

HALINA TROMPCZYNSKI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO USO
NOCIVO DA PROPRIEDADE**

**CURITIBA
2002**

TERMO DE APROVAÇÃO

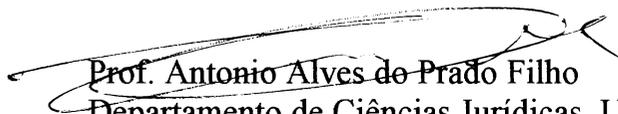
HALINA TROMPCZYNSKI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO USO NOCIVO DA PROPRIEDADE

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Antonio Alves do Prado Filho
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Elimar Szaniawski
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 29 de novembro de 2002

HALINA TROMPCZYNSKI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO USO
NOCIVO DA PROPRIEDADE**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à conclusão do Curso.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior

**CURITIBA
2002**

SUMÁRIO

RESUMO	iii
INTRODUÇÃO	1
1. DIREITO DE PROPRIEDADE: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	3
1.1. LEGISLAÇÃO	3
1.1.1. Tratamento Constitucional	4
1.2. FORMAS DE LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	7
1.2.1. A Limitação como Condição de Existência do Direito de Propriedade	7
1.2.2. Limitações Administrativas	9
1.2.3. Direitos de Vizinhança	10
2. O USO NOCIVO DA PROPRIEDADE	12
2.1. CARACTERÍSTICAS	12
2.2. ELEMENTOS DO USO NOCIVO DA PROPRIEDADE	15
2.2.1. Localização do Imóvel	16
2.2.2. Pré-ocupação Coletiva	16
2.2.3. Autorizações Administrativas	17
2.2.4. Grau de Tolerabilidade	18
2.2.5. Interesse Público	20
2.3. CARACTERIZAÇÃO DO DANO	21
2.3.1. Ofensa à Segurança	21
2.3.2. Ofensa ao Sossego	22
2.3.3. Ofensa à Saúde	23
3. O USO NOCIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	25
3.1. CARACTERÍSTICAS GERAIS	25
3.1.1. Fundamento Jurídico	25
3.1.2. Responsabilidade subjetiva ou objetiva?	27
3.2. SUJEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
3.3. SENTENÇA PENAL E SENTENÇA CIVIL	34
4. A REPARAÇÃO DO DANO	36
4.1. O DANO INDENIZÁVEL	36
4.1.1. Danos Patrimoniais	38
4.1.1.1. Danos emergentes	39
4.1.1.2. Lucros cessantes	39
4.1.2. Danos Morais	40
4.1.3. Dano Infecto	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

RESUMO

Estuda os principais aspectos relativos à responsabilidade civil decorrente do mau uso da propriedade a partir da sintetização das correntes doutrinárias e dos posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema, expondo-os sob um enfoque crítico. Realiza uma breve análise sobre os aspectos do direito de propriedade imprescindíveis para a abordagem do tema, como a sua configuração legislativa e as limitações a esse direito. Discorre sobre o conceito de uso nocivo da propriedade e a forma como ele vem sendo caracterizado pelo juiz no caso concreto, apontando quais os elementos de que o julgador se utiliza para isso. Demonstra os aspectos gerais e as particularidades da responsabilidade civil baseada no uso nocivo da propriedade. Aborda a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do fundamento jurídico do dever do vizinho causador do dano reparar o prejuízo que provocou, principalmente pelo fato de que parte da doutrina entende que esse dever não se refere a uma hipótese de responsabilidade civil, dando a ele qualificações diversas. Destaca decisões jurisprudenciais vinculadas aos temas analisados.

INTRODUÇÃO

Tanto o Código Civil quanto a Constituição Federal garantem o direito de propriedade. Porém, esse direito, assim como os demais, não pode ser exercido ilimitadamente, de acordo com a vontade e conveniência do seu titular. Se assim fosse, não seria possível o exercício de nenhum direito, pois o excesso no exercício por um impediria o exercício pelo outro.

É a partir dessa necessidade de estabelecer limites ao exercício do direito de propriedade que surgem os direitos de vizinhança. Os vizinhos devem utilizar a propriedade de modo a não causar transtornos uns aos outros, mas quando isso não acontece, surgem os conflitos de vizinhança. Para evitar e solucionar esses conflitos é que existem os direitos de vizinhança.

Assim como a própria sociedade, os direitos de vizinhança estão em constante mutação, como uma forma de aperfeiçoamento para atender melhor a necessidade social primordial, que é o bem-estar comum.

Nos dias atuais, é evidente o aumento do número de conflitos de vizinhança nas grandes cidades, principalmente em razão da proximidade maior entre as pessoas, com a proliferação dos condomínios, horizontais ou verticais, que não permitem o isolamento de imóveis vizinhos.

Com os conflitos de vizinhança, surge a grande questão: É indiscutível que um indivíduo deve ser responsabilizado pelos danos que causou ao seu vizinho em razão do uso nocivo da propriedade, mas qual o fundamento jurídico dessa afirmativa? O presente trabalho tem como objetivo responder a esta questão, estabelecendo quais as conseqüências do uso nocivo da propriedade.

Inicialmente, realizamos uma abordagem sobre os aspectos do direito de propriedade diretamente vinculados ao tema. Dentre eles, destacamos a função social da propriedade, dando uma visão sobre a forma como a propriedade vem evoluindo desde a Constituição Federal, e permitindo uma compreensão dos seus contornos atuais. Além disso, analisamos as formas de limitação do direito de propriedade, incluindo os direitos de vizinhança.

Passamos, então, ao estudo do uso nocivo da propriedade, qual os conceitos que a doutrina vem adotando, e, principalmente, quais os elementos relevantes na avaliação do caso concreto pelo juiz para definir os limites do mau uso da propriedade: a localização do imóvel, as autorizações administrativas, o grau de tolerabilidade e o interesse público. Determinamos, também, o que pode caracterizar uma ofensa à segurança, à saúde e ao sossego do vizinho, que são as manifestações do uso nocivo da propriedade.

1. DIREITO DE PROPRIEDADE: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. LEGISLAÇÃO

O Código Civil Brasileiro de 1916, assim como o Código Civil Francês de 1804 (Napoleônico), adotou um conceito de propriedade absoluta e inviolável, garantindo o seu exercício contra tudo e contra todos. De acordo com o artigo 524, o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor dos seus bens, além de reavê-los de quem injustamente os possui.

