

MARCOS EHRHARDT JR.
Coordenador

Luiz Edson Fachin
Prefácio

OS 10 ANOS DO CÓDIGO CIVIL EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS



FRANCESCONI & LEMOS
ADVOCADOS ASSOCIADOS

Belo Horizonte



2012

© 2012 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Gabriela Sbeghen

Bibliotecárias: Izabel Antonina A. Miranda – CRB 2904 – 6ª Região
Luciana Gonçalves – CRB 2863 – 6ª Região
Capa e projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Karine Rocha

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

A613 Os 10 anos do Código Civil : evolução e perspectivas / Coordenador Marcos Ehrhardt Jr. ; prefácio Luiz Edson Fachin. – Belo Horizonte : Fórum, 2012.

538 p.
ISBN 978-85-7700-616-8

1. Direito civil. 2. Direito patrimonial (contratos e propriedade). I. Ehrhardt Jr., Marcos. II. Fachin, Luiz Edson.

CDD: 341.02
CDU: 342.72

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 538 p. ISBN 978-85-7700-616-8.

A FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DO DIREITO DE VIZINHANÇA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

PAULA MOURA F. DE LEMOS PEREIRA

1 Introdução

O Código Civil de 2002, ao longo desses dez anos, contribuiu muito para a releitura de algumas categorias jurídicas que estão diretamente atreladas às bases das relações jurídicas — propriedade, família, contrato.

No Direito de Vizinhaça, tema que será abordado, algumas alterações com a nova codificação foram importantes para dar maior ênfase aos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana que o orienta. E isso tanto na parte geral, com o uso de critérios axiológicos, conceitos jurídicos indeterminados, haja vista os arts. 1.278 e 1.279 do Código Civil, como na parte especial (arts. 1.258, 1.259, 1.301, §1º, todos do CC).

O Direito de Vizinhaça visa à convivência entre os vizinhos a fim de conciliar os interesses que porventura se choquem, e o faz por meio de restrições, limitações de ordem pública e privada, que incidem sobre a propriedade imóvel. Esse Direito interferirá diretamente na dinâmica do exercício do Direito de Propriedade e deve ser estudado tendo por base não só os aspectos patrimoniais típicos do Direito de Propriedade, mas, especialmente, sua função social e os aspectos existenciais atinentes

à pessoa humana, ao sujeito de direito, que está por trás da relação jurídica estabelecida, e seus direitos fundamentais.

A existência do *iura vicinitatis* é essencial para a própria manutenção da propriedade. Por isso, o que se pretende fazer aqui é uma breve análise de seus institutos sob uma ótica funcionalizada e verificar a contribuição jurisprudencial na tutela dos interesses que envolvem os conflitos de vizinhança. Isso porque são constantes as mudanças ocorridas na seara da vizinhança, haja vista todo o processo de urbanização, os crescimentos dos condomínios,¹ loteamentos, entre outros acontecimentos, que conferem ao Direito de Vizinhança novos contornos.

É preciso, portanto, uma hermenêutica compatível com a realidade social e econômica.

2 O Código Civil e a funcionalização do Direito de Vizinhança

Os institutos consagrados no Direito Civil encontram amparo na Constituição de 1988 e devem ser lidos à luz dos valores nela consagrados, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF); da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF); da solidariedade social (art. 3º, III, CF); do princípio da igualdade substancial (art. 5º, CF). A pessoa humana está no centro do ordenamento jurídico e mister se faz a proteção de seus direitos fundamentais, como os da igualdade, da liberdade, da integral reparação do dano, da inviolabilidade da vida privada, da imagem, entre outros.

O ser humano é um ser de relação, e a coexistência é essencial ao seu próprio desenvolvimento. No entanto, faz-se necessário algum grau de regulamentação dessas relações, sob pena de se viver em meio à desordem, em um ambiente dissociado de qualquer espécie de proteção. E, nesse aspecto, o Direito assume importante papel na disciplina das relações sociais, ressaltando os direitos e deveres daqueles que nelas se inserem de forma direta e indireta, como o que ocorre no Direito de Vizinhança.

O *iura vicinitatis* diz respeito tanto às relações entre particulares como ao interesse do Poder Público de regular e, por meio de seu poder de polícia, conciliar a atividade econômica com os bens jurídicos por ele tutelados.

¹ Além das restrições comuns de vizinhança previstas nos arts. 1.277 a 1.313 do Código Civil, há regras específicas que regulam os deveres dos condôminos, como as previstas no art. 1.336, II, III e IV, do referido diploma legal.

As normas de vizinhança podem ter origem na vontade das partes, emanarem do Código Civil, ou diretamente pelo Poder Público, as chamadas limitações administrativas, que ocorrem por meio de normas de ordem pública, cuja finalidade é ordenar as atividades individuais ligadas à construção ou edificação no sentido do bem social, por intermédio de decretos, regulamentos, provimentos e leis tais como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01). Além disso, são orientadas pelos princípios que alicerçam o ordenamento jurídico, como o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII; 170, III; 182, §2º; 186, todos da Constituição Federal; e art. 1.228, §1º, do CC), da solidariedade social, da equidade, da justiça social, da igualdade, da dignidade da pessoa humana.

Esse Direito reúne todas as restrições, limitações que incidem sobre a propriedade imóvel nos interesses particulares e se insere dentro do estudo do domínio, do poder de uso, tendo como finalidade a convivência entre os vizinhos, a organização da coexistência das propriedades imóveis vizinhas, mas não necessariamente em contiguidade. O objetivo é colocar a salvo e conciliar os interesses opostos por meio de normas de vizinhança, dividindo os ônus e os proveitos, compondo os conflitos de interesses. Isso porque é praticamente impossível que o exercício do Direito de Propriedade não repercuta, não afete terceiros, não produza efeitos adjacentes, nem que seja de forma direta, imediata, ou indireta, mediata.

O que se pretende com o presente texto é analisar as restrições de vizinhança de ordem privada e que abrangem, na sistemática do Código Civil, não apenas os prédios confinantes, mas também os mais afastados, desde que passíveis de serem afetados pelo uso nocivo da propriedade.

A leitura do Direito de Vizinhança não pode ser feita sob a ótica oitocentista, individualista, que vigorava no Código Civil de 1916, pela qual o proprietário podia amplamente dispor do seu bem, transformá-lo, edificá-lo ou modificá-lo da maneira que melhor lhe aprouvesse e de acordo com a utilização econômica que lhe pretendesse dar. Os objetivos das regras de vizinhança eram tão somente evitar prejuízos aos particulares ou ao interesse público e resolver os conflitos existentes entre duas ou mais pessoas.

Com as mudanças sociais e a consagração pela Constituição de 1988 da função social da propriedade, do *status* de Direito fundamental (art. 5º, XXIII), além de princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), com conteúdo definitivo em relação às propriedades urbana e rural (arts. 182, 183, 184 e 186), o Direito de Propriedade ganha uma

diversificação de acordo com seu conteúdo (propriedade pública, social, privada, agrícola, industrial, rural, urbana, de bens de consumo, de bens de produção, de uso pessoal, de capital). A propriedade não é mais vista de forma absoluta e o Direito de Vizinhança acompanhará essa nova perspectiva à luz de sua função social.

O Direito de Vizinhança, assim como os Direitos da Personalidade, os Direitos Contratuais, o Direito de Propriedade, o Direito de Família, não pode se afastar dos fatos sociais, das constantes mudanças econômicas e tecnológicas que ocorrem no seio da sociedade. É um Direito vivo que demandará do intérprete o cuidado de buscar sua máxima eficácia social, harmonizando-o com o sistema normativo civil-constitucional.

O sistema atual está inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa humana, extraindo do texto constitucional os valores que orientam o Direito de Propriedade.

Os conflitos de vizinhança vão-se alterando com as transformações da sociedade, e o papel do legislador é dar as ferramentas para que os operadores do Direito façam uma interpretação diante do fato concreto compatível com a realidade cultural da época e do lugar.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 trouxe uma grande contribuição, pois, calcado no princípio da operabilidade,² utilizou cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, princípios gerais que conferem maior concretude na aplicação dos institutos. No que diz respeito ao Direito de Vizinhança, apesar de manter a redação anterior de vários artigos, inovou na parte geral (arts. 1.277, 1.278, 1.279, 1.280 e 1.281) e em alguns direitos específicos (arts. 1.285, 1.286, 1.288, 1.291, 1.292, 1.293, 1.294, 1.295, 1.296, 1.297, §2º e 3º, 1.301, 1.302, 1.311 e 1.313), ampliando sua aplicação não só para os proprietários (titulares do domínio) dos imóveis, mas também para os possuidores (compromissário comprador, locatário, comodatário etc.), todos sujeitos às mesmas obrigações de proteção à segurança, ao sossego e à saúde dos vizinhos, sejam eles confinantes ou não. Essa maior abrangência veio corroborar o que já vinha sendo decidido pelos tribunais e conferir maior efetividade ao Direito Vicinal, pois muitos conflitos ocorrem entre possuidores, haja vista as diversas formas de ocupação da propriedade imóvel.

Entretanto, como bem acentuou Gustavo Tepedino,³ a estrutura da nova codificação, apesar de alguns avanços atinentes à função social

² REALE. *Visão geral do projeto de Código Civil*.

³ TEPEDINO. Os direitos reais no novo Código Civil. In: ANAIS dos seminários EMERJ debate o novo Código Civil, p. 168-176.

da propriedade, ainda manteve em alguns pontos a mesma estrutura assentada no conceito de posse e propriedade do século XX. Tal fato faz com que a tarefa hermenêutica continue e aumente a importância do papel criativo da jurisprudência para obter respostas coerentes aos atuais conflitos de vizinhança dentro do sistema jurídico, preocupado com a pessoa humana, com seus valores, fundamentos e com o bem-estar social, e não apenas com a tutela do patrimônio.

O Direito de Vizinhança, regulado pelo Direito Privado, está especialmente normatizado pelo Código Civil e se insere no Livro III referente ao Direito das Coisas,⁴ e dentro do Título III, que trata do Direito de Propriedade, gerando algumas controvérsias acerca da natureza jurídica deste instituto. Em razão das peculiaridades que o envolve, a doutrina diverge acerca do enquadramento jurídico do Direito de Vizinhança, a despeito da evolução quanto às classificações e mitigação da dicotomia entre Direito Real e Direito Obrigacional,⁵ havendo quem defenda tratar-se de Direito Real, de um Direito Obrigacional ou, até mesmo, de obrigação *propter rem*.⁶

A tendência atual do Direito é conferir caráter unitário às situações jurídicas, pois todas estão sujeitas ao princípio constitucional da solidariedade. No Direito de Vizinhança há os extremos do Direito Pessoal e do Direito Real: do primeiro, a prestação efetiva de um obrigado e a responsabilidade patrimonial ilimitada enquanto a coisa se acha em seu poder; do segundo, a aderência à coisa, que tanto pode pôr fim à obrigação pelo abandono do prédio, como pode acompanhar o imóvel como um acessório seu, ressurgindo nas mãos de cada novo adquirente — obrigação *propter rem*.

