, 2º e 4º) limita-se à área ocupada por eles, e não as ruas, calçadas e outros estabelecimentos da redondeza.

Assim, afirmam que não podem ser responsabilizados e condenados aos pedidos que consistem em obrigação de fazer e não fazer, pela inexistência de danos morais que possam ser atribuídos a eles, e por fim, requerem a improcedência dos pedidos.

Citados, o 2º réu, BOTEÇO CONFRARIA BAR E RESTAURANTE LTDA e 3º réu, SIMPATIA BAR E RESTAURANTE LTDA, oferecem sua contestação, nas fls. 646-652, acompanhada de procuração e documentos, nas fls. 653-665, sustentando, em síntese, que as alegações dos autores não têm fundamento jurídico e não são lastreadas na verdade, isto porque, existe um Decreto Municipal nº 11179/2012 de 30/12/2011, que antes de ser aprovado foi submetido a uma Audiência Pública. Decreto este que cria um Polo Gastronômico na região e que regulamenta os limites do uso da parte externa dos imóveis, demarcando com faixa amarela, impedindo qualquer atendimento fora daquele limite, o que vem sendo rigorosamente respeitado pelos contestantes.

Esclarecem que no local, denominado Polo Gastronômico, existem, além dos contestantes, diversas outras casas comerciais com atividade idêntica, razão pela qual se torna impossível identificar de onde vêm os barulhos alegados pelos autores. Assim, não poderiam os autores escolher algumas casas comerciais e atribuir especificamente aos contestantes todo e qualquer tipo de ato como os mencionados na inicial, restando claro que a tentativa de prova é frágil e realizada sem qualquer participação destes, portanto prova unilateral.

Pontuam que não trabalham com produção de músicas e, raramente, quando o fazem, horário diurno, jamais ultrapassando as 22 horas, bem como, se algum ruído ou p.

aconteceu não foi nas dependências dos estabelecimentos dos contestantes, uma vez que se trata de casas comerciais muito bem frequentadas, como também muito bem vigiadas, para evitar que transtornos como o relatado pelos autores possam acontecer. Afiançam que para funcionar tiveram que preencher todos os requisitos necessários para obterem os alvarás emitidos pela Prefeitura Municipal de Niterói, e cumpriram e cumprem todos os deveres e obrigações a que são submetidas pelo poder público, dentro dos limites estabelecidos em Lei e na Constituição Federal.

Por fim, pugnam pela inexistência de danos morais e requerem a improcedência dos pedidos.

Citada, o 4º réu, SÃO FRANCISCO DELIVERY, ofereceu sua contestação, nas fls. 667-688, acompanhada da documentação de fls. 689-690, arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial.

No mérito, afirma que não propaga som além do tolerado e permitido. Seu estabelecimento comercial foi projetado observando os critérios técnicos, tanto que está perfeitamente legalizado e que não disponibiliza show/música ao vivo, seja na área interna ou externa de seu estabelecimento, e desconhece o fato de seus clientes realizarem badernas como informado na exordial.

Expõe que os próprios autores acostaram aos autos documentos que comprovam não haver ali nenhum indicativo que o 4º Réu, ora contestante, esteja prejudicando direito de vizinhança, restando demonstrado o agradável ambiente que é oferecido.

Consigna que a Prefeitura de Niterói, com o objetivo de valorizar a região, criou no trecho compreendido entre as Ruas João Pessoa e Nobrega e trecho entre a Rua Cinco de Julho, Av. Sete de Setembro e Rua D. Leandro Motta, o Polo Gastronômico de Icaraí, através do Decreto Municipal nº 11.179/2012, regularizou-se a Lei Municipal 2.898/2011, que em seu art. 112 permite a ocupação para colocação de conjunto de mesa com cadeiras por restaurantes e congêneres, estando, assim, no exercício regular de seus direitos, eis que devidamente autorizado pela Prefeitura Municipal de Niterói.