Esse conceito resultou da mentalidade capitalista, da economia de mercado, com uma visão individualista, onde o principal interesse era garantir o direito de propriedade e o exercício dos poderes proprietários.

A propriedade, figura central do Direito Privado, era considerada um direito fundamental do homem, sendo consagrada como um direito natural, e, portanto, inalienável e imprescritível. Tinha um caráter absoluto e exclusivo, que só aproveitava ao seu titular, e que poderia ser exercido de qualquer maneira que não fosse proibida por lei.

Todavia, a partir do início do século XX, esse conceito começa a ser superado, devido às reivindicações sociais. Percebe-se a falência do chamado direito egoístico de propriedade, e aos poucos este modelo vai sendo substituído pela propriedade solidarística.

O conceito solidarístico resultou da exigência de que a propriedade cumprisse uma função social, e foi introduzido na sociedade moderna pela Constituição de Weimar, de 1919. A função social da propriedade foi incluída dentre os direitos sociais, que eram destinados a servir como um mecanismo de alguns indivíduos contra o domínio econômico de outros.

Esse processo também é conhecido como “humanização”¹ da propriedade, já que a propriedade deixa de ser um direito absoluto e passa a impor determinadas

¹ De acordo com Orlando Gomes, em seu artigo: Significado da evolução contemporânea da propriedade, In: Revista dos Tribunais, novembro/1998, vol. 757, p. 717-727, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

obrigações para o seu titular, sendo o seu exercício condicionado ao bem-estar geral, adquirindo, assim, uma feição mais humanitária.

A função social da propriedade revela uma preocupação com a sua forma geral de utilização, e não apenas no que tange ao seu aspecto econômico, e isso pode ser extraído, por exemplo, das disposições do artigo 186 da Constituição Federal², que apesar de proteger a propriedade rural, favorece indiretamente a preservação do meio ambiente e o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Essa amplitude da função social fica evidenciada, ainda, na Lei nº 10.257/2001, que prevê, por exemplo, os estudos de impacto ambiental e impacto de vizinhança.

1.1.1. Tratamento Constitucional

A Constituição Federal brasileira, de 5 de outubro de 1988, consagrou em nosso direito uma nova visão sobre os princípios reitores das relações privadas, tendo em vista a superação do individualismo característico do Código Civil de 1916.

Apesar de não ser pioneira na instituição do princípio da função social da propriedade (que já existia na Constituição de 1967), a Constituição de 1988 configurou um grande avanço no que tange à superação do tratamento individualista dispensado à propriedade anteriormente. Tentando conciliar a propriedade privada e os interesses da coletividade, inclui a propriedade entre os direitos e garantias fundamentais, mas condicionando-a ao cumprimento da sua função social.

Já João Manuel de Carvalho Santos³, referindo-se ao artigo 113, nº 17 da Constituição de 1934, vislumbrou o início desse processo de mutação, afirmando que o Brasil optara por um conceito social de propriedade, e se é a própria sociedade que permite a existência da propriedade, esta não pode ser utilizada contra o interesse

² “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

³ SANTOS, J.M.C. Código Civil Brasileiro interpretado, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, vol. VII, p. 269-270.

daquela, prejudicando os interesses gerais. Esse conceito social ganhou força com a Constituição de 1967 e veio se consolidar com a Carta constitucional de 1988.

Apesar de manter seus contornos gerais, a propriedade passou a se submeter ao interesse público. O proprietário somente tem o direito de usar, fruir e dispor dos seus bens quando forem observados os limites impostos pela norma constitucional.

Os fins sociais tornam-se parâmetro para o exercício de qualquer direito, não apenas o direito de propriedade, e na medida em que uma pessoa ultrapassa os limites do seu direito, ela interfere diretamente no direito de outrem e indiretamente atinge o interesse geral.

Os direitos individuais e coletivos devem coexistir harmoniosamente, e se isso não for possível, é admissível que algumas vezes os interesses particulares sejam sacrificados em parte para preservar o bem comum.

É a transformação do antigo conceito de propriedade para um novo tipo de propriedade, que pode ser denominada “propriedade social”. A sua utilização não pode mais ocorrer conforme a conveniência do proprietário. Foi outorgado “... um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos (...) com o império dos princípios de igualdade, soberania e justiça.”⁴

Ao estabelecer a função social da propriedade como condição à sua proteção pelo Estado, a Constituição Federal de 1988 fez com que todos os poderes estabelecidos no Código Civil devam ser entendidos conforme a função social da propriedade, ou seja, aquela propriedade que não cumpra a função social não terá proteção jurídica e, portanto, os poderes proprietários não poderão ser exercidos legitimamente.

A função social refere-se à correta e total utilização do bem, ou seja, não basta ser proprietário, é preciso dar à sua propriedade a destinação devida. Eros Roberto Grau⁵ ressalta, ainda, que para cumprir a função social da propriedade é necessário uma conduta comissiva, ou seja, a propriedade deve ser utilizada em benefício das

⁴ FACHIN, Luis Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 16.

⁵ GRAU, E.R. Direito Urbano, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 68

outras pessoas, não bastando que ela não seja utilizada de modo nocivo, deixando de causar danos aos outros.

Conforme definiu Joaquim Castro Aguiar⁶, ao resumir o significado da função social da propriedade: "... a propriedade está destinada a uma missão social, que necessariamente terá de exercer, independentemente da vontade do seu titular". O direito subjetivo do proprietário somente será preservado enquanto esteja sendo exercido em prol da utilidade social, não impedindo a realização dos objetivos públicos.

Segundo José Afonso da Silva⁷, a função social não é uma limitação à propriedade, mas é a propriedade em si, já que faz parte da sua essência, não havendo o reconhecimento da propriedade desfuncionalizada.

Já Carlos Alberto Bittar⁸ entende que tanto as restrições à propriedade ditadas pelas relações privadas (como os direitos de vizinhança) quanto aquelas decorrentes do interesse público, dentre as quais destaca-se a função social, são "limitativas de exercício do direito, e nunca negatórias de sua existência".

Concordamos com a posição de José Afonso da Silva, tendo em vista que a função social não é um limite ao direito de propriedade, e sim uma das partes integrantes do seu conceito, pois além dos poderes proprietários a idéia de propriedade contém um dever, que é exercer esses poderes em proveito da sociedade. A propriedade não é protegida só por si, mas somente quando estiver cumprindo uma função social.

A partir dessa breve análise, podemos concluir que a propriedade no Código Civil brasileiro isoladamente não possui nenhum sentido, pois para compreendê-la é sempre necessário ter em mente a Constituição, os seus princípios e objetivos.