A relação de vizinhança, como bem esclarece San Tiago Dantas,⁷ é uma “relação de continuidade e dependência natural entre prédios de diferentes donos”, uma relação jurídica complexa, compostas por deveres jurídicos e direitos subjetivos.

Os deveres decorrentes das relações de vizinhança são divididos em positivos e negativos. Os primeiros consistem em prestações que

⁴ “Conjunto das normas que regulam as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do Direito e a coisa sobre a qual o Direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade. Ramo do Direito que regula as relações entre os indivíduos e os bens sobre os quais exerce o seu poder” (WALD. *Direito das coisas*, p. 15).

⁵ PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 901-902.

⁶ VENOSA. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*, p. 340.

⁷ DANTAS. *Conflito de vizinhança e sua composição*.

o proprietário deve fazer ao vizinho que dele a espera, como o dever de demolição previsto no art. 1.280 do CC, o de demarcação (art. 1.298 do CC) e o de partilhar despesas de tapagem (art. 1.297 do CC). Já os deveres negativos são os de abstenção, de não fazer, referentes tanto às privações que se impõem ao proprietário quanto aos atos compreendidos no seu poder de uso, como, por exemplo, o dever de não impedir o decurso da água para o prédio vizinho (art. 1.288 e 1.290 do CC); de não abrir janela, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho (art. 1.301 do CC); de não levantar edificações a menos de metro e meio do terreno vizinho em área rural (art. 1.304 do CC); de não levantar construções que violem o direito dos vizinhos e normas (art. 1.299 do CC); e os deveres de tolerância, de permitir que outros interfiram na sua esfera jurídica, realizando atos que ele estava em condições de repelir, como o dever de tolerar atividade exercida por vizinho (1.277, parágrafo único, 1.279, ambos do CC); de conceder passagem (art. 1.285 do CC); de permitir que passe cabos e tubulações (art. 1.286 do CC); de tolerar entrada de água; de tolerar que árvores de sua propriedade tenham seus galhos cortados (art. 1.283 do CC); de tolerar que o vizinho construa sua parede até meia espessura no terreno contíguo e utilizá-la (art. 1.305 e 1.306, ambos do CC); e de tolerar a entrada do vizinho para fazer reparos, apoderar-se de coisas suas (art. 1.313 do CC).

Os direitos vicinais interferem, portanto, diretamente na dinâmica do exercício do Direito de Propriedade, estando, portanto, atrelados à função social da propriedade que demanda a análise de seus aspectos.

O Direito de Propriedade confere ao seu titular, consoante o art. 1.228, CC/02, 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. Deste dispositivo Gustavo Tepedino⁸ bem ressalta os aspectos estruturais e funcionais da propriedade.

O aspecto estrutural do Direito de Propriedade é composto por um núcleo interno ou econômico do domínio (faculdades de usar, gozar e dispor, ou seja, dar à coisa a destinação econômica que lhe é própria, sem alterações substanciais, de perceber os frutos, os benefícios das coisas, seus benefícios e o poder de decisão acerca do seu destino); e um núcleo externo ou jurídico, que diz respeito à tutela jurídica da propriedade, a possibilidade de utilizar as vias judiciais para repelir a ingerência alheia, para reaver a coisa de quem quer que, injustamente, a possua, por meio de ações próprias, ações de tutela do domínio. E o

⁸ TEPEDINO et al. *Código Civil interpretado*.

aspecto funcional, considerando a função social como elemento interno e não restrição externamente imposta pelo Estado, elemento intrínseco à própria propriedade, capaz de promover os valores fundamentais do ordenamento.

A função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do Direito de Propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical, como, por exemplo, o de preservar o meio ambiente.

Os problemas decorrentes das relações de vizinhança e que acarretam prejuízos ao vizinho ou até mesmo restrição do pleno exercício do Direito de Propriedade, desvalorização do seu imóvel, remetem à aplicação do instituto da responsabilidade civil, do dever de indenizar, além de outras medidas judiciais utilizadas para garantir o uso da propriedade ou protegê-la de atos nocivos.

Na seara da responsabilidade civil,⁹ é preciso analisar se a conduta praticada pelo vizinho afronta as normas atinentes ao Direito de Vizinhança, se constitui ato anormal capaz de acarretar danos. Além do dever de indenizar há outros meios de proteger ou fazer cessar as condutas que violam as normas de vizinhança.

As medidas judiciais cabíveis para a tutela do Direito de Vizinhança variam de acordo com o que se pretende proteger. O vizinho prejudicado pode propor ação demolitória (arts. 1.280 e 1.312, ambos do Código Civil); ação de dano infecto (art. 1.280 e 1.281, ambos do Código Civil); ação de nunciação de obra nova, também denominada embargo de obra nova (arts. 934 a 940 do CPC, e art. 1.301 do Código Civil); ação indenizatória (art. 275, II, "c", do CPC); ações cominatórias (obrigação de fazer e não fazer) como as de construção e conservação de tapumes divisórios (art. 1.297, §1º do Código Civil, e art. 461 do CPC); de travejamento em parede divisória (art. 1.304 do Código Civil); ação de passagem forçada (arts. 1.285 e 1.286, ambos do Código Civil, arts. 920 a 931 e 932, todos do CPC); demarcatória e divisória (arts. 1.297, 1.298 e 1.320 do Código Civil; arts. 946 a 981 do CPC); medidas preventivas (art. 796 *et seq.* do CPC), entre outras.

Nesse contexto, surgem várias "teorias da vizinhança", que buscam estabelecer critérios para a resolução dos problemas decorrentes da responsabilidade civil pelos danos causados aos vizinhos, e definir

⁹ A responsabilidade civil decorrente da infringência de qualquer norma de edificação é objetiva, independe da análise de culpa, resulta do fato de violar Direito de Vizinhança, da lesividade e não da culpabilidade. *Vide* arts. 937 e 938, ambos do Código Civil.

quais condutas se caracterizam como infratoras, excessivas do uso da propriedade.

San Tiago Dantas¹⁰ em sua precursora obra a respeito dos conflitos de vizinhança e sua composição, datada de 1972, explicita as teorias existentes e a evolução do pensamento, partindo das principais teorias, da culpa, do ato emulativo,¹¹ para a teoria do uso normal¹² e da necessidade,¹³ concluindo por uma teoria mista, uma combinação entre os principais subsídios das teorias de Ihering e de Bonfante.

O Código Civil adotou a teoria do uso anormal da propriedade, fundada na equidade e na utilidade social, no interesse da sociedade, das regras de utilidade geral. Ele distingue o uso normal e anormal da propriedade pela situação *in concreto*, por meio de critérios legais e objetivos e outros subjetivos, como se verifica do disposto no parágrafo único do art. 1.277: "Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança".

¹⁰ DANTAS. *Conflito de vizinhança e sua composição*, 1972.

¹¹ A teoria da emulação se refere aos atos praticados com a intenção de prejudicar; é o uso da propriedade com ânimo de causar dano a outrem. Essa teoria está superada em razão de os conflitos dificilmente serem presididos pelo espírito emulativo, além de decorrerem de outros problemas. A teoria do abuso do direito é considerada evolução da teoria da emulação, pelo que se passou a utilizar o critério objetivista, segundo o qual a responsabilidade dos proprietários por excederem no exercício de sua propriedade, agir de forma irregular, antissocial, ou de violação da destinação econômica e social do seu direito, se insere fora dos quadros da culpa – art. 197 do Código Civil (CARPENA. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional, p. 367- 385).

¹² Para a teoria do uso normal (IHERING, 1862), o que importa para o Direito não é a imissão, mas a interferência sofrida por um prédio e causada pelo outro. Para aferir o uso normal da propriedade era necessário perquirir os aspectos ativo e passivo do uso da propriedade. O aspecto ativo verifica se a utilização da propriedade está dentro dos parâmetros já consagrados em determinada região, e o passivo a receptividade abstrata do homem médio, grau médio de tolerabilidade, naquela determinada época e localidade, no sentido de que esses *standards* são sempre relativos, flexíveis. De acordo com Ihering era preciso determinar um *standard* do uso normal da propriedade. Para defini-lo, era necessário investigar se a utilização da propriedade estava dentro dos parâmetros consagrados em determinada região (aspecto ativo) e a receptividade abstrata do homem médio, ou seja, o grau médio de tolerabilidade do homem normal (aspecto negativo).

¹³ A teoria da necessidade (Pietro Bonfante) surge em contraposição à teoria do uso normal, necessidade geral do ato e que legitima as interferências *in vicino*, a necessidade civil e não a de algumas indústrias e profissões. Essa teoria surgiu no auge da industrialização. De acordo com Bonfante, em face de determinada interferência na propriedade, o papel do juiz não é indagar a sua normalidade, mas sua necessidade, isto é, cumpre-lhe averiguar se ela é inevitável, se a vida civil a impõe, e se impõe, cumpre-lhe mantê-la. Diz ainda o autor italiano que a evolução econômica faz surgir necessidades novas. A indústria, de atividade excepcional e movida pelo interesse de quem a empreende, torna-se atividade comum, necessária, indispensável mesmo ao progresso, ao bem-estar e à independência política dos povos.

É importante averiguar a natureza da utilização, a destinação da propriedade vizinha, a localização do prédio e a área de zoneamento: área residencial, comercial ou industrial, para concluir se houve ou não excessos no exercício do Direito de Propriedade que possam ter afetado os vizinhos.

Além disso, a doutrina defende o uso do critério do homem médio para aferir a normalidade do uso e da interferência entre vizinhos e os limites de tolerância. Isso porque o limite do tolerável estaria na média das pessoas. Todavia, esse critério não resolve por si só o problema, pois será indispensável a verificação *in concreto*, e, a despeito de a maioria da doutrina utilizá-lo, há uma tendência em se afastar desse parâmetro, pois ele não atende à necessidade fática e concreta; por isso, a avaliação ocorre conforme as peculiaridades apresentadas.¹⁴

No entanto, ainda há resquícios da teoria dos atos emulativos e do abuso do direito, haja vista o disposto no art. 1.228, §2º do Código Civil: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

O Código Civil utiliza o que a doutrina chama de teoria dos três “s”: saúde, sossego e segurança, haja vista o disposto no *caput* do 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”.

