

ANA CAROLINA MENDONÇA MICHELATO

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL QUANTO A OCORRÊNCIA DO ABUSO DE
DIREITO NO CAMPO DOS DIREITOS REAIS NO QUE CON CERNE AO DIREITO
À PROPRIEDADE**

Ji-Paraná
2019

ANA CAROLINA MENDONÇA MICHELATO

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL QUANTO A OCORRÊNCIA DO ABUSO DE
DIREITO NO CAMPO DOS DIREITOS REAIS NO QUE CON CERNE AO DIREITO
À PROPRIEDADE**

Artigo apresentado ao Centro Universitário
São Lucas de Ji-Paraná, como parte dos
requisitos para obtenção de nota na
disciplina TCC-II, no curso de Direito, sob
orientação da Prof^a. Rosicler Carminato
Guedes de Paiva.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Gerada mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

M623r Michelato, Ana Carolina Mendonça
A responsabilização civil quanto a ocorrência do abuso de direito
no campo dos direitos reais no que conceme ao direito à propriedade /
Ana Carolina Mendonça Michelato. -- Ji-Paraná, RO, 2019.
33 p.
Orientador: Prof. Rosicler Carminato Guedes de Paiva

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) Centro
Universitário São Lucas

1. Direito de propriedade. 2. Relações de vizinhança.
3. Responsabilidade civil. I. Almeida, Alex Alves. II. Título

CDU 347.23

ANA CAROLINA MENDONÇA MICHELATO

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL QUANTO A OCORRÊNCIA DO ABUSO DE
DIREITO NO CAMPO DOS DIREITOS REAIS NO QUE CONCERNE AO DIREITO
À PROPRIEDADE**

Artigo apresentado ao Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná, como parte dos requisitos para obtenção de nota na disciplina TCC-II, no curso de Direito, sob orientação da Prof^a. Rosicler Carminato Guedes de Paiva.

Ji-Paraná, ____ de _____ de _____.

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Titulação e Nome

Nome da instituição

Titulação e Nome

Nome da instituição

Titulação e Nome

Nome da instituição

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL QUANTO A OCORRÊNCIA DO ABUSO DE DIREITO NO CAMPO DOS DIREITOS REAIS NO QUE CON CERNE AO DIREITO À PROPRIEDADE¹

Ana Carolina Mendonça Michelato²
Rosicler Carminato Guedes de Paiva³

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo precípua abordar sobre o exercício, irregular ou em excesso de um direito, pois, a adoção de tal conduta configura o abuso de direito. Pretende-se, além de abordar o instituto do abuso de direito, que tem se propagado em diversos ramos, identificar tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, abordar sua evolução histórica, seu posicionamento jurídico, sua caracterização e por fim, qual tem sido sua aplicabilidade por parte do Poder Judiciário brasileiro, com enfoque no direito de propriedade e nas relações de vizinhança. Apesar de se tratar de uma matéria pacífica, há ainda diversas discussões, como por exemplo, sua natureza jurídica, sendo necessário um estudo mais aprofundado do operador do direito. O método adotado neste trabalho é o dialético, pois através dele, pode-se analisar a realidade a partir de comparações de posicionamentos doutrinários e jurisprudencial. Sendo assim, é possível apontar que nas relações de vizinhança, há maior presença do instituto do abuso do direito, haja vista que, por muitos anos, o direito de propriedade foi visto como um direito absoluto, autorizando seu proprietário utilizar este da forma que lhe satisfizesse. Em razão disso, muitas vezes, acaba o praticando com o intuito de causar dano ao vizinho, o que faz necessário o estabelecimento de limites para o exercício de seu direito, e a determinação de que os danos resultantes de condutas ilícitas por parte dos detentores da propriedade sejam reparados.

Palavras-Chave: Abuso de direito, direito civil, responsabilidade civil, direito de propriedade.

LA RESPONSABILIZACIÓN CIVIL EN CUANTO LA OCURRENCIA DEL ABUSO DE DERECHO EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS REALES EN LO QUE CON CERNE AL DERECHO A LA PROPIEDAD

RESUMEN: El presente artículo científico tiene como objetivo primordial abordar sobre el ejercicio, irregular o en exceso, de un derecho, pues, la adopción de tal conducta configura el abuso de derecho, resultando en la responsabilización de éste, en especial en el derecho de propiedad. Se pretende, además de abordar el instituto del abuso de derecho, que se ha propagado en diversas ramas de lo derecho, identificar tal instituto en el ordenamiento jurídico brasileño, abordar su evolución histórica, su posicionamiento jurídico, su caracterización y por fin, cuál ha sido su aplicabilidad por parte del Poder Judicial brasileño, con enfoque en el derecho de propiedad y en las relaciones de vecindad. A pesar de que se trata de una cuestión pacífica, hay todavía varias discusiones en el derecho, como, por ejemplo, su naturaleza jurídica, siendo necesario un estudio más detallado del operador del derecho. El método adoptado en el presente trabajo es el dialéctico, pues a través de él, se puede analizar la realidad a partir de comparaciones de posicionamientos doctrinales y jurisprudencial. Siendo así, es posible señalar que, en las relaciones de vecindad, hay mayor presencia del instituto del abuso del derecho, habida cuenta de que, por muchos años, el derecho de propiedad fue visto como un derecho absoluto, autorizando a su propietario utilizar esta de la forma que le satisfacía. En consecuencia, a menudo, acaba practicando su derecho con el fin de causar daño a su vecino, lo que hace necesario el establecimiento de límites para el ejercicio de su derecho y la determinación de que los daños resultantes de conductas ilícitas por parte de los poseedores de la propiedad sean reparados.

¹ Artigo apresentado no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas como pré-requisito para conclusão do curso, sob orientação da professora Rosicler Carminato Guedes de Paiva. E-mail: rosicler.paiva@saolucas.edu.br

² Acadêmica do 9º período do Curso de Direito no Centro Universitário São Lucas. E-mail: acmmichelato@gmail.com

³ Professora Especialista do Curso de Direito no Centro Universitário São Lucas. E-mail: rosicler.paiva@saolucas.edu.br

Palabras clave: Abuso de derecho, derecho civil, responsabilidad civil, derecho de propiedad.

1. INTRODUÇÃO

O Direito é a ciência que possui a incumbência de aplicar e cumprir as normas jurídicas vigentes de um país. Por acompanhar as necessidades da sociedade, acaba sendo bastante mutável. Isso se observa pelas diversas legislações presentes no ordenamento jurídico de um país, que visam solucionar os problemas que eclodem em uma sociedade.

Neste trabalho, será discutido como o ordenamento jurídico pátrio aborda sobre a responsabilização civil decorrente do abuso do direito, pois este tem adentrado em diversos ramos do direito, mas tendo como a principal abordagem, a responsabilização civil do abuso do direito no âmbito dos direitos reais, no que concerne ao direito de propriedade.

Assim, pretende-se distinguir a funcionalidade de tal instituto no ordenamento jurídico pátrio, abordando desde seu início até tomar o seu formato atual, a sua conceituação e seus diversos desdobramentos, observando o entendimento no âmbito jurídico.

Para auxiliar no entendimento do tema principal, será abordado brevemente o instituto da responsabilidade civil, os direitos reais e o direito de propriedade.

Por fim, serão apontadas algumas decisões judiciais acerca da matéria, discernindo sua aplicabilidade diante dos conflitos no caso concreto.

2. A ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DO ABUSO DE DIREITO

Muitos doutrinadores investigam quanto à origem do abuso do direito, o que faz com que muitas vezes discordem ao abordar sobre suas raízes históricas. Flávio Tartuce, em seu Manual de Responsabilidade Civil (2017, pág. 393-395), aborda brevemente sobre a origem, tendo como base alguns doutrinadores. Segundo ele, o doutrinador Renan Lotufo, por exemplo, defende que a origem do abuso de direito se deu na *aemulatio* do Direito Romano, tendo sua aplicação no direito de vizinhança. Já para San Tiago Dantas, por mais que apresente conceitos no direito Romano, principalmente nos conceitos de *aequitas* e no *ius honorarium*, o abuso do direito teria sua origem no Direito Medieval.