Complementa que a atividade exercida não é capaz de repercutir sobre a paz de espírito e, quiçá, sobre a saúde psíquica dos Autores, na medida em que não existe o mau uso da propriedade por parte do ora contestante, bem como os Autores são obrigados a suportar o ônus que advém do direito de vizinhança, pois, sabe-se que não são todos os incômodos aos vizinhos proibidos, posto isso, se é que existiu algum incômodo, o suposto ruído não ultrapassou os limites tolerados pela lei, não passando de simples encargo de vizinhança, que deve ser suportado pelos autores.

Destarte, pugna pela impossibilidade da inversão do ônus da prova, pela não incidência do art. 1277 do Código Civil e pela inexistência do dever de indenizar. Por fim, requer a improcedência dos pedidos.

Decisão, de fls. 700, deixando de conhecer dos Embargos de Declaração (fls. 532-534), ante a intempestividade certificada.

Réplica dos autores nas fls. 710-718.

Decisão no Agravo de Instrumento, nº 0022146-79.2013.8.19.0000, com provimento negado, nas fls. 760-774.

Decisão, de fls. 777-778, designando Audiência de Conciliação para o dia 30/04/2015.

Assentada da Audiência de Conciliação, nas fls. 797-800, restando infrutífera a conciliação.

Decisão saneadora, nas fls. 803-804, rejeitando as preliminares de inépcia da inicial, bem como a ilegitimidade ativa. Determinada a realização de prova pericial e abertura de vista ao Ministério Público.

Cota do Ministério Público na fl. 867.

Laudo Pericial nas fls. 945-1170.

Manifestação dos autores reiterando o pedido de tutela antecipada, nas fls. 1176-1180.

Manifestação do Ministério Público acerca do laudo pericial, nas fls. 1245-1246.

Decisão, de fls. 1254-1255, mantendo o indeferimento da tutela antecipada, e determinando remessa ao expert para prestar esclarecimentos.

Esclarecimentos do perito nas fls. 1264-1272

Embargos de Declaração dos autores de fls. 1277-1285.

Decisão rejeitando os Embargos de Declaração (fls. 1277-1285), nas fls. 1291-1292.

Novos esclarecimentos do perito nas fls. 1307-1315.

Manifestação do Ministério Público pugnando pela homologação do laudo pericial, na fl. 1351

Decisão saneadora complementar, de fls. 1399-1400, rejeitando a alegação de nulidade da pericial, dando por concluída a prova pericial, bem como, indeferindo a devolução de prazo

manifestação acerca do laudo e a rediscussão do pedido de tutela de urgência.

Embargos de Declaração, nas fls. 1437-1443, pelo 4º réu, SÃO FRANCISCO DELIVERY LTDA. EPP.

Decisão, de fls. 1475-1476, determinando a retificação do polo passivo, no que tange ao 1º e 4º réus, bem como, rejeitando os Embargos de Declaração do 4º réu (fls. 1437-1443) e indeferindo o pedido de produção de prova oral.

Manifestação dos autores, nas fls. 1503-1514, informando da interposição de Agravo de Instrumento (nº 0071183-60.2022.8.19.0000), em face da decisão que indeferiu a produção de prova oral.

Decisão do Agravo de Instrumento, nº 0071183-60.2022.8.19.0000, que não conheceu do recurso, bem como a certidão de trânsito em julgado, nas fls. 1557-1564.

Parecer final do Ministério Público nas fls. 1571-1578”.

Em sentença, proferida pela magistrada Carolina Vicente Bisognin, os pedidos foram julgados procedentes nos seguintes termos:

“(…)

Do exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC, para condenar os réus, nos seguintes termos:

1) Em relação ao 1º (CARIA & MARTINS BAR E RESTAURANTE LTDA - ME), 2º (SALVE SIMPATIA), 3º (BOTEÇO CONFRARIA) e 4º (SÃO FRANCISCO DELIVERY LTDA EPP) réus, determino que se abstenham de, nas áreas de desenvolvimento de suas atividades, localizadas ao ar livre, bem como nas respectivas áreas internas de seus estabelecimentos: (i) propagar ruídos ou emissões sonoras, sejam provenientes de equipamentos ou de shows/eventos ao vivo ou maquinário, que ultrapassem 55 dB, após às 22 horas, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por evento em que restar flagrante o descumprimento da determinação; (ii) exhibir filmes, eventos esportivos, shows e outros, com o direcionamento dos equipamentos/imagens ao público externo - fazendo, caso aplicável, o tratamento dos locais com películas e/ou anteparos, de forma a obstar a exibição ao público externo -, com o fito de cessar a aglomeração de pessoas nos locais imediatamente em frente aos estabelecimentos, após às 22 horas, sob pena de multa de R\$1.000,00 (um mil reais) por evento em que restar flagrante o descumprimento da determinação;