A segurança refere-se à atividade ou inatividade que pode acarretar dano ao vizinho ou colocar em risco a própria pessoa ou seu patrimônio. As hipóteses mais comuns são as de obras irregulares, construções que interferem na estrutura do prédio vizinho, riscos de desabamento de prédios antigos, infiltrações, trepidações perigosas, explosões violentas, animais de grande porte em condomínio, instalação de toldos e construção de muros de forma inadequada, realização de grandes eventos em locais impróprios, guarda de materiais explosivos etc.

¹⁴ O afastamento do critério do homem médio (*homo medius*), de um padrão abstrato, tem sido contemplado na verificação do erro escusável para caracterizar o vício de consentimento capaz de anular o negócio jurídico, a despeito do previsto no art. 138 do Código Civil, pois a jurisprudência já tem utilizado o critério do caso concreto, as condições pessoais de quem alega o erro (desenvolvimento mental, cultura, profissional etc.). Enunciado 12 do Conselho de Justiça Federal (CJF). “12 – Art. 138: na sistemática do artigo 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

O sossego¹⁵ diz respeito às interferências que afetam a percepção sensitiva, tais como, o som, a luz, o cheiro, as sensações térmicas e as imagens, já que o que se assegura é a tranquilidade dos vizinhos, que permite a normalidade da vida, respeitando os horários, o limite dos ruídos.

A saúde¹⁶ diz respeito à higidez física e psíquica dos vizinhos em relação à propagação de gases, mau cheiro, fumaça, lixo, ondas de transmissão de antenas de telefonia celular, infiltrações etc.

A proteção da segurança, do sossego e da saúde dos vizinhos encontra amparo nos direitos fundamentais da inviolabilidade da vida privada, da intimidade,¹⁷ e no próprio princípio da dignidade da pessoa humana,¹⁸ abrangendo todos os seus substratos axiológicos: liberdade privada, integridade psicofísica, igualdade substancial (art. 3º, III, da CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, da CF). É direito inerente à personalidade.

3 As espécies de Direitos de Vizinhança

O Direito de Vizinhança está dividido no Código Civil em duas partes – uma geral e outra especial. A parte geral versa sobre normas que definem a possibilidade de uso da propriedade, os limites a esse uso e as interferências proibidas, ressalvando nesta última hipótese os casos de interesse público, além de conferir o direito de exigir determinadas condutas do proprietário ou possuidor vizinho (arts. 1.277 a 1.281, todos do Código Civil). A parte especial prevê de forma expressa e específica alguns deveres e direitos que compõem a relação jurídica de vizinhança.

Como acima abordado, o Direito de Vizinhança estabelece direitos e deveres para os proprietários ou possuidores de imóveis confinantes que podem se manifestar de forma positiva, refletindo

¹⁵ TJSP, Apelação com Revisão nº 9176466-12.2008.8.26.0000, Relator Marcondes D'Angelo, Vigésima Quinta Câmara Cível, Julgamento 06.07.2011. TJRJ, Apelação Cível nº 0057881-20.2006.8.19.0001 Quinta Câmara Cível, Relator Des. Horacio S. Ribeiro Neto, Julgamento 01.07.2010.

¹⁶ STJ Resp nº 163.483/RS (98.008167-4), Relator(a) Ministro Peçanha Martins. Relator(a) designado Ministro Adhemar Maciel, Órgão Julgador Segunda Turma, Julgamento 01.09.1998, DJ, p. 150, 29 mar. 1999.

¹⁷ Enunciado nº 319 do Conselho de Justiça Federal – CJF: “Art. 1.277. A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente”. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

¹⁸ MORAES. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*.

obrigação de fazer, ou de forma negativa, o tolerar, o permitir que outros interfiram na sua esfera jurídica. E essas condutas estão melhores definidas na parte especial, que prevê o Direito de Corte de raízes e ramos de árvore, de percepção de frutos (arts. 1.282 a 1.284 do Código Civil); o Direito de Passagem (art. 1.285 do Código Civil); o Direito de Passagem de cabos e tubulações (arts. 1.286 e 1.287 do Código Civil); das águas (arts. 1.288 a 1.296 do Código Civil); o Direito de Tapagem (art. 1.297 do Código Civil); o Direito de Demarcação (art. 1.297 e 1.298 do Código Civil); o Direito de Construir (arts. 1.299 a 1.312 do Código Civil); e o Direito de Penetração (art. 1.313 do Código Civil).

O propósito não é abordar todos esses direitos e deveres da relação de vizinhança, mas fazer algumas observações acerca do tratamento desses institutos pela doutrina e jurisprudência, considerando sua evolução e as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, com destaque para o Direito de Corte (árvores limítrofes); o Direito de Passagem, inclusive, de cabos e tubulações; o Direito de Tapagem e Demarcação; o Direito de Construir; e o Direito de Penetração.

3.1 Árvores limítrofes

O Direito de Propriedade referente às árvores limítrofes está regulado nos arts. 1.282 a 1.284 do Código Civil e trata de três situações jurídicas que envolvem as árvores que crescem na linha que estrema uma propriedade de outra: (i) árvores nascidas entre dois prédios; (ii) penetração de ramos e raízes da árvore de um prédio contíguo; (iii) frutos caídos de árvore localizada em terreno anexo.

Nos casos referentes às árvores, nascidas naturalmente, plantadas ou semeadas, entre dois prédios (art. 1.282 do CC) aplica-se a presunção de condomínio em relação àquelas cujo tronco estiver na linha divisória, condomínio legal, necessário em relação à árvore.¹⁹ É uma forma especial de cotitularidade; é uma propriedade em comum aos donos do edifício confinante. Caso a árvore não tenha seu tronco na linha divisória, pertence ao dono do prédio em que ela estiver, pois é a localização do tronco que define o proprietário; desprezam-se outros atributos da árvore, tais como raízes, galhos etc. A presunção de condomínio pode ser rompida pela prova de um dos confinantes, por

¹⁹ A linha divisória é aquela que demarca os lindes das propriedades contíguas, tendo como critério o traçado da linha demarcanda ou da linha demarcatória.

meio de uma ação demarcatória, de que a titularidade é apenas sua, já que se está diante de uma presunção *juris tantum*²⁰ (relativa).²¹

Como as árvores estão na linha divisória e pertencem, em comum, a ambos os confinantes, as consequências resultantes do condomínio são: (i) os frutos pertencem aos vizinhos que participam em partes iguais para as despesas; (ii) repartir as despesas de preservação e colheita; (iii) se a árvore é cortada, arrancada, morre, é repartida ao meio; (iv) penetração de ramos e raízes da árvore de um prédio contíguo (art. 1.283 do CC).

Quando os ramos ou raízes das árvores transpõem a estrema do prédio, seja pelo espaço aéreo, terrestre, ou, até mesmo, pelo subsolo, causando dano ou incômodo à propriedade vizinha, o dono do prédio invadido pode cortar os ramos na vertical do plano divisório, já que não pode ser compelido a aceitar uma invasão que lhe seja prejudicial. É o direito de eliminar a irrupção de raízes e ramos que ultrapassarem a linha do imóvel.

Esse Direito de Vizinhança tem sido objeto de análise dos Tribunais de Justiça em razão das controvérsias acerca da necessidade ou não de uma reclamação judicial para autorizar o corte,^{22 23 24} pois a lei

²⁰ PEREIRA. *Instituições de direito civil: direitos reais*, 185.

²¹ Hely Lopes Meirelles defende tratar-se de presunção absoluta (*Direito de construir*, p. 66).

²² [...] “Poda de Árvore Limitrofe. A decisão proferida acolheu a preliminar de falta de interesse processual, tendo em vista que o pedido formulado pelo autor, nos autos da ação de obrigação de fazer, foi no sentido de compelir o réu a retirar a parte da copa da árvore em cima do telhado do autor. Estando parte da copa da árvore dentro da propriedade do agravante, ele próprio pode fazer a poda pretendida, carecendo-lhe de interesse de agir. Desprovemento do recurso” (TJRJ 0042502-37.2009.8.19.0000 – 2009.002.46081 – Agravo de Instrumento – Des. Jorge Luiz Habib – Julgamento: 18.05.2010 – Décima Oitava Câmara Cível).

²³ “Direito de Vizinhança. Ação Cominatória. Árvores Limitrofes. Alegação de incômodos gerados pela sujeira das folhas e frutos, bem como pela excessiva umidade. Em restando configurado o uso nocivo da propriedade pela ré em função do plantio de árvores de grande porte na área limitrofe ao seu imóvel, ocasionando a queda de folhas e frutos no terreno do autor, bem como a produção de excessiva umidade, merece ser mantida a determinação contida na sentença de corte dos galhos que ultrapassem o limite divisório da propriedade. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso impróvido” (TJRS, Recurso Cível nº 71000960401, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 19.10.2006).

²⁴ “Vizinhança – Árvores Limitrofes – Poda de cerca viva entre terrenos vizinhos – danos materiais e morais. Ação proposta pelo apelante em face da apelada, objetivando a condenação desta a reconstruir a cerca viva existente na divisa dos respectivos terrenos. [...] Trata-se, portanto, de matéria preclusa. O artigo 1.283 do novo Código Civil, reproduzindo a norma do artigo 558 do Código Civil de 1916, faculta ao proprietário do terreno invadido cortar raízes e ramos que ultrapassem a divisa do prédio, até o plano vertical divisório. Hipótese em que, por ocasião da oportuna inspeção no local, o Juiz verificou que ‘o caminho usado pela ré para ir aos fundos do terreno fica em parte prejudicado pela cerca viva’. Ademais, estando esta dentro da propriedade do autor e a cerca de meio metro de distância do limite dos terrenos, ele poderia fazer a manutenção da mesma sem precisar de autorização da ré.

já prevê o Direito de Corte. Além disso, se questiona se existe ou não limites ao plantio de árvores,²⁵ que possam acarretar danos ao vizinho, pois a matéria encontra previsão no art. 225 da Constituição Federal, que estabelece a proteção do meio ambiente, além das normas ambientais e administrativas pertinentes.

A doutrina já se manifestou pela possibilidade do corte, independentemente de qualquer autorização do vizinho confinante,²⁶ sendo certo que a supressão de parte de uma árvore está subordinada à prévia autorização administrativa²⁷ e ao respeito às normas ambientais, o que limita o exercício da autonomia privada,²⁸ já que o bem jurídico tutelado ultrapassa os interesses patrimoniais dos confinantes. Tal fato não limita o Direito de Plantar²⁹ desde que esse ato não configure abuso de direito.³⁰

Esse direito, conforme posicionamento doutrinário,³¹ é assegurado não só ao proprietário do prédio invadido, mas também ao possuidor, podendo este exercer, a qualquer tempo, o direito, cabendo a ele a propriedade dos galhos, ramos e raízes cortados. Ao vizinho cabe apenas tolerar o corte, pois está diante de um direito potestativo,³² imprescritível.