O doutrinador Flávio Tartuce (2017, pág. 394) aborda quanto ao doutrinador Silvio Rodrigues, que afirma que a atual forma do abuso do direito, seria igualmente tratada por Josserand, ou seja, teria surgido na segunda metade do século XIX, no território francês, devido ao famoso caso Bayard, onde um construtor de balões e dirigíveis ergueu pilastras de madeira com pontas de ferro com o intuito de dificultar a aterrissagem das aeronaves.

Outros literatos associam com o Direito francês moderno. De qualquer forma, não sendo pacificado quanto à origem histórica, o fato é que é tratado por muitas distintas legislações privadas no sistema romano-germânico da *Civil Law*, sendo uma destas o atual Código Civil brasileiro, que tendo como fonte o art. 334 do Código Civil português, abordou expressamente em seu art.187, o instituto do abuso de direito no âmbito da responsabilidade civil.

A natureza jurídica do abuso de direito ainda é deveras discutida entre a doutrina, visto que não se chega a um denominador comum. Neste ponto, há duas correntes solidificadas acerca de sua natureza jurídica. A primeira corrente configura o abuso de direito como uma categoria autônoma, em razão de possuir suas próprias características, e por este motivo não se enquadra a nenhuma categoria jurídica.

É a corrente adotada pelo doutrinador Nelson Rosenvald (2017, p. 221) que afirma nas seguintes palavras:

O legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante devemos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retida do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa. [...].

Já a segunda corrente entende que o abuso de direito seria uma modalidade de ato ilícito. É o entendimento do doutrinador Paulo Nader (2016, pág. 180), que aborda o abuso de direito da seguinte forma:

A figura do abuso de direito constitui modalidade de ato ilícito. Do ponto de vista legislativo é inquestionável a presença desta categoria, mas, especialmente no passado, fontes doutrinárias consideravam juridicamente impossível a conjugação dos dois termos: abuso e direito. O Código Civil de 1916, embora não tenha se referido diretamente à categoria, deixou-a implícita no art. 160.

Pode-se dizer que existe uma terceira corrente, originada pela fusão destas duas. Ela aplica que o abuso de direito possui uma natureza jurídica mista. Tal posicionamento é defendido pelo doutrinador Flávio Tartuce (2017, p.396);

Quanto ao conceito de abuso de direito, o mais interessante produzido pela doutrina nacional, inclusive por seu intuito didático, é o de Rubens Limongi França, que em sua *Enciclopédia Saraiva do Direito* definiu o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (1977, p. 45). Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o abuso de direito é um *ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo*. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Desse conceito conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como *puro* reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências.

Sendo assim, como se observa, não há um denominador comum na doutrina quanto à origem e a natureza jurídica do abuso de direito, sendo difícil até de dizer qual é a corrente majoritária.

Noutro giro, antes de discorrer acerca da responsabilidade civil quanto à ocorrência do abuso de direito no campo dos direitos reais, vale abordar algumas considerações acerca da responsabilidade civil no atual sistema jurídico brasileiro e quanto aos direitos reais, com exclusividade ao direito de propriedade, no Código Civil brasileiro.

2.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A doutrina divide o instituto da responsabilidade civil em *Contratual* e *Extracontratual ou Aquiliana*. Enquanto a primeira, prevista nos artigos 389 a 420 do Código Civil de 2002, ocorre em casos onde há uma violação de uma norma de natureza negocial, ou seja, quando há o inadimplemento de uma obrigação contratual, a segunda decorreria de uma violação de norma de natureza legal, ou seja, quando a prática de algum ato ilícito resulta em alguma espécie de dano a outra pessoa, estabelecido pelo art. 927 do mesmo diploma legal.

Vale lembrar que, a responsabilidade civil extracontratual apresenta duas classes, sendo estas a *Subjetiva* e *Objetiva*. A primeira decorre da reunião de três elementos, sendo estes; a conduta do agente de forma culposa, ou seja, é necessário que haja a culpa por parte do agente, o nexo de causalidade entre a conduta do agente, dano causado e a ocorrência de dano. Assim, a vítima deve comprovar esses três elementos para que ocorra a responsabilidade civil subjetiva. Já no que tange a responsabilidade civil objetiva, não é necessária a conduta culposa do agente, apenas sua conduta, o nexo de causalidade e a existência do dano.

O referido instituto adentrou no sistema jurídico brasileiro no ano de 1916 com a Lei n. 3.071 que instituiu o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Neste código, foi adotado o modelo unitário de antijuridicidade, no qual previa expressamente apenas um conceito de ilícito civil.

No referido Código, a responsabilidade civil, abordada no artigo 159, se limitava apenas no campo da teoria subjetiva, onde se configurava a reparação do dano na conduta humana adotada, decorrente da sua negligência, imprudência ou imperícia. Ou seja, somente haveria a responsabilidade civil, quando resultasse da culpa ou dolo do agente causador do dano. Vejamos o referido artigo:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano
A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

Com a Lei n. 10.406 de 2002, que instituiu o atual Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil adotou uma estrutura binária, prevendo a reparação do dano quando este decorrer de um ato ilícito decorrente da culpa e do ato ilícito decorrente do abuso de direito. Segundo alguns doutrinadores, esta modificação, a qual revolucionaria o âmbito da responsabilidade civil, foi uma das inovações mais celebradas trazidas pelo novo código, pois, o abuso de direito foi equiparado a um ato ilícito.

Deste modo, o conceito de ato ilícito decorrente da culpa ficou previsto no Art. 186 dispondo que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Já o conceito de ato ilícito decorrente do abuso do direito ficou previsto no dispositivo seguinte, o qual estabeleceu que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Observa-se que, a partir desse dispositivo, o abuso do direito também foi considerado como um ato ilícito. Todavia, diferente do que ocorre no art.186, foi adotada a teoria objetiva, tendo como a origem da responsabilidade o exercício irregular do direito ou quando se excede os limites de um direito, sendo esses limites delineados, conforme expõe o art. 187, “pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Assim, pelo fato do abuso de direito estar localizado dentro do âmbito da responsabilidade civil e sendo demarcado pela legislação brasileira como um ato ilícito, é imprescindível que os danos decorrentes dele sejam reparados.

3. OS DIREITOS REAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Outro ponto que se deve abordar antes de entender a responsabilidade civil do abuso do direito no campo dos direitos reais, em especial no direito de propriedade, é exatamente o que são esses direitos reais.

Tais direitos são previstos a partir do artigo 1225 e seguintes do Código Civil de 2002:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

VII - o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII - o penhor;

IX - a hipoteca;

X - a anticrese.

XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Neste ponto, este ramo do direito que disciplina o contato de uma pessoa com algum bem corpóreo. Em outras palavras, é a disciplina que estuda o poder jurídico do homem sobre uma determinada coisa, sendo esta com ou sem qualquer expressão econômica enquanto a coisa perdurar.

O doutrinador Flávio Tartuce (2017) conceitua os Direitos Reais da seguinte forma:

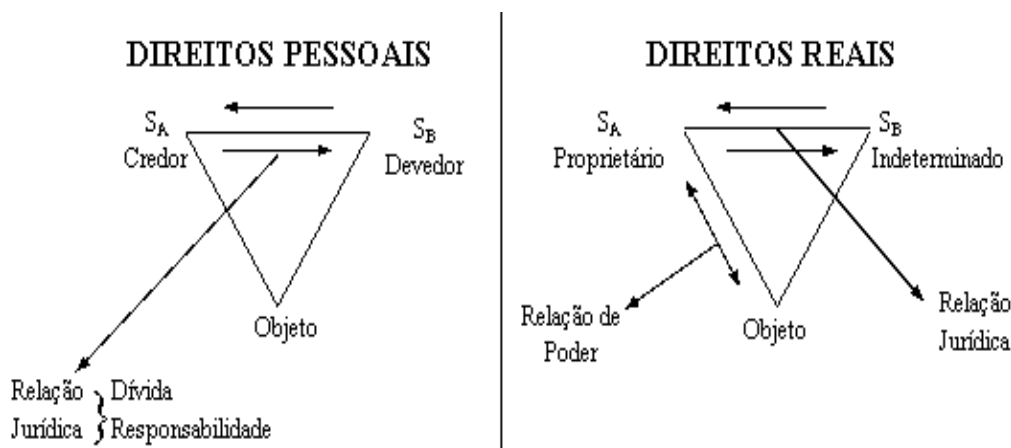
[...] Pode-se conceituar os Direitos Reais como sendo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita. A diferença substancial em relação ao Direito das Coisas é que este constitui um ramo do Direito Civil, um campo metodológico. Já os Direitos Reais constituem as relações jurídicas em si, em cunho subjetivo.