2) Em relação ao 1º (CARIA & MARTINS BAR E RESTAURANTE LTDA - ME), 2º (SALVE SIMPATIA), 3º (BOTEÇO CONFRARIA) e 4º (SÃO FRANCISCO DELIVERY LTDA EPP) réus, promoverem, no prazo de 90 dias, o respectivo tratamento acústico da parte interna e externa dos estabelecimentos Réus, para que se possa compatibilizar o desenvolvimento das respectivas atividades, com os limites sonoros legalmente previstos, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais);

3) Em relação 5º (JH SANT'ANNA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA) e 6º (CONSTRUTORA CONTESI CONSTRUÇÕES LTDA.) réus, condeno-os na obrigação de fazer consistente em tomar constantes providências de imediata vigilância sobre seus imóveis, para fazerem cessar, de forma imediata as Interferências e danos que vem interferindo no sossego e na saúde dos Autores, provocadas pela utilização de propriedade vizinha, mantendo constante vigilância, inclusive contratual, disciplinando a conduta do respectivo possuidor direto e, se for o caso, utilizar-se das medidas constritivas dispostas na lei de locações, aplicável à respectiva relação jurídica (Lei 8.245/91), sob pena de arcarem, solidariamente, com as multas oriundas do descumprimento da presente decisão, pelos seus inquilinos.

4) Os réus, solidariamente, a pagarem a título de indenização por dano moral, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a cada autor, corrigidos a partir da presente data (Súmula 362/STJ). e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, incidentes desde a data do evento danoso, na forma do art. 398 Código Civil e Súmula 54 do STJ.

Nos termos da Súmula 326 do STJ, condeno os réus em custas, taxa judiciária e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, com base no art. 85 § 2º do CPC...”.

Em suas razões recursais (fls1814/1833), os apelantes JH Sant’Anna Empreendimentos Participações Ltda e Contesi Construções Ltda sustentam que: (i) são proprietários dos imóveis que funcionam os restaurantes Salve Simpatia (2º réu), Boteco Confraria (3º réu) e Queen’s

(4º réu), sendo que o restaurante Spicy (1º réu) não funciona mais no local; (ii) os três restaurantes fazem parte do Polo Gastronômico do Jardim Icarai, que é composto por dezenas de restaurantes, bares e pizzarias; (iii) o local, com dezenas de restaurantes, foi declarado pela Lei nº 2624/2008, alterada pela Lei nº 2898/11, como sendo de interesse público turístico, cultural ou gastronômico e, por isso, sujeito à regulamentação específica, submetido ao mesmo limite de decibéis que as demais áreas do Município; (iv) além dos restaurantes, ao longo do ano são realizados inúmeros eventos culturais, além de blocos de carnaval, comemoração dia das crianças, Páscoa, jogo de futebol, dentre outros; (v) o próprio Município contribui para a segurança do Polo Gastronômico, por meio do programa Niterói Presente e, na própria rede social da Prefeitura são divulgados shows no local; (vi) antes da realização da perícia, que ocorreu nos dias 02 e 03.02.2017 e 20.04.2017, a Prefeitura já tinha feito ampliação e consolidação do local, tendo inclusive garantido que o trânsito não seria afetado na região e adotado providências junto a NitTrans; (vii) nunca receberam qualquer notificação ou intimação informando que os locatários estariam infringindo as regras de silêncio, vizinhança ou outras; (viii) como pode a sentença atribuir exclusivamente a 4 estabelecimentos a poluição sonora produzida em todo local onde há inúmeros outros estabelecimentos e eventos autorizados pela Prefeitura; (ix) a própria perícia atesta que os sons produzidos pelos estabelecimentos réus se somam causando danos aos autores; (x) transmitiram para as locatárias dos 3 restaurantes (1º, 2º e 3º réus) a posse direta dos imóveis em razão da locação ajustada, não possuindo o dever de fiscalização quanto ao descumprimento de normas de ordem pública, vigilância essa de atribuição do Poder Público (Município de Niterói); (xi) as locatárias possuem alvará de licença para funcionamento inexistindo notícia de qualquer processo administrativo ou judicial perante o Município que possa comprovar a prática de atos ilícito pelos locatários diante de sua atuação no Polo Gastronômico; (xii) durante as diligências periciais não foram flagradas exhibições de qualquer índole como shows, filmes e jogos em tais estabelecimentos; (xiii) embora o laudo indique que os estabelecimentos possuem equipamentos sonoros e de televisões de tela plana com elevados potenciais danosos à vizinhança, o perito reconhece que os mesmos não estavam sendo utilizados, tendo apenas suposto que seriam usados; (xiv) o laudo afirmou que no entorno do Polo Gastronômico havia 8 estabelecimentos, quando na verdade há mais de 12 estabelecimentos comerciais; (xv) descabe danos morais vez que inexistente conduta ilícita; (xvi) não podem ser considerados como consumidores por equiparação, onde são vizinhos de um polo gastronômico formado por dezenas de estabelecimentos comerciais.