Isto pertence ao fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito Civil, que significa exatamente que as normas deste ramo do Direito devem sempre ser

⁶ AGUIAR, J.C. *Direito da Cidade*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 05.

⁷ SILVA, J.A. *Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 284.

⁸ BITTAR, C.A. *Os direitos reais na Constituição de 1988. A propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988*, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 8.

lidas à luz da Constituição. Não haveria sentido em estudar a propriedade no Código Civil sem ter como base a Constituição Federal.

No artigo 182, a Magna Carta determinou a criação de lei que se destina à fixação de diretrizes para orientar o uso ordenado da propriedade urbana, garantindo o desenvolvimento da sua função social, bem como da função social da cidade em si. A partir desse dispositivo foi editada a Lei nº 10.257/2001, que regulamenta o Estatuto da Cidade⁹.

A criação dessa lei foi importante em razão do crescimento acelerado do número de pessoas que passaram a viver no espaço urbano desde a segunda metade do século XX, pois essa ocupação se deu de modo desordenado. Dessa forma, cresceu vertiginosamente o número de conflitos de vizinhança nas grandes cidades não apenas em razão do aumento populacional, mas também pelo fato desse aumento não ter ocorrido de modo organizado.

1.2. FORMAS DE LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.2.1. A Limitação como Condição de Existência do Direito de Propriedade

Pontes de Miranda¹⁰ ressaltou que de acordo com a concepção absolutista, os direitos subjetivos são independentes entre si, convivendo paralelamente. Já a concepção relativista sustenta que um direito subjetivo é reflexo de outro, só sendo possível o seu exercício em razão da tolerância geral. Uma terceira concepção sintetizou as duas anteriores, e chegou à conclusão de que até certo ponto os direitos subjetivos são independentes entre si, quando passam, então, a se relacionar com os outros direitos, devendo ser exercidos dentro de determinados limites. Essa terceira concepção pode ser resumida pela máxima: *“O direito de um indivíduo vai até aonde começa o direito do outro”*.

⁹ Em suas diretrizes gerais, o Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social, prestando-se a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, sem olvidar ou negligenciar o equilíbrio ambiental.

¹⁰ MIRANDA, P. Tratado de direito privado, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, tomo XI, p. 25.

É um pressuposto da paz social impedir o aniquilamento de um direito pelo outro, evitando que a sociedade viva em constante conflito. Desta forma, institui-se o chamado princípio da relatividade dos direitos (as pessoas devem respeitar-se mutuamente ao exercerem os seus direitos).

A limitação do conteúdo e do exercício do direito de propriedade, então, sendo um instrumento de pacificação social, na medida em que evita os conflitos, é uma condição para a sua existência.

Se não houvesse limitações, um proprietário freqüentemente perturbaria os outros proprietários, fazendo nascer um conflito entre o conteúdo positivo daquele direito (o poder que lhe é conferido) e o conteúdo negativo deste (impedir qualquer interferência no seu direito).

A lei, ao estabelecer o conteúdo do direito de propriedade, fixa os limites tanto com relação ao conteúdo quanto à forma de exercício. Assim, os poderes proprietários previstos no Código Civil (usar, gozar, dispor, e reaver os bens) não podem ser exercidos ilimitadamente. Os limites legais são positivos, quando determinam o que o proprietário pode fazer, e negativos, caracterizando o que é defeso ao proprietário, ou seja, quais os poderes que ele não possui e a forma como os poderes que possui não podem ser utilizados.

A função social não é uma limitação ao direito de propriedade, tendo em vista que, conforme já foi analisado, atualmente apenas a propriedade funcionalizada possui proteção jurídica. A função social não pode ser dissociada da propriedade, faz parte da sua essência.

A princípio, portanto, o direito de propriedade é inviolável e são plenos os poderes proprietários. Existem, todavia, as limitações ao direito de propriedade, que podem ser legais ou voluntárias.

As limitações do direito de propriedade voluntárias são estabelecidas em decorrência de ato de vontade entre as partes, e, devido à sua atipicidade, não serão analisadas no presente estudo. As legais, obviamente, são aquelas pré-estabelecidas em leis, e pormenorizadas nos regulamentos. Estas podem ser administrativas ou decorrentes dos direitos de vizinhança.

1.2.2. Limitações Administrativas

As limitações administrativas são de direito público, e envolvem a Administração Pública na sua função normativa regulamentar. Apesar da obrigatoriedade das limitações ao direito de propriedade terem origem na lei, elas podem ter o seu conteúdo explicitado através dos regulamentos.

Dentre os exemplos de limitações administrativas à propriedade, destacamos aquelas em que é mais evidente a sua incidência, que são as limitações urbanísticas. São as regras que, por exemplo, limitam o número máximo de andares que um edifício poderá ter em determinada região, ou que impedem a modificação da fachada de um imóvel, ou que determinam o nivelamento em relação à rua.

A principal característica da limitação administrativa da propriedade é ser uma imposição geral e abstrata de ordem pública, que determina o conteúdo e a forma de exercício desse direito em função do bem-estar social, é um condicionamento do exercício do direito de propriedade. A restrição administrativa, ao contrário, é uma imposição específica a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos que caracteriza uma compressão do conteúdo preexistente de um direito.

Importante se faz ressaltar que eventual prejuízo que o proprietário possa sofrer com a alteração ou com a extinção das limitações administrativas não é indenizável, pois se trata de um risco do administrado. Já as restrições administrativas, por sua própria natureza, geram o direito à indenização do proprietário.

As limitações administrativas, de acordo com Sérgio de Andréa Ferreira são concretizadas através do poder de polícia, que, segundo ele, é o modo pelo qual a administração "... tendo sempre em vista o interesse público, participa da disciplina e fiscalização do exercício de direitos individuais."¹¹.

Apesar de ter como escopo principal a tutela do interesse público, as limitações administrativas podem, indiretamente servir à proteção do interesse particular, prestando-se, nesse caso, à solução dos conflitos de vizinhança, já que um

indivíduo pode exigir que o vizinho respeite as limitações administrativas quando a inobservância destas implicar em ofensa a um direito seu.

1.2.3. Direitos de Vizinhança

Como é impossível isolar completamente os bens imóveis, é normal que a atividade praticada em uma propriedade interfira na outra. Os direitos de vizinhança são típicas limitações ao direito de propriedade, pois dão ao vizinho que tenha sofrido ou venha a sofrer um prejuízo o direito de impedir determinado uso da propriedade lindeira pela pessoa que a ocupa.