Portanto, a poda da cerca viva pela ré constitui legítimo exercício do Direito de Vizinhança. Provimento parcial do Recurso, tão somente para reduzir a verba honorária para R\$1.000,00, em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública" (TJRJ, Decisão: Ac. unân. da 18ª Câm. Cív., publ. em 03 fev. 2005, Recurso: Ap. nº 2004.001.17548, Relator: Relª Desª Cássia Medeiros, Julgamento: 26.10.2004).

- 25 TJRJ 0115648-94.1998.8.19.0001 (2002.005.00510) – Embargos Infringentes, Décima Segunda Câmara Cível, Des. Wellington Jones Paiva, Julgamento: 12.08.2003; TJRJ, Ap. nº 2000.001.15949, Décima Segunda Câmara Cível, publ. em 27 maio 2004, Relator: Rel. Des. Wellington Jones Paiva.
- 26 GRANADO. Os direitos de vizinhança no Código civil de 2002. *Revista Forense*, p. 87-126; PELUSO (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*.
- 27 Art. 39 da Lei nº 9.605/98: "Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente".
- 28 PELUSO (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*.
- 29 TJDF 0016453-42.2007.807.0006, Relator(a): Romulo de Araujo Mendes, Julgamento: 27.01.2009, Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. *DJ-e*, p. 218, 04 mar. 2009; TJRJ 0115648-94.1998.8.19.0001 (2002.005.00510) – Embargos Infringentes – Des. Wellington Jones Paiva – Julgamento: 12.08.2003 – Décima Segunda Câmara Cível.
- 30 STJ Resp. nº 935474/RJ RECURSO ESPECIAL nº 2004/0102491-0 Relator(a) Ministro Ari Pargendler Relator(a) p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador Terceira Turma, Julgamento 19.08.2008, *DJe*, 16 set. 2008, RDR, v. 43, p. 266.
- 31 MONTEIRO FILHO. O direito de vizinhança no novo Código Civil. In: ANAIS dos seminários EMERJ debate o novo Código Civil, p. 163. VENOSA. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*, v. 12, p. 357.
- 32 TJRS, Apelação Cível nº 598429462, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Elaine Harzheim Macedo. Julgado em 02/03/1999.

Eventuais prejuízos sofridos pela queda da árvore, de seus ramos ou de seus frutos, implicará na responsabilidade civil³³ pelo fato da coisa, aplicando o disposto no art. 937 do Código Civil.

Quando a árvore for frutífera, nascida naturalmente, plantada, ou semeada, e estender seus ramos por sobre a linha lindeira, os frutos caídos pertencerão ao dono do solo em que caírem, se este for de propriedade particular, não lhe sendo lícito, porém, provocar a queda. Os frutos pendentes, por sua vez, são do dono da árvore e somente ele pode colhê-los, mesmo que estes deitem ao lado do prédio vizinho. Enquanto os frutos estão nesse estado pertencerão ao dono da árvore, aplicando-se o princípio segundo o qual o *accessorium sequitur principale* (art. 1.284 do CC). Quando o fruto cai ocorre exceção a esse princípio de que o acessório segue o principal.

Critica-se³⁴ o dispositivo legal acima apontado sob o argumento de que não deveria caber ao vizinho os frutos caídos em seu terreno, pois as árvores são tratadas e cultivadas pelo proprietário. E, se o vizinho não cortou os ramos que se projetaram em seu terreno, tolerou o incômodo. No entanto, há quem defenda a ideia de que pode haver duas soluções: a primeira, de que deveria haver um condomínio dos proprietários sobre os frutos caídos no terreno vizinho; e outra de que deveria haver plena e exclusiva propriedade de tais frutos pelo dono da árvore, salvo se o vizinho utilizar seu direito de obstar pelo corte a invasão.

A intenção do legislador foi evitar conflitos como a invasão abrupta do dono da árvore no terreno vizinho para recolher os frutos

³³ Direito de Vizinhança – Uso Nocivo da Propriedade – Árvores que avançam sobre terreno vizinho e lançam galhos, folhas e raízes – Uso Nocivo da Propriedade – Danos Causados em Prédio Urbano – Indenização – Reconhecimento. Comprovado Pericialmente que as raízes, galhos e folhas das árvores invadem o terreno vizinho e provocam danificações, a Responsabilidade do Proprietário pelos danos apurados emerge translúcida. Recurso Parcialmente Provido (TJSP, Apelação com Revisão nº 992051362090 (902437800), Relator(a): Emanuel Oliveira, Órgão julgador: 34ª Câmara do Sétimo Grupo (Ext. 2º TAC), Data do julgamento: 09.11.2005, Data de registro: 06.12.2005); TJRS, Apelação Cível nº 70010903946, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 31.03.2005; Ação de Indenização. Direito de Vizinhança. Poda de três galhos de árvore que pendia seus ramos sobre lote lindeiro. Exercício regular de um direito. Recurso Improvido. Demonstrado nos autos que o requerido cortou galhos de árvore limítrofe que invadiam seu terreno, causando danos à piscina ali existente, não há lugar para condenar-se o suplicado a reparar danos, porque agiu no exercício regular de um direito, mormente em se considerando que o autor não tinha benfeitoria alguma no imóvel de sua propriedade e, ainda, procurou influenciar na prova, modificando a situação de fato flagrada pelo juiz-leigo. Sentença de improcedência confirmada por seus próprios fundamentos (TJRS Recurso Cível nº 71001215284, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos, Julgado em 07.03.2007).

³⁴ CHAVES. *Lições de direito civil: direito das coisas*, p. 26.

caídos, já que, uma vez caídos, o dono certamente teria de ingressar no imóvel de seu vizinho para apanhá-los. Se o terreno é público, não existirá motivo para restrição da propriedade, não se extinguindo a propriedade do dono da árvore sobre os frutos.

3.2 Direito de Passagem

O Direito de Passagem forçada, outra forma de restrição do Direito de Propriedade decorrente das relações de vizinhança, constitui o direito do proprietário do prédio encravado de exigir do proprietário do prédio encravante, mediante indenização, que lhe assegure por meio de seu imóvel o acesso à via pública.

O Código Civil de 2002 inovou em relação à passagem forçada, em observância aos avanços da tecnologia e da prestação de serviços públicos, embora não tenha feito menção ao direito do possuidor à passagem forçada, o que, de acordo com a doutrina,³⁵ a ele se estende, sendo legítimos para pleitear os usufrutuários, os usuários, e os possuidores, o que vai ao encontro do que está disposto na parte geral (arts. 1.277, 1.280 e 1.281, todos do Código Civil).

A finalidade, segundo Hely Lopes Meirelles,³⁶ é impor a solidariedade entre vizinhos e “resulta da consideração de que não pode um prédio perder a sua finalidade e valor econômico por falta de acesso à via pública, nascente ou porto, permanecendo confinado entre as propriedades que os circundam, limítrofes ou não”.

Esse direito tem amparo no princípio da solidariedade e da utilidade, pois permite a completa fruição dos atributos inerentes ao Direito de Propriedade, o Direito de Movimentação, que impõe ao proprietário do prédio vizinho o dever de tolerar a passagem, desde que seja necessário e o aproveitamento econômico do prédio encravado. A simples comodidade não gera o direito de passagem, pois, para isso, o encravamento, ou seja, a falta de acesso à via pública, deve ser real e efetivo.

A passagem forçada, também chamada por alguns de servidão legal, se difere do instituto da servidão de passagem ou servidão de trânsito. A primeira se insere no Direito de Vizinhança, cuja natureza jurídica, de acordo com a doutrina majoritária, é de obrigação *propter rem*, e se caracteriza por limitar o exercício dos direitos do proprietário,

³⁵ VENOSA. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*, v. 12, p. 360.

³⁶ MEIRELLES. *Direito de construir*, p. 77.

mas que também confere direitos e encontra previsão no art. 1.285 do Código Civil, tendo fundamento, portanto, na lei. O Direito de Passagem é insuscetível de posse, pelo que não pode ser adquirido mediante usucapião e para ser conferido depende de haver encravamento do prédio, ou seja, necessitar de saída para via pública e prescindir de transcrição no Registro de Imóvel. Sua finalidade é evitar prejuízos, atender ao interesse público de coexistência e pacificação das relações de vizinhança, e possibilitar a completa fruição do Direito de Propriedade. Está calcado no princípio da solidariedade social. Outra característica é que é um direito oneroso, pois somente é exercido mediante pagamento de indenização cabal ao vizinho prejudicado. Já a servidão de passagem é um Direito Real limitado sobre coisa alheia; não abrange todos os direitos inerentes à propriedade ou domínio, é acessório, pois incide sobre o bem imóvel, mas não subsiste sem o prédio a que se refere, está previsto no art. 1.225, III, e 1.378-1.389, todos do Código Civil, constitui um encargo imposto a um prédio em proveito do outro, que gera vantagens sobre prédio dominante e restrições para o prédio serviente e decorre da vontade das partes ou da usucapião (art. 1.379 do CC), não depende de encravamento do prédio dominante para ser constituída, porque decorre do consenso entre as partes, e deve ser levado a registro junto ao Registro Geral de Imóveis (art. 167, "i", nº 6, da Lei nº 6.015/73). A finalidade é a criação de vantagem, benefício para a propriedade dominante, melhorar o acesso, o uso da coisa, atendendo o interesse e a conveniência das partes, não havendo obrigação de pagar indenização.

Em diversas oportunidades os Tribunais³⁷ têm-se pronunciado acerca da diferença entre esses institutos, pois muitas vezes há aplicação errônea, havendo, na prática, confusão entre o Direito de Passagem forçada decorrente da existência do encravamento e a servidão de passagem que surge do acordo entre as partes ou do uso pacífico da coisa.

A passagem forçada só se extingue quando cessa o encravamento; mesmo com a alienação parcial do imóvel permanece o dever de tolerar a passagem, seja o que já existia ou o que passou a existir com a alienação de parte do imóvel (art. 1.285, §§2º e 3º, do CC).

³⁷ STJ, REsp nº 223.590/SP, Recurso Especial nº 1999/0063265-6, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador Terceira Turma, Julgamento 20.08.2001, DJ, p. 161, 17 set. 2001; TJMG, Decisão: Ac. unân. da 10ª Câmara Cível, publ. em 31.05.2008, Recurso: Ap. nº 1.0024.00.097445-1/001, Relator: Rel. Des. Pereira da Silva; TJSP, Apelação nº 991080801804 (7295208400) Relator(a): Irineu Fava, Comarca: Penápolis, Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado, Julgamento: 11.02.2009, Data de registro: 17.03.2009; TJRJ, 0004536-52.2006.8.19.0030 - Apelação Des. Marcos Alcino A Torres - Julgamento: 28.02.2012 - Décima Nona Câmara Cível.

A fixação do rumo de passagem será feita judicialmente se for necessário, pois se pressupõe a composição extrajudicial.