Pretendem seja reformada a sentença com a improcedência dos pedidos, com a condenação dos honorários sucumbenciais.

Nas razões recursais de fls.1835/1843, os apelantes Boteco Confraria e Salve Simpatia pleiteiam preliminarmente a nulidade do processo vez que não disponibilizado em alegações finais, causando-lhes prejuízo. No mérito, alegam que: (i) os bares e restaurantes situados naquele local, considerado polo gastronômico por meio do Decreto Municipal 11179/2012, exercem atividades lícitas, autorizadas pelo ente público; (ii) existem diversos estabelecimentos comerciais no local com atividades idênticas, não fazendo sentido os autores escolherem somente algum deles como réus, vez que impossível identificar de onde vem os alegados barulhos; (iii) não trabalham com produção de música de forma contínua e quando há qualquer evento musical na localidade, sempre respeita o estabelecido pelo poder público, sendo realizado em horário diurno, jamais ultrapassando às 22hs; (iv) os estabelecimentos comerciais são muito bem frequentados, inclusive por moradores do prédio onde residem os autores e jamais adm...

autorização, exercendo o município o poder de polícia; (vi) inexistente qualquer ato infracional por eles praticados, o que demonstra que suas condutas são pautadas dentro da regularidade; (vii) moradores em zona urbana estão sujeitos a qualquer tipo de barulho, como motor de carro e motos, conversas mais acirradas entre transeuntes, sirenes; (viii) as provas anexadas aos autos foram realizadas de forma unilateral, portanto, imprestáveis; (ix) a prova pericial foi realizada no período noturno sem a participação do seu assistente técnico que sequer fora intimado para o ato; (x) a prova pericial violou o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório, caracterizando cerceamento de defesa e, portanto, deve ser anulada; (xi) o magistrado, ao indeferir a liminar, fundamentou sua decisão alegando que a antecipação de tutela seria temerária pois acabaria acarretando regras específicas de funcionamento para determinados estabelecimentos em detrimento de outros; (xii) o laudo é claro no sentido de que o barulho produzido no local não advém tão somente de seus estabelecimentos, já que o ruído é sempre elevado em razão da concentração de pessoas que frequentam o local; (xiii) o juízo *a quo* apenas pune os apelantes mas não alterará a situação fática do local já que vários outros estabelecimentos produzem shows e exibição de jogos.

Pretendem seja acolhida a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, em razão de não oportunizar em alegações finais ou, se não for esse entendimento, seja acolhida a nulidade da perícia vez que o assistente técnico não foi notificado o que causou evidente prejuízo. No mérito, requer a reforma da sentença com a improcedência dos pedidos autorias, sob pena de estarem sendo punidos em detrimento de outros comerciantes.