Estão previstos na Seção V do Título II do segundo Livro do Código Civil, e têm por objetivo evitar e solucionar conflitos decorrentes da oposição de interesses entre vizinhos, adaptando os interesses particulares dos proprietários circunvizinhos ao interesse coletivo da paz social. Isso se realiza através de normas que impõem a abstinência da prática de certo ato ou a obrigação de tolerar alguma interferência no direito de propriedade.

Nem todas as utilidades oferecidas pela propriedade são protegidas pelo direito de vizinhança, por isso o Código Civil enumera quais os bens jurídicos passíveis dessa proteção. Outras utilidades além das especificadas neste diploma legal podem ser protegidas de outra forma, sendo até mesmo possível que elas não tenham proteção jurídica.

Esses direitos são obrigações “*propter rem*”, surgem junto com a propriedade e a acompanham, tendo em vista que o vizinho se obriga na condição de possuidor do prédio confinante e, portanto, essas obrigações vinculam qualquer pessoa que esteja na condição de vizinho.

Os direitos de vizinhança podem ser onerosos, quando a interferência na propriedade vizinha é acompanhada de indenização, ou gratuitos, se não há indenização em razão dessa interferência.

¹¹ FERREIRA, S.A. O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 15.

A principal fonte dos direitos de vizinhança é a lei, mas de acordo com alguns autores, como Pontes de Miranda¹², seria possível que através de atos negociais os vizinhos renunciassem às abstenções decorrentes das limitações impostas pelos direitos de vizinhança, ou ainda, que estabelecessem outras limitações além daquelas previstas em lei, e a partir do momento em que esses atos negociais fossem transcritos, seria constituída uma servidão.

Na realidade, quando são instituídas, por convenção das partes, limitações além daquelas estabelecidas em lei, estaria caracterizada uma restrição à propriedade, que seria a servidão; e como os direitos de vizinhança são típicas limitações ao direito de propriedade, seria impossível serem criados direitos de vizinhança pela vontade das partes.

O Código Civil, ao tratar dos direitos de vizinhança, faz uma subdivisão algumas categorias, quais sejam: uso nocivo da propriedade, árvores limítrofes, passagem forçada, limites entre prédios e direito de construir. O conceito de uso nocivo da propriedade é uma formulação genérica do Código Civil que, além de abranger as outras subdivisões, engloba hipóteses não especificadas na lei e que podem dar origem a conflitos de vizinhança.

¹² Op. cit., tomo XIII, p. 291.

2. O USO NOCIVO DA PROPRIEDADE

2.1. CARACTERÍSTICAS

Os conflitos de vizinhança pelo uso nocivo da propriedade ferem a sua função social. Conforme já foi analisado no item 1.1, como a propriedade egoística foi substituída por um novo modelo, não é mais possível admitir-se sua utilização em desconformidade com as expectativas sociais, ofendendo o bem-estar coletivo.

Nesse sentido tem evoluído a legislação. Para ilustrar, destacamos o Projeto de Lei municipal nº 290/02 de São Paulo, que visa implantar o Plano Diretor Estratégico no respectivo Município. Este diploma, no inciso IV do artigo 11, estabelece que a função social da propriedade urbana será cumprida quando, dentre outros requisitos, houver a “compatibilidade do uso da propriedade com a segurança e a saúde de seus usuários e vizinhos”.

Para Carvalho Santos¹³, o proprietário “... deve usar do que é seu, mantendo-se dentro dos limites estabelecidos pela necessidade da harmonia e da coexistência da sua propriedade com a dos outros”.

O uso nocivo da propriedade está em desacordo com a moderna visão da propriedade socializada, uma vez que “efetivamente, nenhum proprietário – ou, mais amplamente, usuário – pode exercer seu direito como se estivesse sozinho no mundo. Afirma-o Lent. Afinal, ele está em sociedade. E é exatamente a vinculação social da propriedade que as limitações de vizinhança expressam, conforme ressalta Heinrich Schäfer”¹⁴.

O conflito de vizinhança é uma espécie de crise do direito de propriedade, tendo em vista que impede a realização total do lado positivo (faculdade do proprietário de promover qualquer atividade lícita sobre o móvel ou imóvel) e do lado

¹³ Op. Cit., p. 8.

¹⁴ ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo da Propriedade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 260.

negativo (faculdade de repelir qualquer interferência no seu direito) do direito de propriedade¹⁵.

O artigo 554 do Código Civil¹⁶ estabelece que o proprietário ou inquilino tem o direito de impedir o uso nocivo da propriedade. Esse dispositivo refere-se à previsão genérica dos conflitos de vizinhança, para abranger hipóteses que não correspondam aos casos particulares previstos nos demais artigos relativos aos direitos de vizinhança, como, por exemplo, o direito de tapagem.

Apesar desse dispositivo referir-se ao proprietário ou inquilino, o direito de impedir o mau uso da propriedade deve ser estendido a todos os possuidores que não detenham a propriedade do imóvel, e o novo Código Civil adotou, no artigo 1.277, esta interpretação, estabelecendo que o proprietário ou possuidor de um prédio tem esse direito.

Além disso, no parágrafo único desse mesmo artigo o novo Código Civil estabelece expressamente que serão proibidas as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego, e à saúde do vizinho, considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, e os limites de tolerância dos moradores da vizinhança, mas isso não impede que o juiz leve em consideração outros fatores.

Para que se caracterize o seu uso nocivo, é importante ressaltar que as propriedades não precisam ser contíguas, a proximidade entre elas é suficiente para justificar a interferência de uma sobre a outra.

Washington de Barros Monteiro¹⁷ entende que o mau uso da propriedade é aquele uso anormal, exagerado, que poderia ter sido atenuado e não foi. Não pode ser considerado nocivo apenas o uso ilegal da propriedade, caso contrário, de acordo com Silvio Rodrigues¹⁸, seria permitido qualquer uso da propriedade que não fosse ilegal. Também estará caracterizado o mau uso da propriedade através do uso abusivo deste

¹⁵ DANTAS, San Tiago. O conflito de vizinhança e sua composição, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1972, p. 105.

¹⁶ “Art. 554. O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.”

¹⁷ MONTEIRO, W.B. Curso de Direito Civil, vol. 03, 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 139.