Para que nasça o direito de utilizar a passagem forçada, deve-se observar a presença de três requisitos: (i) acesso inexistente às vias públicas; (ii) essa falta de acesso deve ter origem natural, isto é, não pode ter sido causada por aquele que pede a passagem forçada; (iii) haver o pagamento de indenização ao vizinho.

Questão relevante que permeia o Direito de Passagem forçada é justamente a abrangência da expressão prédio encravado, divergindo a doutrina e a jurisprudência pátria se o encravamento se restringe às hipóteses de imóveis que não têm saída para a via pública ou também àqueles que, embora tenham saída, esta é impraticável, perigosa, difícil, quase inacessível e/ou muito dispendiosa. Ou seja, deve-se definir se o encravamento tem que ser ou não absoluto.

Para a maioria da doutrina,³⁸ o encravamento tem de ser absoluto, porque a passagem forçada é uma restrição à propriedade privada do vizinho; por isso, só quando o prédio não encontrar outra possibilidade de saída é que haverá o direito a essa passagem.

No entanto, há quem defenda, como Arnaldo Rizzardo,³⁹ Pontes de Miranda,⁴⁰ Carvalho Santos, Nelson Rosenvald⁴¹ e Daniel Willian Granado,⁴² que o encravamento não precisa ser absoluto, ou seja, não se exige que o fundo não disponha de nenhuma saída para a via pública. Se a passagem for penosa, longa, estreita, perigosa ou impraticável, com codispêndio excessivo para comunicação, não fica afastado o Direito de Passagem.

O tema deve ser interpretado à luz dos princípios que fundamentam a restrição de um Direito de Propriedade, qual seja, a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF, art. 1.228, §1º, do CC), a solidariedade social. O legislador, em diversos dispositivos atinentes ao Direito de Vizinhança, conferiu ao operador do direito maior liberdade na apreciação dos casos por meio de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e em diversos dispositivos — como o art. 1.286 do Código Civil, que versa sobre a passagem de cabos e tubulações, faz a ressalva da necessidade de permitir a passagem se por outro meio for impossível ou excessivamente oneroso. Certo é que a lei se tornará morta se no caso concreto

³⁸ Nesse sentido Hely Lopes Meirelles, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Marco Aurélio S. Viana.

³⁹ RIZZARDO. Servidão de trânsito e passagem forçada. *Ajuris*, p. 163.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas*, p. 328.

⁴¹ FARIAS; ROSENVALD. *Direitos reais*, p. 527.

⁴² GRANADO. Os direitos de vizinhança no Código Civil de 2002. *Revista Forense*, p. 87-126.

não for possível avaliar a necessidade da passagem, o que permite que o encravamento seja visto de forma relativa,⁴³ interpretação esta em maior conformidade com a *ratio legis*. Deve prevalecer a função social que protege a destinação coletiva da coisa, beneficiando seu titular e a comunidade com garantia da finalidade econômica.

A finalidade da lei é tornar possível a exploração ou o conveniente uso dos prédios, de sorte que o titular do domínio com uma saída insuficiente, e que para melhorá-la ou ampliá-la se impõem um dispêndio excessivo, tem direito ao acesso, pois o prédio não deixa de ser encravado. Um exemplo citado é o do prédio encravado, separado por um curso de água sem ponte ou barca, que seria, diante das construções atuais, da evolução dos meios de transportes, possível encontrar uma solução que descaracterizaria o encravamento, mas ao mesmo tempo seria excessivamente oneroso para o proprietário desse prédio.

A jurisprudência reflete a divergência, ora exigindo o encravamento total do imóvel,⁴⁴ ora se contentando com a excessiva dificuldade ou onerosidade de acesso já existente à via pública.⁴⁵

A falta de acesso do prédio à via pública deve ter origem natural, isto é, não pode ter sido causada por aquele que pede a passagem forçada, como, por exemplo, o encravamento decorrente de sucessivas alienações parciais (art. 1.285, §§2 e 3, do CC): (i) alienação parcial do imóvel — a passagem será exigível do comprador ou permutante sobre o prédio correspondente à parte alienada; (ii) passagem já existente no terreno vizinho se mantém no caso de alienação parcial.

A passagem forçada é um Direito de Vizinhança oneroso, pois exige indenização cabal, o que expressa a onerosidade. A indenização é o preço da servidão, se qualifica como cabal, abrangendo não somente todos os transtornos e incômodos decorrentes da passagem, como também obras e cercas que se façam necessárias para assegurar a incolumidade do remanescente. Computam-se danos emergentes e lucros

⁴³ Enunciado nº 88 do Conselho de Justiça Federal (CJF): Art. 1.285: 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. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

⁴⁴ TJRJ 0007230-66.2004.8.19.0061 (2009.001.29548) – Apelação – Des. Jesse Torres – Julgamento: 10.06.2009 – Segunda Câmara Cível.

⁴⁵ TJRJ 0003419-06.2001.8.19.0061 (2009.001.03378) – Apelação – Des. Renata Cotta – Julgamento: 06.03.2009 – Nona Câmara Cível; TJRS Apelação Cível nº 70026715987, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 25.06.2009; STJ, Resp nº 316.336/MS Recurso Especial nº 2001/0039356-0 Relator Ministro Ari Pargendler, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 18.08.2005, DJ, p. 316, 19 set. 2005, LEXSTJ, v. 194, p. 92, RT, v. 845, p. 195.

cessantes em razão da não utilização da faixa de passagem, inclusive eventual desvalorização do remanescente.

3.3 Da passagem de cabos e tubulações

O dever do vizinho de tolerar a passagem de fios, tubulações, conexões, dutos, e outros instrumentos utilizados para passar saneamento básico, linhas telefônicas, televisão, internet, água, entre outros, pela via subterrânea não estava expressamente previsto no Código Civil de 1916. Todavia, em observância ao que já vinha sendo defendido pela doutrina e jurisprudência, e considerando o intenso avanço tecnológico atual, houve por bem positivar as normas atinentes a esse Direito de Vizinhança nos arts. 1.286 e 1.287 do Código Civil.

O Direito de Passagem de Cabos, Conduto e Tubulações está fundamentado no princípio da solidariedade social, e visa conferir maior comodidade e bem-estar aos proprietários vizinhos, facilitando o uso de serviços públicos essenciais, de utilidade pública, tanto no âmbito residencial, comercial, agrícola ou industrial da localidade.⁴⁶

Esse direito também se inclui no grupo dos direitos de vizinhança onerosos, haja vista que assegura ao dono do prédio que se submete à passagem de cabos e tubulações o direito de receber indenização cabal,⁴⁷ que abrangerá as restrições imediatas (na área efetivamente ocupada) e mediatas (desvalorização do remanescente) de fruição sobre o imóvel, ou seja, a desvalorização de sua propriedade.

No entanto, esse Direito de Passagem de Tubulação e Cabo apenas surge no caso de impossibilidade de utilizar outro caminho que não o prédio vizinho ou se outro meio for excessivamente oneroso.

O proprietário onerado pela passagem, por sua vez, pode exigir que a instalação de passagem seja de modo menos oneroso. Isso para

⁴⁶ Direito de Vizinhança. Tolerância à Passagem de Tubulação de Esgoto. Direito Assegurado ao dono do Prédio Vizinho. Uso Normal da Propriedade. Apelação Improvida (TJSP, Apel. nº 606.806-0/3, Segundo Tribunal de Alçada Civil, Comarca São Paulo – F. Reg. S. Miguel Paulista, 2ª V. Cível).

⁴⁷ San Tiago Dantas bem diferencia os tipos de indenização que podem decorrer da relação de vizinhança, a de cunho expropriatório e a que visa reparar prejuízo efetivo. As indenizações expropriativas, necessárias (art. 560, 567 e 579 do CC/16) independem dos prejuízos sofridos, a própria obrigação de tolerar já constitui lesão do direito e eventuais (587 do CC/16) – prejuízos sofridos, nesse caso a indenização é prévia, a reparação pecuniária precede o direito, tanto que, omitindo-se por qualquer motivo, começa a correr a prescrição liberatória desde o dia em que a passagem se estabeleceu (art. 567 e 560 do CC/16). Já nos casos de diminuição do direito do proprietário onerado, com prejuízos efetivos, a reparação é a *posteriori*, apurados e liquidados os danos – art. 587, CC/16 (DANTAS. *Conflito de vizinhança e sua composição*).

minimizar a restrição de seu direito. No entanto, caso haja alteração do rumo deverá arcar com as despesas da obra (art. 1.286, parágrafo único do CC).

Certo é que o exercício desse direito deve ocorrer de forma a não colocar em risco⁴⁸ a segurança do dono do prédio serviente, surgindo, inclusive, o direito deste de exigir que o proprietário do prédio por onde passa a tubulação realize obras de segurança, consoante o disposto no art. 1.287 do Código Civil, que também encontra previsão no art. 1.281 do referido diploma legal.

O tema traz alguns questionamentos que não encontram respostas diretas nos dispositivos legais que o regula, mas que têm sido objeto de análise pelos operadores do direito em casos concretos. Como o prazo para exercício do direito de pleitear a indenização expropriatória e quem teria o dever de pagar.

As respostas dependem de uma interpretação sistemática com amparo no instituto da prescrição e do próprio Direito de Vizinhança. Alguns julgados que enfrentaram a questão se inclinam pela impossibilidade de pleitear a referida indenização em caso de sua aceitação tácita, mormente em se tratando de obra realizada por proprietários anteriores,⁴⁹ deixando, no entanto, de adentrar no aspecto prescricional, para o qual se aplica os prazos estabelecidos na parte geral do Código Civil.

⁴⁸ Esse risco não precisa ser grave, conforme defende Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil: direitos reais*, p. 189).

⁴⁹ Ação de Passagem Forçada. Tubulação subterrânea de esgoto sob terreno vizinho. Interrupção pela nova compradora. O proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa (artigo 1.286 do Código Civil). Apelação Desprovida (TJRS, Apelação Cível nº 70024051872, Vigésima Câmara Cível, Relator: Newton Carpes da Silva, Julgado em 06.08.2008); Obrigação de fazer, c/c indenização por danos morais, julgada improcedente. Servidão de passagem de esgotamento sanitário e água potável, autorizada por antigo possuidor do imóvel. Direito assegurado no art. 1.277, do Código Civil. Inexistência de vazamento e mau cheiro no local. Fato constitutivo do direito da apelante não demonstrado. art. 333, I, do CPC. Ausência de danos morais. Indenização para tolerar a passagem de cabos e tubulações. Art. 1.286, daquele diploma legal. Matéria a ser enfrentada em ação própria. Sentença correta. Desprovemento do recurso. Decisão unânime (TJRJ, Processo nº 0002595-31.2007.8.19.0063 (2009.001.48480) Apelação, DES. Jose Mota Filho – Julgamento: 07.10.2009 – Sétima Câmara Cível); Ação visando o restabelecimento de passagem de tubulação subterrânea sob prédio vizinho. Servidão instituída pelos antigos proprietários que deve ser respeitada, eis que existente há mais de vinte anos. Multa fixada para o caso de descumprimento da ordem judicial mantida. Eventual indenização pela desvalorização do imóvel que não é arguível em face do autor, mas, em tese, poderia ser oposta ao vendedor, em face do alegado desconhecimento da situação de fato já consolidada entre os prédios vizinhos. Apelo Desprovido (TJRJ, Apelação Cível nº 70013366976, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 23.11.2005).