O apelante São Francisco Delivery Ltda. Epp sustenta às fls.1922/1932 que: (i) os assistentes técnicos sequer foram intimados para auferir se os instrumentos utilizados pelo perito estavam calibrados, muito menos auferir suas próprias medições, utilizando-se de seus aparelhos; (ii) o perito nomeado confessou em sua manifestação de fls.1264/1267 e, novamente às fls.1307/1310, que descumpriu conscientemente o dever processual insculpido no artigo 466, §2º do CPC; (iii) a perícia deve ser anulada por cerceamento do direito da ampla defesa e do contraditório; (iv) a própria conduta adotada pelo perito vicia seu laudo com parcialidade, especialmente ao sugerir que os assistentes técnicos dos réus, uma vez cientes da data designada para realização da perícia, seriam capazes de alertar seus clientes e estes criarem uma “...circunstância artificial, divorciada da realidade incidente”; (v) os assistentes técnicos foram alijados de participar da perícia e de produzir prova técnica por desejo e iniciativa unilateral do perito, sem autorização judicial, sendo indiscutível a nulidade da perícia; (vi) não há como apontar seu estabelecimento por todo som e barulho vez que proveniente de pelo menos 14 estabelecimentos comerciais, todos eles com autorização do poder público para funcionamento; (vii) a penalidade aplicada em nada irá impedir que a propagação de som e barulho, caso realmente existente, continue a ocorrer, advindo da circulação de pessoas nas ruas, trânsito de automóveis e das atividades nos demais estabelecimentos comerciais que integram o polo gastronômico; (viii) não trabalho como produção de música ao vivo e sequer de forma contínua, respeitando os limites impostos pela legislação, especialmente após às 22hs.

Pretende seja anulada a prova pericial, com o retorno dos autos para realização de nova perícia noturna, acompanhada dos assistentes técnicos dos réus, que deverão ser intimados para tanto. No mérito, requer a reforma da sentença com a improcedência da demanda e a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às fls.1936/1959 e 1989/1990.

Certificada a tempestividade dos recursos e a regularidade do recolhimento das custas (fls.1962).

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls.1999/2004, opina pela rejeição das nulidades arguidas e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos.

É o Relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais deve ser acolhido.

In casu, a relação jurídica em exame é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se enquadra no conceito de consumidor e de fornecedor, nos termos do artigo 2º e 3º do CDC.

Cinge-se a controvérsia recursal em apurar se restaram ultrapassados os limites quanto ao direito de propriedade e a existência de poluição sonora promovida pelos estabelecimentos comerciais dos réus, localizados no Polo Gastronômico de Jardim Icarái, em Niterói, a ensejar a indenização pretendida.

De início, passa-se a análise da preliminar de ausência de intimação de assistente técnico à perícia. Dispõe o artigo 466, §2º, do CPC:

Art. 466. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.

§ 1º Os assistentes técnicos são de confiança da parte e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição.

§ 2º O perito deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a inobservância da referida intimação não ocasiona nulidade absoluta, devendo a parte demonstrar a existência de prejuízo. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. FALTA DE INTIMAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO PARA ACOMPANHAMENTO DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, "A inobservância do disposto no art. 431-A do CPC/73, o qual não determina a intimação do assistente técnico para acompanhar a perícia, não ocasiona nulidade absoluta, devendo a parte demonstrar a existência de prejuízo, para que possa ser declarada a nulidade"(AgInt no REsp 1.556.683/MG, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 27/6/2017, DJe de 1º/8/2017).

2. No caso dos autos, o Tribunal de Justiça afastou a alegação de nulidade processual, concluindo que "não vejo qualquer prejuízo e não houve, no curso do processo, qualquer insurgência processual por parte dos apelantes a questionar a pretensa nulidade. Vejo que o laudo pericial foi apresentado, com normal ciência pelos apelantes, sendo que, na sequência, os mesmos apresentaram c complementares, onde não questionaram a pretensa nu.

3. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do

4. *Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp nº 2.535.574/MG, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 01.07.2024).*

Na hipótese, conforme laudo pericial anexado às fls.948/1142, foram realizadas três diligências, nos dias 02.02.2017, 03.02.2017 (noturna) e 20.04.2017 (noturna), sendo capturados os níveis sonoros acima do permitido pela legislação vigente, nas duas últimas, especificamente no horário de funcionamento (20hs até fechar).