¹⁸ RODRIGUES, S. Direito Civil, 22ª ed., vol. 5º, São Paulo: 1995, p. 121.

direito, um uso anormal, irregular, mesmo que não seja realizado com o objetivo de prejudicar o vizinho.

Dando continuidade ao seu raciocínio, este autor considera a possibilidade do uso nocivo da propriedade através dos atos lesivos, que são aqueles que, apesar de lícitos e regulares, causam prejuízos aos vizinhos. Todavia, esse raciocínio não parece correto. É que a partir do momento em que se configura o uso nocivo da propriedade, com a ocorrência de um prejuízo para o vizinho, verifica-se um ilícito civil, e, portanto, o uso nocivo da propriedade jamais poderá decorrer do exercício regular de um direito.

Ulderico Pires dos Santos afirma estar caracterizado o mau uso da propriedade pela falta de comedimento, quando o uso da propriedade “ultrapassar a barreira do natural, do justo, do adequado”¹⁹.

Nem todo o ato que produza inconveniências aos vizinhos, porém, poderá ser considerado uso nocivo da propriedade. Há algumas interferências decorrentes das relações de vizinhança que devem ser toleradas, tendo em vista que podem ser consideradas “normais”. São toleráveis de acordo com o que é suportado normalmente pela maioria das pessoas. O conflito de vizinhança só surge quando há uma interferência intolerável.

De acordo com a doutrina de Ihering²⁰, um indivíduo não pode prejudicar ou incomodar os seus vizinhos além da medida ordinária do suportável. Essa é a chamada teoria do uso normal, e é adotada pela doutrina nacional majoritária, conforme depreende-se a partir das conceituações dos autores citados.

Hely Lopes Meirelles, citado por Waldir de Arruda Miranda Carneiro²¹, também é adepto da teoria do uso normal, entendendo que “... ao proprietário ou possuidor só é lícito o uso regular do imóvel, sem abuso ou excesso na fruição de seus direitos. Toda utilização que exceder a normalidade, vale dizer, os padrões comuns de

¹⁹ SANTOS, U.P., *Direito de Vizinhança*, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 21.

²⁰ Citada por Fábio Maria de Mattia. In: *Direito de Vizinhança e a utilização da propriedade imóvel*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 183.

²¹ CARNEIRO, W.A.M. O problema das perturbações sonoras nas edificações urbanas condominiais. In: *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 63, junho/2001, p. 31.

uso da propriedade, segundo a destinação e localização do imóvel, erige-se em mau uso...”.

O uso nocivo da propriedade pressupõe a existência de um dano, de um prejuízo, passado, atual ou iminente, e este prejuízo pode se manifestar através da ofensa à segurança, saúde, e sossego dos vizinhos.

Todavia, há uma dificuldade em se estabelecer precisamente o que seria o uso nocivo da propriedade, tendo em vista que é necessário a análise de cada caso concreto, conforme advertiu Sá Pereira, citado por João Manuel Carvalho Santos²²: “O critério, portanto, do mau uso é contingente e não se pode precisá-lo sem ter em conta todas as circunstâncias que ocorrem em cada caso particular (obr. cit., nº 83)”.

No acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento nº 599110913, da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 18/05/1999, este entendimento é confirmado, ao ressaltar que “o mau uso da propriedade vizinha é sempre determinado mediante as circunstâncias especiais de cada caso, aferindo-se o grau de tolerabilidade, presentes os usos e costumes locais”.

A jurisprudência fixa os contornos do uso nocivo da propriedade. Para isso, são utilizados alguns elementos para poder distinguir o mau uso da propriedade do uso normal. Dentre eles, destacamos: a localização do imóvel, a pré-ocupação coletiva, a natureza do incômodo, o grau de tolerabilidade e o interesse público.

2.2. ELEMENTOS DO USO NOCIVO DA PROPRIEDADE

Conforme já foi explicitado anteriormente, como a aferição da nocividade do uso da propriedade depende de determinados elementos a serem analisados em cada hipótese, faremos uma breve análise destes, bem como da sua relevância, além de demonstrarmos de que forma a jurisprudência vem utilizando-os na consideração do uso nocivo da propriedade.

²² Op. cit., vol. VII, p. 11.

2.2.1. Localização do Imóvel

A localização é muito importante na conceituação da nocividade do uso da propriedade, tendo em vista que determinada utilização de uma propriedade em uma grande cidade poderá não ser considerada nociva, e o ser em uma pequena cidade do interior.

A. Noyelle, citado por Vilson Rodrigues Alves²³, ressalta que “Cidades altamente povoadas acarretam um maior grau de tolerabilidade quanto aos efeitos nocivos do uso da propriedade, a começar pelo fato inevitável da contigüidade das edificações”.

2.2.2. Pré-ocupação Coletiva

Diretamente ligado à localização do imóvel, outro elemento utilizado com frequência é o da pré-ocupação. Apesar de a simples pré-ocupação não ter sido aceita como elemento elisivo da responsabilidade em nosso Direito, a pré-ocupação coletiva é aceita como um fator que exerce influência na determinação do mau uso da propriedade, tendo em vista que diz respeito à destinação do local, como, por exemplo, comercial ou industrial.

Entretanto, a pré-ocupação coletiva, por não ser absoluta, deve ser utilizada com muita cautela, tendo em vista que o juiz deve utilizar-se desse elemento apenas como um dos parâmetros que o orientam para medir o grau de tolerância em razão da perturbação pela qual o vizinho está reclamando.

Não basta que um vizinho tenha se instalado antecipadamente em determinada região para poder utilizar a sua propriedade como lhe aprouver ou para que possa impedir determinada utilização pelos futuros vizinhos. Nesse sentido entendeu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 195134382, da 9ª Câmara Cível:

²³ Op. cit., p. 384.

ACÇÃO DE NUNCIACÇÃO DE OBRA NOVA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLUIDORA. USO NOCIVO DE PROPRIEDADE. CONFIGURAÇÃO. PRÉ-OCUPAÇÃO.

O proprietário de residência pode impedir que o vizinho instale indústria poluidora, ainda que já existentes indústrias similares na localidade, no momento em que se instalou no local. Configura uso nocivo da propriedade o exercício de atividade prejudicial à saúde, sendo irrelevante a pré-ocupação por parte de outras indústrias poluidoras. (Relatora Regina Maria Bollick. j. 19.12.1995)

A pré-ocupação não faz surgir um direito àquele indivíduo que ocupou determinado local anteriormente, mas a sua importância reside principalmente em determinar a destinação do local, fazendo com que os ocupantes posteriores tenham consciência de eventuais conflitos de vizinhança que possam surgir. A destinação fixada pela pré-ocupação coletiva pode ser posteriormente alterada pela legislação municipal de zoneamento ou então ratificada por ela.