Vale citar que alguns doutrinadores divergem quanto à utilização dos termos Direito das Coisas e Direitos Reais tendo em vista ser um tema que sempre gerou

certas dúvidas no meio de estudantes e aplicadores do Direito. Para facilitar na diferenciação entre um e outro, pode-se dizer que enquanto o primeiro trata sobre as relações jurídicas estabelecidas entre o indivíduo e a coisa, a segunda tem como objeto de estudo o conjunto de categorias jurídicas relacionadas à propriedade. Sendo assim, por mais que a segunda seja o principal conteúdo da primeira, não se aplica como um todo, por conta da existência de institutos presentes no Direito das Coisas que não são compreendidos como Direitos Reais.

O doutrinador Orlando Gomes (2012, pág. 10-11) aborda sobre a existência de duas teorias que justificam os Direitos Reais. A primeira é a teoria personalista, que defende que os direitos reais são relações jurídicas constituídas entre as pessoas, mas intermediadas por um objeto, ou seja, uma coisa. Por este motivo, por tratar sobre essas relações, igual ocorre nos direitos pessoais, essa teoria busca unificar estes dois institutos, os direitos reais com os direitos pessoais. Já a segunda teoria, conhecida como a teoria realista ou clássica, defende que o direito real consiste em um poder imediato que o indivíduo exerce sobre uma determinada coisa. É o que a seguinte figura demonstra:

Figura 1 – Comparação entre Direitos pessoais e Direitos reais



Fonte: Prof. Vitor Frederico Kümpel. ⁴

Noutro ponto, os direitos reais giram em torno do conceito de propriedade. Por este motivo, apresentam características próprias que os diferenciam dos direitos pessoais de cunho patrimonial. O doutrinador Orlando Gomes (2012, pág. 17) classifica estas da seguinte forma:

⁴ Disponível em: <http://www.scribub.com/limba/portugheza/DIREITO-CIVIL34547.php>

Os direitos reais distinguem-se pelas características seguintes: tipicidade, elasticidade, publicidade, especialidade, isto é, são criação exclusiva do legislador; admitem a aquisição restitutiva; sua constituição ou transferência deve ser acessível ao conhecimento de qualquer interessado; e seu objeto há de ser coisa certa e determinada.

Já a doutrinadora Maria Helena Diniz, em seu livro *Direito das Coisas* (2016), aponta as seguintes características dos direitos reais:

1. Oponibilidade *erga omnes*, ou seja, contra todos os membros da coletividade;
2. Existência de um direito de sequência, que segue a coisa;
3. Previsão de um direito de preferência a favor do titular de um direito real;
4. Possibilidade de abandono dos direitos reais, de renúncia a tais direitos;
5. Viabilidade de incorporação da coisa por meio da posse;
6. Previsão da usucapião como um dos meios de sua aquisição;
7. Suposta obediência a um rol taxativo (*numerus clausus*) de institutos, previstos em lei, o que consagra o *princípio da tipicidade dos direitos reais*.
8. Regência pelo *princípio da publicidade dos atos*, o que se dá pela entrega da coisa ou tradição (no caso de bens móveis) e pelo registro (no caso de bens imóveis).

Neste sentido, o doutrinador Pablo Stolze (2017) afirma que “[...] o poder atribuído ao titular de um direito real é juridicamente muito mais expressivo do que aquele conferido ao titular de um direito de natureza pessoal ou obrigacional.”

Assim, para auxiliar ainda mais na diferenciação dos dois institutos, e evidenciar as principais diferenças entre estes, se apresenta o quadro comparativo:

Quadro 1 - Tabela Comparativa entre Direitos reais e Direitos pessoais patrimoniais

Direitos reais	Direitos pessoais patrimoniais
Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa. O sujeito passivo não é determinado, mas é toda a coletividade (sujeito passivo universal).	Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo – credor) e outra (sujeito passivo – devedor).
Princípio da publicidade (tradição e registro).	Princípio da autonomia privada (liberdade).
Efeitos <i>erga omnes</i> . Os efeitos podem ser restringidos.	Efeitos <i>inter partes</i> . Há uma tendência de ampliação dos efeitos.
Rol taxativo (<i>numerus clausus</i>), segundo a visão clássica – art. 1.225 do CC. Essa visão vem sendo contestada pela doutrina contemporânea, mas ainda tem prevalecido.	Rol exemplificativo (<i>numerus apertus</i>) – art. 425 do CC – criação dos contratos atípicos.
A coisa responde (direito de sequência).	Os bens do devedor respondem (princípio da responsabilidade patrimonial).
Caráter permanente. Instituto típico: propriedade.	Caráter transitório, em regra, o que vem sendo mitigado pelos contratos relacionais ou cativos de longa duração. Instituto típico: contrato

Fonte: Flávio Tartuce, Manuel de Direito Civil, 2017, p.604-605.

Portanto, uma vez feita à distinção entre os direitos reais e direitos pessoais e abordada as principais características destes, é necessário abordar sobre o direito de propriedade e de vizinhança no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE

Dentro do campo do direito das coisas, e consequentemente dos direitos reais, está localizado o direito de propriedade. Previsto no art. 1.228 do Código Civil de 2002 e protegido pelo art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal, trata-se de um direito fundamental.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Pode-se conceituar este direito como aquele que uma pessoa exerce sobre determinado bem. Contudo, tal conceito, por ser bastante estudado por civilistas das mais diversas gerações, pode divergir de doutrinador para doutrinador.

Pois bem, o atual Código Civil brasileiro não define a propriedade, apenas há um enunciado das faculdades do proprietário ou definidas por alguns doutrinadores como componentes do direito de propriedade, sendo estas estabelecidas pelo seguinte dispositivo do CC/02: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”. Uma vez reunida todas essas faculdades, ocorrerá à chamada propriedade plena. Já quando apresentar pelo menos um destes elementos, trata-se da chamada propriedade restrita, havendo apenas a posse do bem.

Antes, no Código Civil de 1916, o direito de propriedade era visto como um direito ilimitado, podendo o seu proprietário fazer desta o que bem entender, possuía uma finalidade individual. Atualmente, em decorrência do inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal que dispõe que “[...] a propriedade atenderá a sua função social [...]”, foi alterada a antiga finalidade, tomando um caráter mais socialista, fazendo com que o direito de propriedade não fosse mais considerado como um direito irrestrito, pois, deve usufruir de forma produtiva.

Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou na seguinte forma:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5.º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (STF, ADIn 2.213/MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.04.2004).

Noutro ponto, o direito de propriedade apresenta características muito próximas dos direitos reais, conforme abordadas anteriormente. Pablo Stolze (2017) define-as da seguinte forma:

O direito de propriedade é:

- a) complexo: pois é formado por um conjunto de poderes ou faculdades;
- b) absoluto: não no sentido de que se possa fazer dele o que bem entender, mas porque a oponibilidade é erga omnes;
- c) perpétuo: não se extingue, simplesmente, pelo não uso, podendo ser transmitido por gerações;
- d) exclusivo: ressalvadas certas situações, a exemplo do condomínio, o poder dominial de alguém exclui o de outrem, concomitantemente, sobre a mesma coisa;
- e) elástico: pode ser distendida ou contraída na formação de outros direitos reais sem perder sua essência.

Uma vez apontado tais considerações acerca do direito de propriedade, pode-se abordar acerca do direito de vizinhança.

3.1.1. O DIREITO DE VIZINHANÇA

Outro ponto a ser discutido, antes de abordar o real objeto do presente trabalho, é acerca do direito de vizinhança, pois é impossível não vincular ambos os temas.