Sobre a ausência de intimação do assistente técnico, o *expert*, em seus esclarecimentos (fls.1264/1267), assim destacou:

“(…)

4- *As partes foram comunicadas, consoante preconiza a norma inscrita no parágrafo 2º do Art. 466 do CPC (Anexo 1);*

5- *Curioso é o fato que em petição de junho de 2017, comunicação da realização de tal vistoria foi materializada, antes da apresentação do Laudo, sem qualquer oposição nos autos;*

6- *Tal argumentação somente surgiu após a apresentação do Laudo Pericial, que decerto não agradou aos interesses dos Réus;*

7- *Após a juntada do Laudo (novembro de 2017), este Expert recebeu e-mail de outro assistente técnico indicado pelo Réu (março de 2018), que não aquele que compareceu à diligência, indagando quando seria realizado o referido ato processual, que foi devidamente respondido (Anexo 2);*

8- *D. JULGADORA, a primeira diligência foi realizada na presença dos assistentes das Partes, ocorrendo a captura de dados e informações, entretanto as demais foram inopinadas, à noite, conforme explicitado no Laudo;*

9- *Caso as vistorias noturnas fossem previamente avisadas, decerto seria capturada circunstância artificial, divorciada da realidade incidente;*

10- *Este Perito assegura que o ato processual suscitado foi realizado de forma regular, em síncope ao alegado pelos Réus”.*

Quanto à alegação inserta no referido item 5, há de se destacar que, na petição de junho de 2017 (fls.923), o perito apenas informa a realização da diligência pericial, sem especificar os dias. Portanto, ao contrário do alegado, os réus sequer poderiam impugnar naquela oportunidade quanto às diligências noturnas, as que, de fato, foram conclusivas para a perícia.

Com a juntada do laudo em novembro de 2017 e as respectivas intimações em 20.02.2018, os réus manifestaram-se acerca da ausência de intimação de seus assistentes nas diligências noturnas, por meio das quais foram constatados os níveis sonoros acima da legislação vigente e, por conseguinte, pleitearam a nulidade da perícia por cerceamento de defesa, conquanto existente violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Outrossim, os e-mails anexados às fls.1311/1315 ratificam que o *expert* não intimou os assistentes técnicos para acompanhá-lo na perícia, sob a seguinte justificativa: ***“Desculpe-se sinceramente, mas todos foram avisados da primeira diligência, tanto que o sr. Pedro Sepúlveda estava nos aguardando. As outras foram realizadas de forma sigilosa e inopinada, caso contrário a inspeção perderia a finalidade”.***

From: Moyses Alberto Mizrahi <mosheam@globomail.com>
To: <jjismael@predialnet.com.br>
Date: 08/03/2018 17:19

Prezado Ismael,

Boa tarde

Desculpe-me sinceramente, mas todos foram avisados da primeira diligência, tanto que o sr. Pedro Sepúlveda estava nos aguardando.

As outras foram realizadas de forma sigilosa e inopinada, caso contrário a inspeção perderia a finalidade.

Está tudo documentado nos autos.

Permaneço à disposição

Att

MOYSES A. MIZRAHI

On 06/03/2018 15:29, jjismael@predialnet.com.br wrote:

Prezado Moises, fui indicado pelos réus para atuar como assistente técnico no Proc. nº 0101594.32.2012.8.19.002 em que V.Sa foi nomeado Perito do Juízo. Ocorre que, **surpreendentemente**, nesta data, recebi dos patronos da parte ré cópia do seu laudo oficial, contudo não fui comunicado previamente da data da diligência, conforme preceitua o Art. 474 do novo CPC. Assim, se possível, peço remarcar nova data para que possamos acompanhar a perícia, cumprindo dessa forma o que recomenda o referido Artigo.

Eis a irresignação dos réus, ora apelantes, que defendem que seus assistentes técnicos foram privados de acompanhar a perícia nas diligências noturnas, em total desrespeito à forma prescrita em lei. Ademais, o próprio *expert* ratifica que não os intimou para que a inspeção não perdesse a sua finalidade.