2.2.3. Autorizações Administrativas

Os regulamentos e autorizações administrativas não têm o condão de dispensar a observância das normas do direito de vizinhança, pois esses institutos têm eficácia administrativa, mas em nenhum momento fazem cessar o direito do vizinho de impedir interferências nocivas à sua propriedade.

Tito Fulgêncio, em sua obra *Direitos de Vizinhança*²⁴, todavia, entende que se há um alvará de autorização ou licença administrativa, o Poder Judiciário não pode impedir o uso nocivo da propriedade porque estaria violando o princípio da separação de poderes, sendo cabível neste caso uma indenização. É a doutrina adotada na França, Espanha, Alemanha, Argentina e Portugal.

Essa teoria não deve prevalecer no direito pátrio. A existência de prévia autorização administrativa é irrelevante na caracterização do mau uso da propriedade, pois ela presume o uso normal da propriedade, e esse tem sido o entendimento jurisprudencial majoritário, conforme destacamos:

²⁴ Citado por Wilson Rodrigues Alves, op. cit., p. 265.

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DIREITO DE VIZINHANÇA. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. CASA NOTURNA. IMÓVEL SITUADO EM ÁREA RESIDENCIAL. RUÍDOS EXCESSIVOS PROVOCADOS POR INSTRUMENTOS SONOROS A CAUSAR INCÔMODO AOS VIZINHOS. IRRELEVÂNCIA DE O ESTABELECIMENTO TER AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO PARA FUNCIONAR ATÉ DE MADRUGADA, FATO QUE NÃO DESOBRIGA DE CONTER A ATIVIDADE DENTRO DAS CONDIÇÕES DE NORMALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação cível nº 52.020, 3ª Câmara Civil do TJSC. Relator: Des. Wilson Guarany. Publicado DJ nº 9513 de 04.09.96)

2.2.4. Grau de Tolerabilidade

O grau de tolerabilidade, que se refere aos efeitos do uso da propriedade que devem ser tolerados, varia de acordo com o local e o tempo em que se encontra a relação de vizinhança.

De acordo com Vilson Rodrigues Alves²⁵, o uso nocivo da propriedade deve ultrapassar o grau de tolerabilidade para gerar prejuízo, e esse grau deve ser aferido objetivamente através de uma análise sobre o grau de tolerabilidade para os indivíduos normais (não muito intolerantes e nem muito tolerantes) dentro do ambiente em que vivem. Não há, portanto, uma medida de tolerabilidade para cada vizinho, não devem ser levadas em contas as particularidades de cada vizinho, mas sim partir-se de um modelo genérico, do que um indivíduo médio toleraria em determinado local e tempo. Assim vêm entendendo os Tribunais brasileiros, e, para ilustrar, transcrevemos as seguintes ementas:

DIREITO DE VIZINHANÇA - CONDOMÍNIO - CONVENÇÃO - ANIMAL DOMÉSTICO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - ARTS. 554 DO CC E 10, III, DA LEI 4591/64.

(...) Só o uso abusivo e intolerável da propriedade incorre nas sanções legais, entrando na categoria dos encargos ordinários da vizinhança aquele que não excede os limites da anormalidade. Nesse sentido devem ser interpretadas as cláusulas da convenção e do regimento interno do edifício que proibam a permanência de animais no prédio. (...) (Apelação nº 0242837-1, 7ª Câmara Cível do TAMG, Rel. Antônio Carlos Cruvinel. j. 20.11.1997)

²⁵ Op. cit., p.408.

DIREITO DE VIZINHANÇA. CLUBE RECREATIVO. REALIZAÇÃO DE BAILES E SARAUS. POLUIÇÃO SONORA. PROVA DEFICIENTE. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO (COD. CIVIL, ARTS, 160, I, PARTE FINAL, E 554). ILICITUDE INDEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, UNÂNIME.

O uso de aparelhos sonoros e de música ao vivo por clube recreativo, desde que não seja em volume excessivo e de caráter abusivo, não constitui mau uso da propriedade, representando exercício regular de direito (Cod. Civil, arts. 160, inc. I, "in fine", e 554). (...) O som ouvido pelos vizinhos mais sensíveis, achando-se nos limites do razoável, constitui cota de sacrifício ditada pela vida em sociedade. (Apelação Cível nº 0024221100, Ac.: 4007, 2ª Câmara Cível do TAPR, Rel. Juiz Cordeiro Clève. j. 24.10.1990, Publ. 26.02.1993)

Pode ser que determinada nocividade no uso da propriedade não seja intolerável, caracterizando apenas um incômodo, mas que não traga efetivamente prejuízos ao vizinho, como é o caso das decisões supracitadas. Isso ocorre em virtude da própria vida em sociedade, que pressupõe alguns incômodos em razão da proximidade entre as pessoas.

Muito apropriadas foram as observações de San Tiago Dantas²⁶ nesse sentido, de que um indivíduo não pode ser proibido de exercer o seu direito sobre determinada propriedade do mesmo modo como as outras pessoas da mesma região e na mesma época fazem, e nem que ele seja mais tolerante do que as demais pessoas que se encontram nas mesmas condições.

O fato de determinado proprietário ser mais sensível e tolerar menos do que o normal qualquer interferência no seu direito não pode servir para impor uma limitação maior ao direito do outro. Nesse caso, esse indivíduo não terá o direito de impedir ou fazer cessar esse incômodo, por não estar configurado objetivamente o uso nocivo, mas apenas um uso nocivo para ele, subjetivamente.

E nesse ponto é necessária muita cautela, pois a função dos direitos de vizinhança é coibir uma utilização irregular, nociva da propriedade. A partir do momento em que se esquece dos incômodos normais, provocados pelo simples fato de vivermos em sociedade, para considerar todo e qualquer incômodo como uso nocivo da propriedade, aí, então, aniquila-se o direito do proprietário ou titular do direito real de domínio de usar e fruir da sua propriedade.

²⁶ Op. cit., p. 270.