3.4 Direito de Tapagem e de Demarcação

O Direito de Tapagem e o Direito de Demarcação estão previstos nos arts. 1.297 e 1.298, ambos do Código Civil.

O Direito de Tapagem (primeira parte do *caput* do art. 1.297 do Código Civil) é inerente à propriedade e diz respeito ao direito do proprietário do prédio de garantir ou tornar efetiva a exclusividade de seu domínio por meio de ato material tendente a impedir acesso de estranhos à coisa, estabelecendo a divisa entre os prédios. Consiste no direito do proprietário de cercar, murar, valar ou tapar o seu imóvel, protegendo-o da visão de terceiros, o que se pode dar por sebes vivas, cercas de arame ou madeira, as valas ou banquetas, ou quaisquer outros meios de separação.

Esse direito tem amparo no direito fundamental à privacidade, que busca proteger a pessoa humana. Todavia, encontra limite e restrições de ordem administrativa, e até de cunho convencional.

A colocação dos muros, paredes, cercas ou valas deve observar as dimensões estabelecidas nas posturas municipais e, de acordo com os costumes de cada localidade, podem decorrer de comum acordo entre os vizinhos, ou por presunção legal, caso não haja prova de propriedade exclusiva. Pode ser necessário para impedir a passagem de animais de grande porte, como, por exemplo, gado *vacum*, cavalos e muar, ou servir de mera ornamentação.

Presume-se que os tapumes divisórios comuns pertencem aos proprietários dos terrenos lindeiros, mas é cabível prova em contrário (art. 1.297, §1º, do Código Civil). Configura-se o condomínio forçado em cercas, muros e valas, que implica em repartir, em partes iguais, os gastos de sua edificação, manutenção e conservação.

Os confinantes são obrigados a concorrer com as despesas relativas aos tapumes divisórios, de forma convencional.⁵⁰ À falta de

⁵⁰ Construção de muro divisório entre imóveis lindeiros. Direito irrecusável de um dos proprietários de murar e de exigir a divisão dos encargos respectivos. Ação para obrigar vizinho a realizar obras de acabamento de muro que ergueu. Procedência parcial. Apelação provida, com inversão integral do resultado do julgamento (TJSP Apelação nº 992090794841 (1292488100) Relator(a): Sebastião Flávio Comarca: Cotia Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 20.07.2010, Data de registro: 10.08.2010); Vizinhança – Direito de Tapagem – Cercamento de faixa ocupada por linha férrea – concorrência em partes iguais para as despesas. Segundo a lei civil, tem o proprietário direito a tapar de qualquer modo o seu prédio rural. Assim, considerando que os tapumes divisórios presumem-se comuns, sendo os lindeiros obrigados a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação, cabe à ferrovia concessionária atender ao texto legal, ainda mais, quando autorizada a teor do disposto no artigo 10 do Dec. 2.089/63, que aprova o Regulamento da Segurança, Tráfego e Polícia das Estradas de Ferro, ao qual se sujeita, inclusive, a empresa concessionária da exploração (TJRJ, Decisão: unân. da 9ª Câm. Cív.,

acordo, o proprietário interessado na construção da obra deve obter o reconhecimento judicial da obrigação do confinante de contribuir para a construção do tapume, se a construção decorrer de exigência administrativa constante de lei ou regulamento. As construções devem ocorrer em virtude de necessidade ou utilidade, não por mera questão de estética; nesse caso, o proprietário arcará com os custos.

O Direito de Demarcação está regulado na segunda parte do *caput* do art. 1.297 do Código Civil e visa assegurar não só o interesse dos particulares de, por exemplo, impedir que um proprietário invada o terreno do outro alegando que não percebeu o limite, como o interesse público de garantir a paz social, o exercício de seu poder de polícia, entre outros.

Esse direito teve origem no Direito Romano e remonta ao direito de ação que se reconhece ao dono de um imóvel, de estremá-lo da propriedade vizinha — *actio finium regundorum*.

No que concerne aos limites entre prédios, diversos são os direitos subjetivos: (i) o de obrigar seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados; (ii) o de usar em comum o muro, vala ou cerca ou outra obra divisória, como condomínio presuntivo.

Os custos dessa demarcação devem ser divididos em partes iguais, haja vista o interesse comum na fixação ou reestabelecimento⁵¹ da linha demarcatória.

As ações demarcatórias e divisórias estão reguladas dos arts. 946 a 981 do CPC (950 a 966) e têm como requisitos: (i) terem as partes,

publ. em 18.11.1999, Recurso: Ap nº 6.750/99, Relator: Des. Marcus Tullius); TJRS, Número: 70013366976, Seção: CIVEL Tipo de Processo: Apelação Cível Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível Decisão: Acórdão Relator: José Aquino Flores de Camargo. Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre.

⁵¹ Ação Demarcatória – Cabimento – Divergência entre os limites e confrontações definidos nos títulos dominiais e a realidade. A ação demarcatória é cabível, mesmo quando definidos os limites divisórios, ainda restando dúvidas sobre sua correção e, principalmente, discordância entre o título de domínio e a realidade. Por isso que, havendo divergência entre a verdadeira linha de confrontação dos imóveis e os correspondentes limites fixados no título dominial, cabível a ação demarcatória para eventual estabelecimento de novos limites — artigo 946, I, do CPC c/c artigo 1.297 do CC. Precedentes. Em face da imprecisão da linha divisória, não seria possível intentar a ação reivindicatória, pois, para tanto, é necessária a perfeita individuação da coisa reivindicada, o que não ocorre na espécie. A não realização do necessário cotejo analítico dos acórdãos, com indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e os paradigmas, implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de cassar o julgado recorrido, determinando o retorno dos autos à instância de origem para que se prossiga o exame da causa (STJ, REsp nº 759.018-MT, Relator: Rel. Min. Luis Felipe Salomão, publ. em 18 maio 2009).

autor e réu, direito real sobre a coisa demarcanda, prédio rural ou urbano (art. 950 e 967 do CPC);⁵² (ii) haver contiguidade de prédios; (iii) haver confusão entre os limites, ou risco de haver confusão entre os limites dos prédios confinantes, aviventar marcos apagados ou renovar marcos destruídos.

A confusão de limites gera dúvidas quanto ao delineamento da linha divisória, o que se resolve mediante a busca de títulos de propriedade para determinar os lindes, os limites entre os prédios. Caso não seja possível com base no título, fixa-se a linha divisória, demarcando-se as fronteiras entre os dois prédios pelo critério previsto no art. 1.298 do CC, qual seja, o da posse justa. Mas, não havendo prova da posse justa, reparte-se em partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão adequada e vantajosa para ambos, o juiz irá determinar a adjudicação da propriedade a um dos imóveis, indenizando o proprietário vizinho.

3.5 Direito de Construir

O Direito de Construir, de levantar em seu terreno as construções que entender necessárias, passou por grande evolução ao longo dos

⁵² Doutrina e jurisprudência incluem como parte legítima, além do proprietário, o enfiteuta, o usufrutuário, o nu-proprietário, e o usuário, havendo, inclusive julgado conferindo direito ao possuidor. No entanto, em caso de manejo pelo possuidor, a demarcação, segundo Humberto Theodoro Júnior, seria da posse e não do domínio (*Posse e propriedade*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1985). A respeito do tema merece trazer à baila os seguintes julgados: Ação Demarcatória – Alegação de Ilegitimidade Ativa – Possuidor de longa data que busca a aquisição do domínio via usucapião. A ação demarcatória, consoante o artigo 569 do Código Civil de 1916 e artigo 946, I, do Digesto Processual Civil, em regra, caberia somente ao proprietário do terreno que se quer demarcar. Não se pode, contudo, negar igual direito ao possuidor de longa data que busca a aquisição do domínio via usucapião, porque a sentença lá obtida tem caráter declaratório e apenas regulariza uma situação fática preexistente. Clara é a possibilidade jurídica do pedido demarcatório, estando a discussão aqui travada adstrita somente a verificar se é possível a sua realização nas dimensões e formas pretendidas pelos autores, questão que envolve puramente o pano de fundo da lide (TJSC, Decisão: Ac. unân. da 1ª Câm. de Direito Civil, publ. em 08.06.2007, Recurso: Ap. Civ. nº 2006.038136-2; Relator: Relª Desª Maria do Rocio Luz Santa Ritta); Ação Demarcatória – Petição inicial não instruída com o título de propriedade devidamente registrado – Extinção do feito, sem exame do mérito, decretada corretamente em primeiro grau – Hipótese em que é pressuposto essencial da presente demanda ser o autor proprietário do imóvel demarcando (arts. 950 do CPC e 1.297 do CC) – Promovente-apelante que, “in casu”, se apresenta como mero possuidor do imóvel urbano em causa, o que o impede de deduzir pretensão demarcatoria – Recurso não provido (TJSP, Apelação nº 9192499-48.2006.8.26.0000, Relator(a): José Carlos Ferreira Alves, Comarca: Juquiá, Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 23.11.2010, Data de registro: 06.12.2010, Outros números: 0457722.4/8-00, 994.06.030302-1); (STJ, REsp nº 926.755/MG, Recurso Especial nº 2007/0030681-5, Relator(a) Ministro Sidnei Beneti, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do julgamento 12.05.2009, *DJe*, 04 ago. 2009, *RSTJ*, v. 215, p. 409).

séculos. No ordenamento jurídico pátrio, o Código Civil anterior tratava o Direito de Propriedade como absoluto sob a influência da visão tradicional, pelo que os limites do direito de construir eram apenas os direitos de vizinhança e regulamentos administrativos. Os direitos de vizinhança eram tão somente para resolução dos conflitos particulares entre dois ou mais indivíduos. A teoria da normalidade era aplicada no exercício do Direito de Propriedade.