Assim, como restou obstado o acompanhamento da perícia pelo assistente técnico nas diligências noturnas, não foi possível verificar se o equipamento de aferição dos níveis sonoros foi utilizado de forma adequada, até porque, há inúmeros outros estabelecimentos comerciais em funcionamento no local, conhecido como Polo Gastronômico de Jardim Icaraí, que podem ter influenciado no resultado da perícia.

Ademais, não há dúvidas que a prova serviu de elemento de convicção do juiz quando da prolação da sentença, sendo certo que restou demonstrado o prejuízo dos réus já que não tiveram direito ao amplo acompanhamento da produção da prova.

Frise-se que a finalidade de facultar às partes, por intermédio de seus assistentes, acompanhar a produção da prova pericial é justamente para se chegar à verdade dos fatos e das considerações de impugnação ao laudo confeccionado.

Destarte, no caso dos autos, a ausência de intimação dos assistentes técnicos para acompanharem as diligências noturnas, decerto as mais importantes para alcançar o objetivo da perícia, importa em sua nulidade, por cerceamento de defesa e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste TJRJ:

Ação de indenização. Obra pública de sistema de drenagem pluvial e esgotamento sanitário. Alegados danos causados aos imóveis do autor. Prova técnica designada, porém com indicação do ei estranho aos autos, fato observado pelo autor. Intimado para corrigir o endereço e marcar no com a intimação das partes, o louvado juntou o laudo, mantida a data da perícia anterior

marcada. Ausência de comunicação aos assistentes técnicos da apelante. Dever do perito de assegurar aos assistentes técnicos acesso e acompanhamento das diligências, nos termos dos artigos 466, § 2º, e 474, do CPC. Violação do direito de defesa configurada. Precedentes. Provimento do recurso da ré para, acolhida a preliminar de nulidade da prova técnica, anular a sentença e ordenar a realização de nova perícia, prejudicado o apelo do autor. (Apelação Cível nº 0185469-20.2011.8.19.0038, Relator Des. Claudio Luis Braga Dell Orto, Primeira Câmara de Direito Privado, j. em 24.09.2024).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEFEITO MOTOCICLETA. PROVA PERICIAL REALIZADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS APELANTES ACERCA DA DATA DESIGNADA PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. NULIDADE ARGUIDA EM IMPUGNAÇÃO AO LAUDO E DEMAIS MOMENTOS ANTERIORES À PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART.431-A DO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, VIGENTE À ÉPOCA. PRELIMINAR DE NULIDADE INSANÁVEL DO LAUDO TÉCNICO QUE DEVE SER ACOLHIDA. CERCEAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA CONFIGURADO. SENTENÇA QUE DEVE SER ANULADA PARA REABRIR A INSTRUÇÃO E DETERMINAR A REPETIÇÃO DA PERÍCIA. PROVIMENTO DOS RECURSOS DA RÉ, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DA PARTE AUTORA. (Apelação Cível nº 0006969-47.2010.8.19.0205, Relator Des. Carlos Azeredo de Araújo, Décima Quarta Câmara de Direito Privado, j. em 19.10.2023).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. Consoante reiterado entendimento do E. STJ, a simples ausência de ciência das partes sobre a data da realização da perícia (artigo 474 do CPC) é insuficiente, por si só, para a declaração de nulidade do ato, sendo indispensável, para tanto, a demonstração de efetivo prejuízo à parte. No caso dos autos, o primeiro apelante indicou assistente técnico, que sequer foi intimado e nem apresentou o seu laudo, nos termos do parágrafo único, do artigo 477 do CPC. Prejuízo demonstrado. Nulidade corretamente reconhecida. Recursos conhecidos, sendo provido o primeiro e prejudicado o segundo, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Apelação Cível nº 0035209-55.2015.8.19.0210, Relatora Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior, Sétima Câmara de Direito Privado, j. em 09.11.2023).

Ante o exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO E TERCEIRO RECURSOS** para anular a sentença e determinar a realização de nova prova pericial, assegurando às partes o acompanhamento por meio de seus assistentes técnico, conforme previsto no artigo 466, §2º do CPC, restando prejudicado o primeiro recurso.

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2025.

**CARLOS GUSTAVO DIREITO
DESEMBARGADOR RELATOR**