O direito de vizinhança, segundo Pablo Stolze (2017), “traduzem um conjunto de normas e princípios que disciplina a convivência pacífica e harmoniosa entre vizinhos.”. Em outras palavras, para que fosse evitado o abuso de direito de propriedade, respeitando o princípio da função social, e ainda que obtivesse uma boa relação social e jurídica entre dois titulares de uma propriedade, necessário se fez um conjunto de normas a fim de regulamentar a coexistência destes, onde se estabelece um conjunto de direitos e deveres dos proprietários.

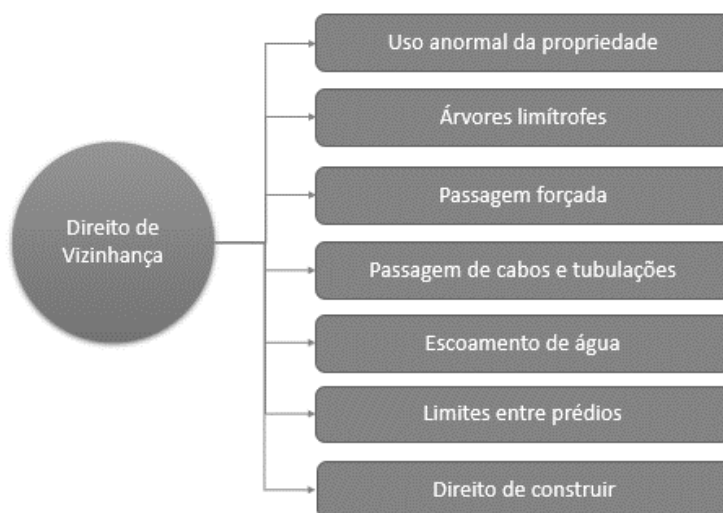
Vale informar que, segundo a legislação pátria, vizinhos não são somente aqueles que moram em propriedades “parede com parede”, ou seja, contingentes.

Basta apenas que sejam suficientemente próximos para que possa ter lugar a qualquer tipo de interferência.

No direito de vizinhança observam-se algumas características. A primeira característica a ser apontada é a de regulamentar as situações que podem vir ocorrer do exercício do direito de propriedade, estabelecendo assim certa limitação ao uso da propriedade. Outras características que podemos observar é a de evitar prejuízos resultantes do uso desse direito de propriedade, e a de coibir as interferências indevidas causadas aos imóveis vizinhos. Por fim, possui a natureza jurídica *propter rem*, ou seja, corresponde a uma obrigação real, vinculada a coisa, podendo aplicar sobre qualquer possuidor da propriedade.

O direito de vizinhança, disciplinado pelos arts. 1.277 a 1.313, é repartido em algumas situações, nas quais, segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz (2007), é onde o seu excesso configura o abuso. Sendo assim, a figura a seguir resume os casos abordados pelo direito de vizinhança:

Figura 2 – As divisões do direito de vizinhança



Fonte: Própria da autora a partir do *Microsoft Power Point* (2019)

Portanto, se observa que o direito de vizinhança é uma das formas de limitar o direito de propriedade, não se tratando de um direito absoluto. Assim sendo, o uso irregular do seu direito caracteriza o abuso do direito, e caso produza alguma espécie de dano, cabe à responsabilização civil conforme observaremos a seguir.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ABUSO DE DIREITO DE PROPRIEDADE

Como abordado nos tópicos anteriores, à propriedade não se trata de um direito absoluto, pois, deve atender sua função social. Para isso, o proprietário pode exercer seu direito, desde que observado os limites impostos pelo art.187 do Código Civil de 2002, sob o risco de ser responsabilizado civilmente pelos danos decorrentes desse abuso de direito.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, p. 577) afirma que os atos abusivos de direito que ensejam a reparação civil, possuem três critérios identificadores. O primeiro critério seria a intenção de lesar outrem. Em outras palavras, seria dizer que o intuito do exercício de um direito teria o objetivo exclusivo de causar algum dano ao outro. O segundo critério é a ausência de interesse sério e legítimo, e o terceiro é o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social. Este último ocorre no caso do exercício do direito se desviar da finalidade correspondente, ou seja, a de fins econômicos e sociais.

Neste sentido, a responsabilização civil decorrente do abuso de direito, decorreria nos casos onde ocorrem os atos emulativos ou “*ad emulationem*” que segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz seriam “os atos praticados dolosamente pelo agente, no exercício normal de um direito, em regra, o de propriedade, isto é, com a firme intenção de causar dano a outrem e não de satisfazer uma necessidade ou interesse do seu titular (CC, art.1228,§2º). [...]”. Em outras palavras, os atos praticados pelo proprietário com o intuito apenas de danificar prédio contíguo, ou seja, sem qualquer intuito relevante para ele, configurava indubitavelmente um abuso de direito. O segundo caso e o terceiro são previstos pelo art. 187 do CC/02. O segundo que enseja a responsabilidade civil por abuso de direito é os atos que ofende os bons costumes ou contrários à boa-fé, mesmo que no exercício normal do direito e o terceiro são os atos praticados em desavença com o fim social ou econômico do direito subjetivo. Este último é definido pela doutrina Maria Helena Diniz (2007, p.580),

“[...] Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de iliceidade, de seu titular se ele o utilizar em desacordo com sua finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente.

No que tange ao exercício do direito de propriedade, é bastante visível reconhecer tal abuso de direito nas relações de vizinhança. Como visto anteriormente, por possuir a característica *propter rem*, a responsabilização não decorre somente das

obrigações ligadas diretamente a propriedade, como também do exercício abusivo de um direito subjetivo. A ocorrência de um dano resultante do exercício anormal ou irregular do direito de propriedade, no qual se ultrapassa os limites impostos pela norma jurídica, caberá ao prejudicado, à reparação deste dano.

Além do mais, segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, o abuso do direito é reconhecido em algumas situações presentes nas relações de vizinhança, abordadas posteriormente, sendo as seguintes:

- a) Nas ofensas à segurança, sossego e saúde dos vizinhos
- b) Nos atos ofensivos ao direito de propriedade de árvore limítrofe
- c) Prejuízos ao exercício da passagem forçada
- d) Nas contendas alusivas ao regime de águas legalmente estabelecido
- e) Nos danos causados a vizinhos na demarcação de propriedade
- f) No ato do proprietário que realiza obras no seu imóvel desrespeitando o direito dos vizinhos e as normas reguladoras (2007)

Em razão dessas situações apontadas pela referida doutrinadora, serão abordadas cada uma delas.

a) DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

Como visto, o proprietário não possui um poder absoluto, sendo necessário estabelecer limites no exercício do seu direito, a fim de que não desrespeite os interesses dos seus vizinhos. A não observância desses limites e não atendida as funções sociais da propriedade, configura o chamado uso anormal da propriedade, previsto nos arts. 1277 a 1281 do CC/02. Nada mais é as ofensas a segurança, sossego e saúde dos vizinhos. Vejamos o art. 1277 do CC/02:

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Neste ponto, observa-se o seguinte entendimento adotado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMOLIÇÃO DE MURO ERIGIDO EM TERRENO ENCRAVADO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. ISOLAMENTO DO IMÓVEL TRASEIRO. OFENSA À DIREITO INERENTE À DINÂMICA DAS RESIDÊNCIAS. ART. 1.277, DO CC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.Há muito tempo o direito de propriedade deixou de ostentar a absoluta predominância de outrora, admitindo, atualmente, certas limitações decorrentes da incontornável atenção devida ao atendimento de suas funções sociais. Tais restrições se incorporaram de tal modo ao próprio conceito de propriedade que não compõe o grupo dos direitos reais em coisa alheia, mas sim o dos direitos de vizinhança. 2.O artigo

1.277 do Código Civil autoriza o proprietário ou o possuidor de um imóvel a fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha. 3.O muro construído, consoante as evidências reunidas no caderno virtual, obstruiu o acesso às vias públicas da residência localizada na parte de trás do imóvel, traduzindo aparente ofensa ao direito de trânsito da Recorrente. 4.Em sintonia com o parecer ministerial, conheço e dou provimento ao presente recurso.