Após a década de 1930, com uma política intervencionista (dirigismo econômico), as restrições à propriedade privada estavam mais atreladas à justiça distributiva e ao bem-estar social. A Constituição de 1946 previu pela primeira vez a função social da propriedade, e a Constituição de 1967 inseriu a função social como princípio da ordem econômica. Com a Constituição de 1988, a função social da propriedade ganhou *status* de direito fundamental (art. 5º, XXIII), além de princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), com conteúdo definitivo em relação às propriedades urbana e rural (arts. 182, 183, 184 e 186). O Direito de Propriedade ganha uma diversificação de acordo com seu conteúdo (propriedade pública, social, privada, agrícola, industrial, rural, urbana, de bens de consumo, de bens de produção, de uso pessoal, de capital), o que refletirá na sua função.

Essas mudanças influenciaram na forma de análise da tutela do Direito de Propriedade e do Direito de Vizinhança, com influência direta no direito de construir por parte do proprietário do imóvel.

O sistema atual garante a liberdade de construir como regra, mas estabelece restrições, que constituem como exceção (art. 1.299 do Código Civil), inspiradas na solidariedade política, econômica e social, e no pleno desenvolvimento da pessoa humana, extraindo do texto constitucional os valores que orientam o exercício do Direito de Propriedade, arts. 1º e 3º, da CF/88.

Por isso, o direito de construir não pode ser exercido de forma irrestrita, mas em consonância com sua função social. E, pode ser restringido pela convenção entre as partes; pelas normas do Direito de Vizinhança estabelecidas no Código Civil; por limitações administrativas;⁵³ pela própria função social da propriedade (art. 1.228, §1º, do CC); e pelos valores que orientam o sistema jurídico.

As limitações administrativas, quando dizem respeito ao direito de construir, visam: (i) a segurança e defesa nacional (por exemplo,

⁵³ Conforme Hely Lopes Meirelles, "limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social" (*Direito de construir*, p. 89).

normas proibitivas de construção em regiões estratégicas); (ii) a cultura nacional, em particular, o patrimônio histórico e artístico (exemplo: imodificabilidade das coisas tombadas), a higiene e a saúde pública; (iii) interesse urbanístico (exemplo: leis de zoneamento, edificações, taxa de ocupação, gabaritos etc.).

Entre os diversos dispositivos do Código Civil que tratam do Direito de Construir (arts. 1.299 ao 1.313), destacam-se algumas regras específicas que estabelecem distâncias legais mínimas para a construção de edificações em relação aos limites entre imóveis. Como é o caso dos imóveis rurais que teve a distância mínima a ser mantida entre as construções vizinhas, e que foi aumentada pelo Código Civil de 2002, pelo que devem observar o afastamento de três metros do terreno vizinho (art. 1.303 do CC); e nos imóveis urbanos: (a) o de não poder abrir janela, terraço ou varanda, a menos de 1 metro e meio do terreno vizinho (art. 1.301 do CC);⁵⁴ (b) 75 cm para as janelas perpendiculares e aquelas cuja visão não incida sobre a linha divisória (art. 1.301, §1º, do CC);⁵⁵ (c) aberturas menores (menos de 10 por 20cm) para luz ou ventilação devem estar a mais de dois metros de altura de cada piso (art. 1.301, §2º, do CC).

O objetivo desta regra é garantir a privacidade (art. 5º, X, da CF; art. 21 do CC), evitar que se devasse o prédio vizinho, tanto no aspecto visual como no auditivo, permitindo uma convivência harmônica e pacífica entre os proprietários de imóveis muito próximos.

Em caso de inobservância das normas, o prejudicado pode propor ação de nunciação de obra nova se a construção estiver em curso, podendo requerer liminarmente para obstar o prosseguimento da obra (art. 934 do CPC), e, se já terminou a obra, cabe ação demolitória, desde que proposta no prazo decadencial de um ano e dia após sua conclusão (art. 1.302 do CC).⁵⁶ Do contrário, a lei também faculta erguer contra-

⁵⁴ Súmula nº 120 do STF: "Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando servidão sobre ele". De acordo com a doutrina, essa súmula continua sendo aplicada, está de acordo com o Código Civil de 2002. Os tijolos de vidro possibilitam a iluminação interna, a passagem de luz, sem devassamento, garantindo a privacidade.

⁵⁵ Súmula nº 414 do STF: "Não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janela, ou fazer terraço, eirado, ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem". Essa súmula de acordo com a doutrina não mais persiste, até mesmo pelo disposto no art. 1.301, §1º, do Código Civil.

⁵⁶ A contagem do prazo, segundo Francisco Eduardo Loureiro, é da data da expedição do habite-se pela autoridade administrativa, e não da abertura da janela ou terraço, e se conta na forma do art. 132 do CC, excluindo o *dies a quo* e computando-se o *dies ad quem* (PELUSO (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916).

muro para evitar o devassamento, observadas as medidas previstas no art. 1.301 do Código Civil. Essa faculdade concedida ao vizinho prejudicado constitui inovação do Código Civil de 2002, e a *ratio legis* é assegurar o direito do proprietário prejudicado de construir até a linha divisória, sem que isso implique em acarretar outros danos ao vizinho, mesmo que este tenha desrespeitado a limitação legal, até porque a lei sempre assegura a privacidade, direito fundamental da pessoa humana.

A perda do prazo de um ano e dia para reclamar, apesar de garantir ao vizinho o direito de erguer o referido contramuro, observada a distância legal para abertura de janelas, terraço, varanda,⁵⁷ remete à indagação quanto à existência ou não de servidão de luz em favor daquele que construiu em desacordo com a distância mínima legal.

Na vigência do Código Civil de 1916, a matéria já era controversa, sendo que a maioria da doutrina defendia a existência de servidão de luz em favor daquele que construiu fora dos limites legais pelo decurso do tempo e da não impugnação pelo outro vizinho no prazo legal de ano e dia. Dessa forma, o vizinho não poderia erguer construção em seu terreno que vedasse a abertura de janela. Todavia, algumas vezes, como a de Pontes de Miranda,⁵⁸ se inclinavam no sentido da possibilidade de construção no terreno mesmo que em prejuízo da janela do vizinho⁵⁹ que não respeitou a distância de metro e meio prevista em lei (art. 573, 576 do CC).

Para os que defendem, mesmo na vigência do Código anterior, o direito à construção do contramuro poderia até mesmo vedar a clareza⁶⁰ do vizinho.

⁵⁷ Direito de vizinhança. Demolitória. Construção realizada com apoio em parede divisória sem autorização do confinante. Aplicação do prazo previsto no art. 1.302 do CC. Descabimento. Situação de fato que não se enquadra nas hipóteses arroladas por referido dispositivo, o qual estabelece disciplina especial e, portanto, deve ser interpretado estritamente. Decadência afastada. Capacidade da parede divisória de escorar a nova construção. Prova. Ausência. Oportunidade de produção. Inexistência. Cerceamento de defesa. Reconhecimento. Recurso provido (TJSP Apelação nº 992070205450 (1120141000) Relator(a): Nestor Duarte Comarca: Araraquara Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 14.12.2009 Data de registro: 14.01.2010).

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: loteamento: direitos de vizinhança*, p. 398-400.

⁵⁹ TJSP, Decisão: unân. da 2ª Câm. Cív., publ. na *RJTJSP*, n. 135/243, Recurso: Ap nº 149.621-1, Relator: Des. Urbano Ruiz, Partes: Vera Maria Pípolo Vaghetti x José Migliorini.

⁶⁰ Apelação Cível. Direito de vizinhança. Ação de nunciação de obra nova. Janela aberta a menos de um metro e meio da divisa entre imóveis. O fato de o vizinho não ter se oposto, no prazo de ano e dia, à abertura de janela para seu imóvel, a menos de um metro e meio da divisa, não faz surgir uma servidão de luz. Pensar de modo contrário atentaria ao Direito de Propriedade. Correta, portanto, a sentença que permitiu ao confrontante construir rente à divisa, embora inutilizando a janela do seu vizinho. Inteligência do art. 1.302, parágrafo

No entanto, como já dito, a construção deverá respeitar a distância legal, já que a sua inércia não poderá repercutir danosamente na titularidade do outro vizinho.

Gustavo Tepedino⁶¹ fala em servidão de janela, direito real de respeitar a distância legal entre a janela e as novas construções lindeiras, em favor de quem construiu irregularmente. Por isso, caso não propostas as medidas cabíveis para obstar ou desfazer a obra irregular no prazo legal, não pode o prejudicado pura e simplesmente vedar a janela ali aberta, levantando um contramuro. O prejudicado terá de respeitar os 75cm para a nova construção e não poderá abrir janelas, terraços, varandas ou eirados a menos de 1,5m da linha divisória, sob a alegação de que o vizinho não observou tal regra.⁶² Ou seja, criou-se, agora, a servidão de janela⁶³ pela inoperância do vizinho no exercício da ação demolitória.

A jurisprudência não é pacífica a respeito do tema, havendo decisões divergentes quanto à instituição de servidão de luz,⁶⁴ inclusive,

único, do Código Civil (TJRJ, 0000670-62.2007.8.19.0010 (2009.001.03993) – Apelação. Des. Antonio Iloizio B. Bastos – Julgamento: 14.04.2009 – Décima Segunda Camara Cível).

⁶¹ TEPEDINO. Os direitos reais no novo Código Civil. In: ANAIS dos seminários EMERJ debate o novo Código Civil, p. 168-176.

⁶² Agravo de Instrumento. Ação Cautelar. Liminar. Indeferimento por ofensiva a direito de vizinhança. Pedido de permissão de continuidade à construção de telhado que cobriria a janela do vizinho, fundando no art. 1032, parágrafo único, do CC. Agravante-autor que é proprietário de imóvel localizado na parte térrea, onde construiu acréscimo e sobre ele instalou caixa d'água, a qual se encontra no nível da janela do prédio do andar superior, pretendendo, agora, construir telhado para cobrir a caixa d'água que já ultrapassa os limites de sua propriedade, em atuação que nitidamente extrapola seu direito de construir, previsto no art. 1299 do CC, eis que não respeita o direito de seus vizinhos, o que torna inaplicável a norma do art. 1302, parágrafo único, do NCC. Decisão que merece ser mantida por seus próprios fundamentos. Induvidosa ausência de *fumus boni iuris*. Inteligência do verbete sumular nº 58 do TJRJ. Recurso em confronto com súmula deste Tribunal de Justiça. Art. 557, caput, do CPC. Negativa de seguimento (TJRJ 0029188-92.2007.8.19.0000 (2007.002.24654) – Agravo de Instrumento – Des. Celia Meliga Pessoa – Julgamento: 21.11.2007 – Décima Oitava Câmara Cível).

⁶³ [...] Janela – Abertura – Código Civil, Art. 576. Não se opondo o proprietário, no prazo de ano e dia, a abertura de janela sobre seu prédio, ficará impossibilitado de exigir o desfazimento da obra, mas daí não resulta em servidão (REsp nº 37.897/SP, Recurso Especial 1993/0023273-8, Relator(a) Ministro Eduardo Ribeiro, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 01.04.1997, Data da Publicação/Fonte. DJ, p. 67.489, 19 dez. 1997; RSTJ, v. 103, p. 161).