Há alguns incômodos que são inerentes ao direito de propriedade imobiliária, justamente porque nesse caso, ao contrário da propriedade mobiliária, é impossível isolar completamente o objeto do direito. Laurent, citado por San Tiago Dantas²⁷, escreveu: “La coesistenza degli uomini apporta inconvenienti che sono inevitabili, e che per conseguenza ciascuno deve sopportare”. Ou seja, a própria sociedade impõe alguns inconvenientes decorrentes da proximidade entre as pessoas, dentre os quais alguns devem ser suportados.

2.2.5. Interesse Público

O interesse público tem relevância na medida em que é possível que o juiz, na solução do conflito de vizinhança, determine que o vizinho tenha de suportar as interferências na sua propriedade, ainda que estas ultrapassem o grau de tolerabilidade, quando o interesse público exigir a sua continuidade.

Essa hipótese foi consagrada pelo novo Código Civil, que, no artigo 1.278 determina que o direito do proprietário ou possuidor previsto no artigo 1.277 (de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde) não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor que as tenha causado indenizará o vizinho.

Silvio Rodrigues²⁸ ressalta que quando o incômodo é considerável, mas o interesse público clama a sua continuidade, o conflito deve ser solucionado com a fixação, pelo juiz, de uma indenização pelo prejuízo sofrido, determinando que seja tolerado o incômodo. O causador do prejuízo também poderá ser condenado a realizar o que for possível para atenuá-lo.

Há situações, portanto, em que, apesar de ser indiscutível a existência do mau uso da propriedade, o vizinho prejudicado será obrigado a suportar os efeitos nocivos desse uso em prol do interesse coletivo, desde que seja devidamente indenizado.

²⁷ Op. cit., p. 124.

²⁸ Op. cit., p. 124-125.

2.3. CARACTERIZAÇÃO DO DANO

O uso nocivo da propriedade manifesta-se, de acordo com o artigo 554 do Código Civil, através da ofensa à segurança, ao sossego e à saúde dos habitantes do prédio vizinho. A seguir, veremos como se caracterizam as ofensas a estas esferas jurídicas protegidas pelo indigitado dispositivo.

2.3.1. Ofensa à Segurança

A melhor doutrina, sustentada entre outros por João Manuel Carvalho Santos²⁹, entende que deve ser protegida a segurança pessoal do vizinho, visando a assegurar a sua integridade física, bem como a segurança material do imóvel, que indiretamente irá trazer prejuízos ao indivíduo.

A ofensa à segurança pessoal pode ser direta, como uma indústria vizinha expelindo gases letais no ar (não exercendo, portanto, nenhuma influência sobre o imóvel), ou indireta, colocando em risco a segurança do imóvel e, reflexamente, a segurança da pessoa do vizinho, da qual citamos como exemplo a escavação ao redor da propriedade vizinha, comprometendo a solidez da sua estrutura.

A segurança material da propriedade vizinha também é protegida, tanto a do próprio imóvel quanto a dos móveis e semoventes. Se o indivíduo não estiver no bem imóvel, o que se visa a preservar é unicamente a integridade do bem em si, tendo em vista que não haverá risco para a pessoa.

A proteção material da segurança do imóvel ultrapassa a previsão do artigo 555 do Código Civil, que se refere à possibilidade de ruína. A proteção se dá em relação a qualquer prejuízo à segurança, como, por exemplo, o perigo de incêndio, rachaduras e infiltrações, e um dos instrumentos para se efetivar essa proteção é a ação de dano infecto³⁰.

Os móveis e semoventes também são objetos de proteção, devendo ser preservada a segurança de animais, plantações e móveis e semoventes em geral.

²⁹ Op. cit., vol. VII, p. 12.

Haverá ofensa à segurança, por exemplo, quando da atividade do vizinho resultem resíduos que irão se impregnar na plantação do outro proprietário, destruindo-a.

2.3.2. Ofensa ao Sossego

A ofensa ao sossego é a perturbação da tranqüilidade, do momento de repouso do indivíduo. Provavelmente nos dias atuais é a principal causa dos conflitos de vizinhança.

Há diversas formas de perturbar o sossego de uma pessoa, mas a principal delas é o som. O som pode se manifestar prejudicial por meios variados, e alguns deles, como o trânsito, são inerentes aos grandes centros urbanos, não decorrendo do mau uso da propriedade, mas que contribuem para diminuir o grau de tolerabilidade das pessoas, uma vez que aumentam a sua irritabilidade.

O som pode ser humano, como os gritos, algazarras ou cantorias, ainda que provenientes de cultos religiosos, e isso não justifica a nocividade do uso da propriedade em razão da liberdade de culto. A ofensa pode decorrer de som propagado através do rádio ou da televisão em volume excessivamente elevado. A utilização de palavras de baixo calão, bem como a manutenção de estabelecimento comercial que, ainda que possua licença para funcionar, provoque tumulto exagerado, estará ofendendo a tranqüilidade do vizinho.

Além do som humano, o som pode ser produzido pelo homem, como aquele decorrente do exercício da sua atividade, por exemplo, de serralheiro, ou então através da utilização de instrumentos musicais: guitarra, bateria e violino, entre outros. Vale lembrar sempre que é necessário que o incômodo provocado deve ser excessivo, ultrapassando o grau de tolerabilidade, caso contrário estaria caracterizada uma restrição à propriedade, tendo em vista que é inerente ao exercício do direito de propriedade a produção de ruídos.

Há, portanto, que se levar em conta que as pessoas não podem deixar de viver as suas vidas normalmente em função da necessidade de não incomodar os vizinhos.

³⁰ Vide item 4.1.3.

Seria impensável, por exemplo, exigir que um indivíduo seja proibido de andar de sapato dentro do seu apartamento, devendo apenas andar de chinelos emborrachados ou descalço para que, ao caminhar, não provoque nenhum tipo de ruído que possa perturbar o vizinho que mora no apartamento inferior. Todavia, muitas vezes os vizinhos pretendem obter o direito ao sossego absoluto.

O som produzido pelos animais também pode acarretar o uso nocivo da propriedade. Isso é mais comum em propriedades mais próximas, como nos condomínios. Por exemplo, o constante latido estridente de um cachorro certamente trará prejuízos ao sossego dos vizinhos, impedindo-os de repousar.

Para verificar o prejuízo causado pelo barulho, é necessário analisar a sua intensidade, a sua frequência e o tempo de duração. Por exemplo, é fácil comprovar a ofensa ao sossego provocada por um vizinho que três vezes por semana realiza grandes festas em sua propriedade, com música muito alta até de madrugada. Durante o dia, o grau de tolerabilidade aos ruídos é maior do que à noite, pois este é o período em que a maioria das pessoas está dormindo.