(TJ-AM - AI: 40005479620148040000 AM 4000547-96.2014.8.04.0000, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 11/12/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 15/12/2014)

O referido julgado nos mostra que o direito de propriedade não apresenta um caráter absoluto, sendo necessário à sua limitação para o convívio pacífico em sociedade. Além do mais, como se observa, o proprietário possui o direito de cessar tais interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde.

O artigo 1277 do CC/02, conforme expresso anteriormente, emprega a expressão *interferências*. Tal expressão substitui a linguagem utilizada pelo Código Civil de 1916, qual seja a expressão “mau uso”. Neste sentido, podem-se dividir as interferências em ilegais, abusivas ou lesivas. O primeiro trata-se de um ato configurado como ilícito que obriga a existência do dano, nos termos do art.186 do Código Civil de 2002. O segundo são os atos que causam um incômodo ao vizinho, mas que se mantém nos limites de sua propriedade. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2017, pág.300) conceitua como

Abusivos são os atos que, embora o causador do incômodo se mantenha nos limites de sua propriedade, mesmo assim vem a prejudicar o vizinho, muitas vezes sob a forma de barulho excessivo. Consideram-se abusivos não só os atos praticados com o propósito deliberado de prejudicar o vizinho, senão também aqueles em que o titular exerce o seu direito de modo irregular, em desacordo com a sua finalidade social.

Por último, as interferências lesivas são os atos que causam danos ao vizinho, mesmo que não há o uso anormal da propriedade e a atividade seja autorizada por alvará expedido pelo Poder Público. É exemplificada pelo doutrinador anteriormente citado como, “[...] por exemplo, uma indústria cuja fuligem esteja prejudicando ou poluindo o ambiente, embora normal a atividade.” (2017, pág.300).

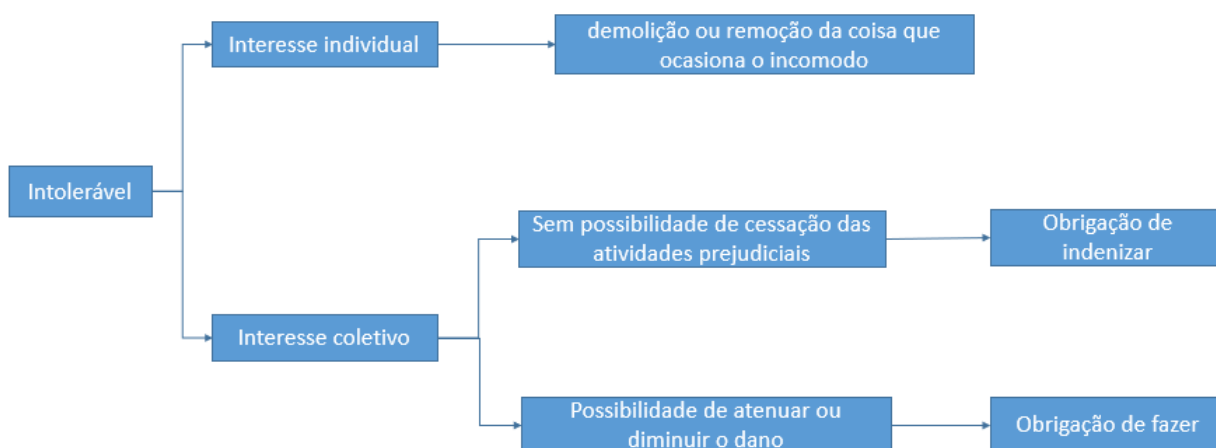
Nesse sentido, segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, para que se possa identificar a normalidade do exercício de um direito, é preciso considerar três elementos estabelecidos pelo parágrafo único do artigo 1277 do CC/02, sendo: grau de tolerabilidade, localização do prédio e a natureza da utilização ou do incômodo.

O primeiro é denominado grau de tolerabilidade. Nesse ponto, o juiz averiguará se o incômodo alegado pelo lesado é tolerável. Caso seja intolerável, ainda será observado se os interesses do lesado são apenas individuais ou se coincide com o interesse social. No primeiro caso, o magistrado poderá ordenar a demolição ou remoção da coisa que ocasiona o incômodo.

Já no segundo, caso não seja possível a cessação da atividade prejudicial, será obrigado à tolerância dessa inconveniência, havendo a obrigação de indenização por parte do agente causador. Na hipótese de haver a possibilidade de diminuição ou atenuação do dano mediante a realização de obras, o magistrado deve ordená-las.

Sendo assim, organizado às três possibilidades quanto ao grau de tolerabilidade apresentados pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, pág.584), temos:

Figura 3 – Divisão do incômodo intolerável



Fonte: Própria da autora a partir do *Microsoft Power Point* (2019)

O segundo elemento é a localização do prédio. Nesse ponto, reflete-se a ambiência em que ocorrem as relações de vizinhança. Para facilitar o entendimento, o doutrinador Flávio Tartuce (2017, pág. 680) exemplifica como “[...] uma área em uma localidade praiana destinada a bares noturnos conforme normas regulamentares do próprio Município) deve existir uma tolerância maior ao barulho. O raciocínio não é o mesmo se a casa noturna ou o bar se localizar em uma região essencialmente residencial.”.

É o mesmo entendimento da doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, pág. 584), pois segundo ela “[...] não se pode ter o mesmo critério para apreciar a normalidade

do uso do domínio, numa zona residencial ou industrial, numa cidade de veraneio ou de interior etc.”.

Por fim, deve ser levada em consideração a natureza da utilização ou do incômodo, ou como o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2017, pág.301) denomina como anterioridade da posse. Tal doutrinador aduz da seguinte forma:

[...] em princípio, não teria razão para reclamar quem construísse nas proximidades de estabelecimentos barulhentos ou perigosos. É o que sustenta a teoria da pré-ocupação. Por ela, aquele que primeiramente se instala em determinado local acaba, de certo modo, estabelecendo a sua destinação. Tal teoria não pode, entretanto, ser aceita em todos os casos e sem reservas. Se o barulho é demasiado ou se a lei proíbe o incômodo, o proprietário não pode valer-se da anterioridade de seu estabelecimento para continuar molestando o próximo.

Sobre tal teoria da pré-ocupação, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, pág. 584) expressa que,

Não se pode aceitar, integral e absolutamente, a teoria da pré-ocupação, pois que a anterioridade da ocupação não tem o condão de paralisar toda propriedade nova, sujeitando o que chega posteriormente a se conformar com tudo, hipótese em que se teria uma servidão e não restrição aos *jura vicinitatis*. Contudo, a pré-ocupação exerce poderosa influência sobre a tolerância que se deve ter em relação a um uso preexistente.

Noutro ponto, caso as interferências prejudiciais, conforme dispõe o art. 1278 do Código Civil de 2002, forem justificadas por interesse público, não haverá a possibilidade de o proprietário lesado finda-las. Situação em que o proprietário lesante ficará obrigado a efetuar o pagamento ao vizinho de uma indenização cabal. Além do mais, casos em que a decisão judicial determine a tolerância de tais interferências, o vizinho poderá exigir, se possível, a sua redução ou eliminação com base no art. 1279 do referido diploma legal.

Portanto, a inobservância dos limites estabelecidos pela legislação vigente, quanto ao exercício da propriedade junto com o *animus* de lesar o vizinho, configura indubitavelmente o abuso de direito.

b) DAS ÁRVORES LIMÍTROFES

Outra situação que se observa o abuso de direito nas relações de vizinhança é o que ocorre ao tratar sobre árvore limítrofe. Segundo a doutrina, as mesmas medidas judiciais cabíveis ao uso anormal da propriedade, serão aplicadas no que tange as árvores limítrofes. Assim sendo, observam-se três situações que podem vir a ocorrer,

como uma árvore que se encontra no meio de duas propriedades, ou quando suas raízes e ramos ultrapassam os limites do terreno, ou dos frutos que caírem naturalmente desta.