⁶⁴ Nunciação de obra nova. Abertura de janela. Não se opondo o proprietário, no prazo de ano e dia, à abertura de janela sobre seu prédio, ficará impossibilitado de exigir o desfazimento da obra, mas daí não resulta seja obrigado ao recuo de metro e meio ao edificar nos limites de sua propriedade (STJ, REsp nº 229.164/MA, Recurso Especial nº 1999/0080312-4, Relator(a) Ministro Eduardo Ribeiro, Órgão Julgador Terceira Turma, Data do Julgamento 14.10.1999, DJ, p. 90, 06 dez. 1999, JSTJ, v. 13, p. 252; LEXSTJ, v. 128, p. 240; RSTJ, v. 127, p. 282; STJ, REsp nº 34.864/SP). Direitos de vizinhança. Artigos 573, par-2. e 576 do Código

antes da vigência do Código Civil de 2012. No entanto, com a nova disposição minimizou a divergência.

3.6 Direito de Penetração

Outro direito que afeta o pleno exercício da propriedade e decorre do dever recíproco do Direito de Vizinhança é o Direito de Penetração, pelo qual o proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar a entrada de algumas pessoas no seu imóvel (art. 1.313 do CC). Restringir-se-á o Direito de Propriedade, permitindo que o vizinho utilize o prédio alheio no seu interesse, mas com o fim de conservação, limpeza, segurança e saúde dos vizinhos.

As hipóteses de ingresso na propriedade alheia estão previstas na lei, quais sejam: (i) para apoderar-se de coisas suas, inclusive animais, que se encontrem no prédio vizinho, desde que o vizinho não se disponha a buscá-los e entregá-los ao dono; e (ii) para promover

Civil. – Vencido o prazo de ano e dia estipulado no art. 576 do Código Civil, o confinante prejudicado não pode exigir que se desfaça a janela, sacada, terraço ou goteira, mas não fica impedido de construir no seu terreno com distância menor do que metro e meio, ainda que a construção prejudique ou vede a claridade do prédio vizinho. – Ausência de servidão. – Recurso não conhecido (STJ), Recurso Especial nº 1993/0012712-8, Relator(a) Ministro Antonio Torreão Braz, Órgão Julgador Quarta Turma, Data do Julgamento 13.09.1993, *DJ*, p. 20557, 04 out. 1993, *LEXSTJ*, v. 54, p. 302; *RDC*, v. 75, p. 158); Permite: Apelação Cível. Propriedade e direitos reais sobre coisas alheias. Reivindicatória. Servidão de luz. Abertura de janelas a menos de metro e meio do limite da propriedade lindeira. Ausência de oposição no prazo de ano e dia. Omissão que não inibe o proprietário de edificar nos limites de sua propriedade. Redação do art. 1.302 do código civil atual que não alterou o disposto no §2º do art. 573 do Código Civil de 1916. A ausência de oposição, pelo proprietário, no prazo de ano e dia, à abertura de janela com inobservância do limite legal, tem o efeito de obstar o direito ao desfazimento da obra. Todavia, a omissão não o inibe de edificar nos limites de sua propriedade, ainda que eventualmente acarrete vedação de claridade ao vizinho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, assim como deste Órgão Fracionário. Servidão aparente. Exercício contínuo e incontestado, pelo prazo legal, não comprovado. Ausência de justo título. Exegese do parágrafo único do art. 1.379 do Código Civil. Uso contínuo de passagem de luz, pelo prazo de lei, não demonstrado. Pedido de uniformização de jurisprudência. Art. 476 do CPC. Desacolhimento. O pedido de uniformização de jurisprudência constitui faculdade do julgador, não lhe sendo obrigatória a sua arguição, ainda que verificada divergência de entendimento na jurisprudência das diversas Câmaras do Tribunal. Conveniência e oportunidade da medida não constatadas. Precedentes. Recurso de apelação ao qual se nega provimento. Unânime (TJRS, Apelação Cível nº 70043172451, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 30.06.2011); Declaratória de Servidão. Demolitória. Muro construído na divisa de imóveis lindeiros. Servidão de luz. Inexistência. Abertura de janelas a menos de metro e meio da divisa do terreno. Autorização pelo proprietário do imóvel vizinho. Ausência de oposição, no prazo de ano e dia, que não inibe o proprietário de edificar nos limites de sua propriedade. Interpretação dos arts. 573, §2º, e 576, CCB/1916. Precedentes. Negaram provimento (TJRS, Apelação Cível nº 70040369662, Décima Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 31.01.2012).

a reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório (exemplo: limpeza e reparação de esgotos, goteiras, aparelho higiênico, poços, nascentes e aparo de cerca viva, infiltrações em apartamentos vizinhos).

A penetração decorre da ponderação de valores; de um lado, se restringe o direito de um para permitir a exploração e a utilização da propriedade imobiliária. No entanto, essa penetração deve ser temporária, perdurar apenas enquanto necessária para o ato, e, uma vez cessada a causa prevista em lei, nasce automaticamente o dever de retirar-se do imóvel alheio, sob pena da permanência configurar turbacão ou esbulho. Além disso, deve ocorrer mediante prévio aviso e ser indispensável para o ingresso na propriedade vizinha, ser indispensável.

Há divergência quanto à necessidade de anuência⁶⁵ prévia por parte do vizinho ou se basta prévia ciência, já que a lei se refere ao aviso prévio. O melhor entendimento é o que não admite a autotutela, pois difere do que ocorre no disposto no art. 1.210, §1º, do CC, comporta tutela específica (art. 461 do CPC). Assim, no caso de corte de sebes vivas, árvores, ou plantas só podem ser cortadas com prévio consenso entre os vizinhos (art. 1.297, §2º, do Código Civil).

O Direito de Penetraçao, como bem acentua Caio Mário da Silva Pereira,⁶⁶ traz à baila a aplicaçao da técnica da ponderaçao de interesses,⁶⁷ pois deve haver proteçao do sossego e tranquilidade daquele que tem de tolerar a entrada do vizinho em sua propriedade. Conciliar com a escolha de horário, local e duração. Evitar mera emulaçao, sob pena de dar ensejo à obrigaçao de reparar eventuais danos causados com o ingresso no imóvel vizinho.

4 Conclusão

O Direito Vicinal estabelece restriçoes ao Direito de Propriedade, a fim de propiciar um pacífico uso da propriedade imóvel, adequando a utilizaçao social dos prédios com a seguranca, o sossego, e a saúde dos vizinhos.

O Código Civil regula o Direito de Vizinhanca, como amplamente abordado, por meio de normas gerais, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados que dão contornos às hipóteses de interferências na

⁶⁵ PELUSO (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916.

⁶⁶ PEREIRA. *Instituições de direito civil: direitos reais*.

⁶⁷ SARMENTO. *A ponderaçao de interesses na Constituiçao*.

propriedade vizinha e ao próprio uso, gozo e fruição da propriedade, e normas específicas, que tipificam algumas situações em que se conferem direitos e deveres aos proprietários e/ou possuidores vizinhos. É o caso das árvores limítrofes, dos prédios encravados ou com restrições para passagem de cabos e tubulações, do uso de tapumes e demarcação dos prédios, e das construções. Em cada um desses institutos há salvaguarda de um direito fundamental da pessoa humana que está por trás da relação vicinal.

As condutas dos vizinhos devem estar dentro dos limites de tolerância, permitindo-se interferências desde que atendidas as normas de vizinhança de ordem pública e privada. Esses limites de tolerância variam em conformidade com o tempo e espaço, não havendo como definir de antemão quais são as condutas nocivas ao vizinho e afetam seus direitos básicos.

Nesse contexto, assevera-se o papel dos operadores de direito e da jurisprudência na avaliação dos casos concretos quanto à observância e inobservância das normas de vizinhança se o uso da coisa é ou não nocivo. A análise dos fatos deve observar a técnica da ponderação de interesses de forma a conciliar o direito ao pleno uso da propriedade (art. 5º, XXII, da CF), com os direitos dos vizinhos à privacidade, à intimidade, à incolumidade física e psíquica, entre outros direitos fundamentais que podem ser afetados na relação de vizinhança. A interpretação deve ocorrer em conformidade com a função social da propriedade, com os princípios da solidariedade social, da igualdade, da dignidade da pessoa humana.

É com base na ordem constitucional vigente que deve ser lido e aplicado o Direito de Vizinhança, que condiciona o uso da propriedade ao pleno desenvolvimento urbano e, especialmente, da pessoa humana.

Referências

- ALVIM, Arruda *et al.* *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. Algumas considerações sobre o direito das coisas no Código civil: passagem forçada e servidão de passagem: diferença e sua defesa em juízo. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, v. 10, n. 13, p. 96-108, 1998.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *As relações jurídicas reais*. Lisboa: Moraes, 1962.
- CARPENA, Heloisa. Abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHAVES, Antônio. *Lições de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 3.

DANTAS, San Tiago. *Conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das coisas*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 15, art. 1.277 a 1.368.

FACHIN, Luiz Edson. Direito das coisas. In: ANAIS dos seminários EMERJ debate o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2003-2004. 2 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FULGÊNICO, Tito. *Direitos de vizinhança: limites entre prédios (demarcação): doutrina, jurisprudência, processo, prática*. 2. ed. atual. pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GRANADO, Daniel Willian. Os direitos de vizinhança no Código Civil de 2002. *Revista Forense*, v. 105, n. 401, p. 87-126, jan./fev. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 10. ed. atual. por Adilson Abreu Dallari et al. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Luiz Pereira de. Das árvores limítrofes. *Arquivo Forense*, v. 63, p. 13-18, jan./jun. 1976.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O direito de vizinhança no novo Código Civil. In: ANAIS dos seminários EMERJ debate o novo Código Civil. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2003-2004. 2 v.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 2. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2008.

PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 20. ed. rev. e atual. por Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 4.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das coisas: loteamento: direitos de vizinhança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XIII.

PRADO, Karine Monteiro. O direito de construir frente à função social da propriedade urbana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 29-51, 2005.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. Servidão de trânsito e passagem forçada. *Ajuris*, ano 11, n. 30, p. 159-168, mar. 1984.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. Impossibilidade de usucapião de passagem forçada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 76, v. 623, p. 251-254, set. 1987.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. In: ANAIS dos seminários EMERJ debate o novo código civil. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2003-2004. 2 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 12, arts. 1.196 a 1.368.

WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 9. ed. rev. aum. e atual. com a colaboração do prof. Álvaro Vilhaça Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Paula Moura F. de Lemos. A funcionalização dos institutos do direito de vizinhança no Código Civil de 2002. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 447-478. ISBN 978-85-7700-616-8.