Observe a seguinte decisão da 1ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RECURSO INOMINADO. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JEC AFASTADA. ÁRVORE EM TERRENO LIMITROFE. ÁRVORE DE GRANDE PORTE (LOURO-PARDO) NA LINHA DIVISÓRIA ENTRE OS IMÓVEIS. ACÚMULO DE FOLHAS, FLORES E PARTES DA ÁRVORE NO IMÓVEL DO AUTOR OCASIONANDO O ENTUPIMENTO CONTÍNUO DE CALHAS, ACARRETANDO INFILTRAÇÃO NO IMÓVEL. NECESSIDADE DE RESTAURAÇÃO DO REBOCO, PINTURA E REDE ELÉTRICA. MANUTENÇÃO DAS CALHAS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS NOS AUTOS. RESPONSABILIDADE CIVIL DA RÉ PELOS DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005607825, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 22/03/2016)

Neste sentido, o art. 1282 do CC/02 dispõe que “A árvore, cujo tronco estiver na linha divisória, presume-se pertencer em comum aos donos dos prédios confinantes.”. Sendo assim, uma árvore que fica na divisa de duas propriedades, ambos os proprietários poderão usufruir desta e da mesma forma, serão responsáveis por eventuais danos decorrentes desta. Assim, se esta for cortada ou arrancada, deverá ser repartida entre ambos. É o entendimento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 305):

Sendo comum a árvore, os frutos e o tronco pertencem a ambos os proprietários. Do mesmo modo, se for cortada ou arrancada deve ser repartida entre os donos. Não pode um deles arrancá-la sem o consentimento do outro. Se a sua presença estiver causando prejuízo e não obtiver o consentimento do vizinho, deverá recorrer ao Judiciário.

Assim, em razão da árvore ser de propriedade comum, qualquer ação praticada sem o comum acordo entre ambos os proprietários, como, por exemplo, arrancá-la ou venha a podar, configura como abuso de direito.

A segunda situação é o que ocorre com os ramos e as raízes que ultrapassam os limites da propriedade. Nesta situação, é o caso previsto pelo art. 1287 do CC/02, determinando que “As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.”. Todavia, por mais que o referido artigo autorize tal exercício, não é um

direito absoluto, sendo necessário que o proprietário do terreno invadido proceda de forma cautelosa para que não se configure o abuso de direito, haja vista que, segundo o doutrinador Flávio Tartuce (2017, pág. 681), “esse direito não pode comprometer a vida da árvore limítrofe, diante da função socioambiental da propriedade.[...]”.

Por último, a terceira situação ocorre quanto aos frutos que caem naturalmente de uma árvore. Tal situação é definida pelo art. 1284 do CC/02 que define que “Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular.”. Assim, os frutos pertencem ao dono do solo onde tombarem tais frutos, mesmo que a árvore se encontre na propriedade vizinha. Contudo, caso o fruto tombe em uma propriedade pública, não haverá o que discutir, pois, o dono dos frutos que dessa vierem a cair continuará sendo o proprietário da árvore, cometendo furto quem deles se apossar. Vale destacar a expressão *naturalmente*, pois se entende que o vizinho não possui o direito de balançar a árvore a fim de provocar a queda dos frutos, muito menos o direito de colher os pendentes, mesmo que o galho ultrapasse os limites de seu terreno.

Portanto, conforme observado, o abuso de direito se encontra presente nos atos ofensivos ao direito de propriedade de árvore limítrofe, razão pela qual cabe responsabilização civil em qualquer ato que não observe os limites e determinações impostas pelos arts. 1282 a 1284 do Código Civil de 2002.

c) DA PASSAGEM FORÇADA E DA PASSAGEM DE CABOS E TUBOS

Nessa situação, podemos observar as duas circunstâncias. A primeira ocorre quando um imóvel se encontra encravado, o que o impede de ser explorado economicamente e de ser aproveitado, haja vista a ausência de acesso à via pública. O art. 1285, *caput*, do Código Civil de 2002 dispõe que “O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”.

Neste sentido, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 306) aduz que,

O direito de exigir do vizinho que lhe deixe passagem só existe quando o encravamento é natural e absoluto. Não pode ser provocado pelo proprietário. Não pode este vender a parte do terreno que lhe dava acesso à via pública e, depois, pretender que outro vizinho lhe dê passagem. Nesse caso, e

porque nenhum imóvel deve permanecer encravado, poderá voltar-se somente contra o adquirente do terreno em que existia a passagem. Da mesma forma, o adquirente da parte que ficou encravada pelo desmembramento voluntário só pode exigir passagem do alienante. [...]

Assim, caso comprove que o imóvel se encontra encravado, a legislação autoriza o constrangimento do vizinho a fim de que lhe dê passagem, mediante o pagamento de indenização cabal. É o entendimento adotado pela 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. PASSAGEM FORÇADA. Nos termos do caput e do §1º art. 1.285 do CC, o dono de prédio encravado pode constranger o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem. Na hipótese dos autos, restou incontroverso que o imóvel dos autores está encravado. Ademais, o fato de um dos autores ter sido o antigo proprietário do imóvel do réu, demonstrando a utilização de passagem por esta área ao terreno encravado, é indicativo relevante de se tratar de passagem mais natural e fácil ao bem encravado. Assim, recaía ao réu o ônus de demonstrar a existência de outra passagem que atendesse a tais condições, o que não atendeu a contento. As provas produzidas corroboram a pretensão dos autores, impondo-se a manutenção da sentença de procedência do pedido. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70064350093, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 26/11/2015)

Neste ponto, o doutrinador Pablo Stolze (2017) afirma que “esta noção de ‘encravamento’, em nosso sentir, deve ser compreendida com cautela e equilíbrio, na perspectiva do princípio da função social.” pois, o Enunciado n. 88 do CJF/STJ, na I Jornada de Direito Civil estabelece que “O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica.”. Assim, do referido dispositivo, extrai-se a informação de que, para ocorrer à passagem forçada, devem ser apresentados alguns elementos, sendo estes o imóvel se encontrar em total encravamento, que haja um prédio limítrofe que possa ceder à passagem naturalmente e uma ação judicial, na qual haverá a fixação da indenização ao proprietário lesado.

Outro ponto que deve ser observado é que, por mais que a passagem forçada se assemelhe a servidão, em especial a servidão de passagem, não se confunde os dois institutos. Neste sentido, o doutrinador Flávio Tartuce (2017, pág. 683) diz que,

Não se pode confundir a passagem forçada com as servidões, em especial com a servidão de passagem. Isso porque a primeira é instituto de direito de vizinhança, enquanto que as segundas constituem um direito real de gozo ou fruição. Além dessa diferença, a passagem forçada é obrigatória, diante da função social da propriedade; as servidões são facultativas. Na passagem forçada há necessariamente o pagamento de uma indenização ao imóvel

serviente, enquanto que nas servidões a indenização somente será paga se houver acordo entre os proprietários dos imóveis envolvidos. Na passagem forçada, o imóvel não tem outra opção que não seja a passagem; o que não ocorre nas servidões. Por fim, quanto ao aspecto processual, de um lado há a *ação de passagem forçada*; do outro, a *ação confessória*, fundada em servidões.

A mesma situação lembra o que ocorre na segunda circunstância, ou seja, quanto à passagem de cabos e tubulações, pois, o art. 1286 do CC/02 dispõe que,

Mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

Ainda, o art. 1.287 do Código Civil acrescenta “Se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança”. Nesse mesmo sentido, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 308) expõe,

Sempre serão necessárias “as cautelas devidas, principalmente no que toca a segurança, que será sempre de responsabilidade do poder público ou das concessionárias que exploram o serviço considerado perigoso, embora essencial, principalmente se levarmos em consideração que a prestação deste serviço é remunerada”. A obra de segurança antecede à instalação dos cabos e tubulações.

Assim, observada a função social da propriedade e a necessidade de passagem, o proprietário possui a obrigação de tolerar, mediante o recebimento da indenização, sendo observada a desvalorização da área remanescente em favor do proprietário vizinho.

d) DO ESCOAMENTO DE ÁGUA

Dispõe o seguinte dispositivo do Código Civil de 2002:

Art. 1.288. O dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embarcem o seu fluxo; porém a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.

O referido dispositivo regulamenta outra situação que ocorre nas relações de vizinhança, qual seja ao regime de águas de nascentes e fluviais. Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, pág. 587),

O proprietário de uma nascente pode utilizar-se dela para atender suas necessidades, mas não poderá desviar o curso das sobras, que serão desfrutadas pelo dono do prédio inferior ou pelo povo, desde que se trate de fonte não captada, pois, se esta for captada, o proprietário do prédio inferior não lhe tem direito algum (Código de Águas, arts. 90 e 94).

Neste sentido, caso o proprietário realize obras que venham prejudicar o escoamento de água, caberá ação de obrigação de fazer por parte do proprietário vizinho, a fim de que sejam cumpridas as determinações impostas pela legislação vigente. Além do mais, segundo o doutrinador Cristiano Vieira Sobral Pinto (2016, pág.403),

Se o proprietário do prédio superior trazer águas de outras fontes, ou extraí-las do subsolo, levando à piora das condições do prédio vizinho, deverá indenizá-lo, deduzindo-se da indenização o montante do benefício, se existir, sob pena de enriquecimento sem justa causa. Essa é a regra do art. 1.289 da Lei Civilista.

É o mesmo entendimento adotado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITO DE VIZINHANÇA. ART. 1.286, DO CC/02. A VIZINHANÇA É FONTE PERMANENTE DE CONFLITOS, DE SORTE QUE BUSCOU O LEGISLADOR CIVIL ESTABELECEER NORMAS DE CONVIVÊNCIA COM O FIM DE RESGUARDAR A HARMONIA ENTRE VIZINHOS, PERMITINDO QUE O USO DA PROPRIEDADE ALCANCE SUA FUNÇÃO SOCIAL E AO MESMO TEMPO PRESERVE OS INTERESSES DA VIDA EM COMUNIDADE. NO CASO, EXISTE PASSAGEM SUBTERRÂNEA DE ÁGUAS PLUVIAIS E DE ESGOTO NO TERRENO DA AUTORA, VINDA DE OUTROS LOTES, QUE JÁ O COMPROU ASSIM. NÃO RESTOU COMPROVADO QUE A OBRA DE ACRÉSCIMO FEITA PELOS RÉUS TENHA CAUSADO OS DANOS ELENCADOS NA INICIAL, ENTRETANTO, RESTOU INCONTROVERSO NOS AUTOS QUE ATUALMENTE É POSSÍVEL AOS RÉUS REALIZAREM OBRA PARA REMETER SEU ESGOTO PARA A REDE PÚBLICA ATUALMENTE DISPONÍVEL, DE FORMA NÃO MUITO ONEROSA, CONSIDERANDO SE TRATAR DE CONDOMÍNIO DE CASAS LUXUOSAS EM CONHECIDA REGIÃO OCEÂNICA DE NITERÓI. MEDIDA QUE VAI DIMINUIR A QUANTIDADE DE ÁGUAS POLUÍDAS QUE PASSAM PELO TERRENO DA AUTORA, MINIMIZANDO O IMPACTO EM PERÍODOS DE CHUVAS, ALÉM DA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. SENTENÇA QUE MERECE PARCIAL REFORMA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00012509220128190212 RIO DE JANEIRO OCEANICA REGIONAL NITEROI 2 VARA CIVEL, Relator: LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO, Data de Julgamento: 07/02/2017, NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/02/2017)

Outro ponto a ser abordado, é no que tange ao escoamento de águas artificiais. Nesta situação, o proprietário vizinho não será obrigado a suportar as interferências causadas pelo escoamento de água, o que lhe dá o direito de exigir que seja desviado o fluxo da água ou optar pela indenização dos danos que venham ocorrer, conforme

o texto do art. 1289 do Código Civil de 2002 dispondo que “Quando as águas, artificialmente levadas ao prédio superior, ou aí colhidas, correrem dele para o inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer.”.

Quanto às águas pluviais, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, pág. 587) aborda em consonância com o art. 1290 do CC/02,

As águas pluviais pertencem ao dono do prédio onde caírem, podendo este dispor delas livremente, porém não lhe será permitido desperdiçar essas águas em prejuízo dos outros prédios que delas se utilizam, sob pena de indenização aos respectivos donos, nem desviá-las de seu curso natural, dando-lhes outro, sem que haja expressa anuência dos proprietários dos prédios que as irão receber (Código de Águas, art. 103 e parágrafo único), sob pena de pagar perdas e danos e de desfazer essas obras erguidas para o desvio das águas.

Vale dizer que, o referido dispositivo, veda o abuso do direito de propriedade, tendo em vista que, nas palavras do doutrinador Pablo Stolze (2017) “[...] não se afiguraria justo que o proprietário, satisfeitas as suas necessidades de consumo, atuasse para obstar o compartilhamento de tão precioso bem que a Natureza nos proporciona.”.

Noutro ponto, quando houve a comunhão de água, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2007, pág. 588) entende que os donos de prédios ou atravessados pela corrente poderão utilizar livremente das águas, desde que dessa utilização não venha ocorrer alguma espécie de dano, nem que capte toda a água ou que venha desviar o seu curso, privando o dono do prédio confinante. Neste sentido, caso o proprietário venha alterar o álveo, sem manter o ponto de saída para o prédio inferior, ou venha captar as águas prejudicando o vizinho, haverá a configuração da responsabilidade civil decorrente do abuso de direito.

e) DOS LIMITES ENTRE PRÉDIOS

Outra situação muito comum nas relações de vizinhança que causa conflitos entre dois ou mais proprietários é quando ocorre a demarcação da propriedade. Certamente, além de se tratar como um direito de tapagem, é muito comum o ato de cercar o imóvel, sendo ele urbano ou rural, a fim de limitar a área da propriedade e de protegê-la. Neste sentido, o art.1.297 define:

O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas.

Todavia, é muito comum que essa demarcação acaba ultrapassando os limites da real área da propriedade. Em razão disso, cabe a ação de demarcação, que possui fundamento no art. 569, I do CPC/2015, que define “[...] a ação de demarcação ao proprietário para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados [...]”.

Assim, o doutrinador Cristiano Vieira Sobral Pinto (2016, pág. 405) afirma:

Sendo confusos os limites, em falta de outro meio, determinar-se-ão de conformidade com a posse justa; e, não se achando ela provada, o terreno contestado se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, adjudicar-se-á a um deles, mediante indenização ao outro.

E é o mesmo entendimento do doutrinador Flávio Tartuce (2017, pág. 688 e 689),

Ato contínuo, consagra a norma o direito do proprietário de constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas. Em suma, o artigo reconhece, em sua segunda parte, a possibilidade da ação demarcatória, assegurada ao proprietário, nos termos do art. 946, I, do CPC/1973 e repetido pelo art. 569, I, do CPC/2015: “para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados”

E ele aparece mais uma vez na 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMARCATÓRIA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. LINHA DE FUNDOS LIMÍTROFE ENTRE DOIS LOTES. CONSTRUÇÃO DE MURO DIVISÓRIO PELOS RÉUS. SUSTENTADA A OCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO LIMITE DOS IMÓVEIS. INSUBSISTÊNCIA. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA NO SENTIDO DE QUE NÃO HOUVE INVASÃO DE DIVISAS. DESALINHAMENTO ENTRE A LIMITAÇÃO DOS TERRENOS EM QUESTÃO E OS DEMAIS DA MESMA QUADRA. IRRELEVÂNCIA. QUESTÃO, POR SI SÓ, INAPTA A ENSEJAR A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO NA ORIGEM. DESCABIMENTO DE MAJORAÇÃO PELO TRABALHO ADICIONAL NESTA INSTÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A ação demarcatória, a teor do art. 569, I do atual CPC, tem por finalidade primordial fazer cessar a confusão dos limites entre as propriedades confinantes, seja fixando novos limites, seja aviventando-se os já apagados pelo decurso do tempo. 2. De suma importância para o deslinde destes feitos é a prova pericial. Se a perícia

judicial conclui que não há invasão dos limites entre dois imóveis limítrofes, o pleito de redefinição formulado na exordial não encontra ressonância, a ponto de ser acolhido. (TJSC, Apelação Cível n. 0000730-94.2013.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 26-06-2018).

Portanto, é direito do proprietário demarcar os limites da sua propriedade, desde que não ultrapassem tais limites, sob pena de ser configurado o abuso de direito e consequentemente o dever de indenizar.

f) DIREITO DE CONSTRUIR

Por fim e não menos importante, é o direito do proprietário de construir obras nos limites da sua propriedade. Como visto até aqui, o exercício do direito de propriedade não é de caráter absoluto, visto que se submete ao princípio da função social da propriedade e de outras determinações legais.

Neste sentido, o art. 1299 do CC/02 dispõe que “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.”. Sendo assim, a fim de que seja preservada a harmonia social, o proprietário poderá construir qualquer obra em sua propriedade, desde que observe os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

É o que podemos observar no entendimento adotado pela 25ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO. Ação de nunciação de obra nova. Construção irregular. Invasão de área comum. Preliminares de ilegitimidade passiva e de nulidade do julgado, bem como prejudiciais de decadência e de prescrição, que se rejeitam. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (CC/16, art. 572; art. 1.299 do CC/02). Demanda que constitui instrumento de proteção de áreas comuns de edifício em condomínio horizontal, para coibir abusos no exercício do direito de construir, tutelando relações jurídicas de vizinhança, quando a obra prejudique unidades vizinhas, suas servidões ou fins a que destinadas (CPC/73, art. 934). Aplicação da Lei nº 4.591/1964 (art. 10). Conjunto probatório, notadamente laudo pericial, demonstrativo de que “a obra realizada ultrapassou os limites da área da dependência e ocupou a área comum do prédio, com considerável aumento de área construída”. Escorreita a sentença que ordena o desfazimento da obra. Recurso a que se nega provimento.

(TJ-RJ - APL: 02111284020148190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 25 VARA CIVEL, Relator: Des(a). JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, Data de Julgamento: 05/12/2018, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Como se observa no julgado acima, em situações que o proprietário venha erguer qualquer tipo de construção, sem observância aos direitos dos vizinhos e dos

regulamentos administrativos, e dessa construção decorrer um dano, será este responsável pelo fato, sendo obrigatória a reparação do prejuízo.

Por fim, o direito de propriedade não é um direito absoluto, pois é limitado pelo ordenamento jurídico pátrio. Assim, ultrapassar tais limites, ou seja, o exercício irregular ou em excesso desse direito, caracteriza o abuso de direito de propriedade. Caso venha causar algum dano a outrem, há configuração do instituto da responsabilidade civil, o que obriga ao agente causador a reparar os danos resultantes da prática do abuso de direito.

4.CONCLUSÃO

No âmbito do Direito Civil, há presença do instituto da Responsabilidade Civil, que se configura nos casos onde o descumprimento de cláusulas previstas em um contrato, ou quando o exercício irregular ou em excesso de um direito venha causar algum dano a outrem.

A doutrina aborda que sua origem, se divide em duas: Contratual e Extracontratual. Enquanto a primeira é destacada pelos casos onde há presença de violação de alguma norma de natureza negocial, a segunda aconteceria em casos onde a prática de algum ato ilícito resulte em uma espécie de dano a outra pessoa. Em decorrência disso e por força do Art. 927 previsto no Código Civil de 2002, cabe ser reparado o dano causado a outrem.

Como visto, o Código Civil de 1916, amparava a responsabilidade civil apenas no ato ilícito, sendo denominada como responsabilidade subjetiva, se configurando a partir da conduta humana adotada decorrente da sua negligência, imprudência ou imperícia. Com a promulgação da Lei 10.406/2002 que instituiu o Código Civil de 2002, a responsabilidade civil passou não apenas a decorrer do ato ilícito, mas também do abuso de direito. Assim, o abuso de direito passou a ser equiparado a um exato ato ilícito, propondo uma nova modalidade de ilícito. Todavia, apesar de tal definição, a doutrina ainda diverge quanto à natureza jurídica de tal instituto.

O instituto, previsto no Art.187 do CC/02, passou a adotar não apenas a Teoria Subjetiva, como também a Teoria Objetiva. Diferente da primeira, a segunda dispensa o elemento da culpa ou de uma finalidade, sendo o abuso do direito o exercício de forma irregular ou em excesso de um direito, tendo como principal consequência à responsabilização civil.

É muito comum a abordagem de tal instituto no âmbito do direito de propriedade, mesmo que seja pacífico na doutrina, há muitas discussões quanto a sua aplicabilidade ou sua configuração. Todavia, é de suma importância que o operador do direito explore e analise cada particularidade de tal instituto, para que assim seja praticado o que a lei determina.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988;

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002;

BRASIL. Lei n. 3.071, 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1 jan. 1916;

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

FARIAS, C. C., NETTO, F. P. B., ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed.- Salvador: JusPodivm, 2017;

FEDERAL, C. J. **Enunciado n. 88**. Jornada de Direito Civil. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/716>;

FILHO, C. E. R. M. O Direito de Vizinhança no Novo Código Civil, 13., 2000, São Paulo. **Anais**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, jul./2002 – abr./2003. Edição especial, parte 2, p. 158-167;

GAGLIANO, P. S., FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2017;

GOMES, O. **Direitos Reais**. 21 ed. Atualizado por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

GOMES, O. **Introdução ao estudo do direito civil**. 10ª. Rio de Janeiro: Forense, 1993;

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

NADER, P. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

PINTO, C. V. S. **Direito Civil Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. **Código Civil português**. Ministério da Justiça, 25 de novembro de 1966;

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**, volume único. São Paulo: Método, 2017;

TARTUCE, F. **Direito Civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AMAZONAS. Segunda câmara cível. Demolição de Muro erigido em terreno encravado. Direito de vizinhança. **Agravo de Instrumento nº 4000547-96.2014.8.04.0000**. Recorrente: Catarina Salgado Gomes. Recorrido: Cleide Salgado Gomes. Relator: DES. Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura. Amazonas, 11 de dezembro de 2014;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RIO DE JANEIRO. Segunda câmara cível. Condomínio. Propriedade. Coisas. Direito Civil. **Apelação cível nº 0211128-40.2014.8.19.0001**. Apelante: Espólio de Wanderlei Vilas Boas. Apelada: Condomínio do Edifício Manuel Leitão e outro. Relator: DES. Jesse Torres Pereira Junior. Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 2018. Data da publicação: 07/12/2018, diário 3153560, pág.192/229;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RIO DE JANEIRO. Nona câmara cível. Indenização Por Dano Moral. Indenização por Dano Moral. Responsabilidade Civil. Direito Civil. Direitos. Deveres do Condômino. Condomínio em Edifício. Propriedade. Coisas. Antecipação de Tutela. Processo e Procedimento. Direito Processual Civil e do Trabalho. **Apelação cível nº 0001250-92.2012.8.19.0212**. Apelante: Denise Maria Monteiro. Apelados: Carlos Quintiere Costa e Marli Neves Quintiere Costa. Relator: DES. Luiz Felipe Francisco. Rio de Janeiro, 07 de fevereiro de 2017. Data da publicação: 10/02/2017, diário 2633093, pág. 408/415;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RIO GRANDE DO SUL. Décima Nona câmara cível. Direito de vizinhança. Passagem forçada. **Apelação cível nº 70064350093**. Apelante: Everton Dobner de Andrade. Apelados: Enor Eno Ketzer e Rudi Elias Ketzer. Relator: DES. Marco Antonio Angelo. Rio Grande do Sul, 26 de novembro de 2015. Data da publicação: 01/12/2015;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RIO GRANDE DO SUL. Primeira turma recursal cível. Direito de vizinhança. Indenização por Dano Material. **Recurso cível nº 71005607825**. Recorrente: Condomínio Solar do Ipe Branco. Recorrido: Odiney

Longoni Soares. Relator: DES. Roberto Carvalho Fraga. Rio Grande do Sul, 22 de março de 2016. Data da publicação: 23/03/2016;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SANTA CATARINA. Terceira câmara cível. Divisão e demarcação de propriedade. **Apelação Cível n. 0000730-94.2013.8.24.0039.** Apelante: Evandro Boeira Machado e outro. Apelado: Adilson Damasceno Figueiredo e outro. Relator: DES. Marcus Tulio Sartorato. Santa Catarina, 26 de junho de 2018. Data da publicação: 02/07/2018, diário eletrônico 2852;

STF. **ADI 2.213-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23/04/2004.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7 ed. São Paula: Editora Revista dos Tribunais, 2007.