A perturbação ao sossego pode causar inúmeros problemas, físicos e psicológicos. Os principais efeitos físicos são a fadiga auditiva, as alterações no ritmo cardíaco, da tensão arterial, do sistema respiratório, e, ligados ao fator psíquico estão o estresse, a perda de apetite, angústia e outras alterações psicológicas³¹.

Todavia, não só o som pode provocar uma ofensa ao sossego do indivíduo, mas também as alterações na temperatura em razão de determinado uso da propriedade, os odores emanados pelo vizinho, e tudo mais que possa provocar alterações no seu estado geral de tranquilidade.

2.3.3. Ofensa à Saúde

A ofensa ao sossego, dependendo da sua gravidade, pode provocar uma ofensa à saúde, como é o caso, por exemplo, do estresse, que afeta a saúde física e emocional do indivíduo. O mesmo ocorre com a ofensa à segurança pessoal do proprietário.

³¹ Conforme observou Wilson Rodrigues Alves, op. cit., p.312.

Porém, aqui trataremos dos fatos que ofendem apenas a saúde das pessoas.

A saúde compreende o funcionamento normal e harmonioso do organismo. Qualquer utilização da propriedade vizinha que, ainda que indiretamente, venha a alterar este estado de normalidade, será uso nocivo.

Como exemplo de ofensa indireta citamos a manutenção de um “lixão” em região não apropriada, fazendo com que se multiplique a quantidade de ratos, baratas e moscas nas proximidades, e assim aumentando a probabilidade das pessoas contraírem uma doença em razão disso. A ofensa direta pode ser a emissão de monóxido de carbono em grande quantidade por uma indústria, o que em poucas horas pode levar um indivíduo à morte.

Manter em sua propriedade pessoas com doenças infecto-contagiosas também pode caracterizar uma ofensa à saúde dos vizinhos. O mau cheiro, a luminosidade excessiva, a emissão de gases ou outros resíduos também podem prejudicar a saúde das pessoas.

3. O USO NOCIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1. CARACTERÍSTICAS GERAIS

3.1.1. Fundamento Jurídico

Ao comentar o artigo 554 do Código Civil, Antonio Chaves³² cita a colocação de Filadelfo Azevedo, de que tal dispositivo configurou uma evolução demasiada ao nosso meio, e se caracteriza um grande avanço em relação às legislações estrangeiras em virtude da sua elasticidade, que permite a abrangência de variadas hipóteses, uma vez que pode ser adaptado em cada situação concreta, segundo razoável arbítrio judicial, tendo como base a análise dos elementos já mencionados.

Pontes de Miranda adverte que “... no sistema jurídico brasileiro, se elevam à categoria de vizinhança o que, noutros sistemas jurídicos, somente constituiria abuso do direito de propriedade ou direito de posse. Esse ponto (...) põe ao vivo a sensibilidade do direito de propriedade, no sistema jurídico brasileiro, e apresenta enormes conseqüências práticas”³³.

Devido à peculiaridade dos direitos de vizinhança no ordenamento jurídico brasileiro, há uma grande divergência doutrinária acerca da responsabilidade decorrente do uso nocivo da propriedade.

Para José de Oliveira Ascensão, “as relações de vizinhança são relações jurídicas reais ou **propter rem**, que têm um regime muito particular. (...) em caso de violação, passa a pertencer ao conteúdo do direito real ‘lesado’ esta pretensão à reconstituição. Fica, pois, sujeita a um regime real, e não ao regime das obrigações fundadas na responsabilidade civil”³⁴. Para ele, a pretensão à indenização pelo uso nocivo da propriedade seria, portanto, um mero atributo do direito de propriedade do vizinho prejudicado, não caracterizando uma hipótese de responsabilidade civil.

³² CHAVES, A. Direito de Vizinhança – Uso Nocivo da Propriedade. In: RJ nº 237 - JUL/1997, pág. 137.

³³ Op. cit., tomo XIII, p. 300.

³⁴ ASCENÇÃO, J.O. Responsabilidade Civil e Relações de Vizinhança. In: Revista dos Tribunais, vol. 595, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 30.

Ulderico Pires Santos leciona o oposto, dizendo que a obrigação que resulta do uso nocivo da propriedade é “...puramente pessoal, nascida do descumprimento de relações puramente pessoais”³⁵, e por isso, ainda que o vizinho que fez uso nocivo da propriedade se mude, ele continuará sendo responsável pelos danos que causou. Ressalta, ainda, que mesmo que seja uma limitação ao direito de propriedade, a ação para demandar questões de vizinhança não guarda caráter real.

A grande maioria da doutrina inclui o uso nocivo da propriedade entre as hipóteses de responsabilidade civil, e, nesse caso, varia a fundamentação jurídica para justificar essa responsabilidade.

Segundo Cunha Barreto, citado por José de Aguiar Dias³⁶, o fundamento jurídico da responsabilidade nas relações de vizinhança é “... o artigo 160, I, do Código Civil, conjugado com o artigo 554 do mesmo Código, por ser o problema da responsabilidade ligado, por sua origem, às obrigações decorrentes do direito de propriedade, mas submetido também às regras da responsabilidade civil por fato pessoal, com o sentido evolvido do abuso no exercício de um direito”.

Vilson Rodrigues Alves³⁷ também entende ser a responsabilidade nas relações de vizinhança baseada no artigo 160, I, segunda parte, do Código Civil. Considera o uso nocivo da propriedade um ilícito absoluto, mas um ilícito não culposos, e sim uma “... contrariedade objetiva a direito”, sendo irrelevante saber qual a intenção do agente do mau uso da propriedade, se ele agiu com dolo ou culpa.

Pontes de Miranda critica veementemente a confusão entre as regras dos artigos 554 e 159 ou 160, I, segunda parte, do Código Civil, pois estes últimos exigem o elemento subjetivo, a culpa, e o artigo 554 por si só viabiliza a pretensão indenizatória, dispositivo este que não exige culpa por parte do responsável³⁸. O artigo 554 seria, para ele, o fundamento jurídico do dever de indenizar pelo uso nocivo da propriedade³⁹.

³⁵ SANTOS, U.P., *Direito de Vizinhança*, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

³⁶ DIAS, J.A. *Da responsabilidade civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 479.

³⁷ *Op. cit.*, p. 345.

³⁸ *Op. cit.*, tomo XIII, pp. 301 e 308.

³⁹ “A condenação, na ação de que se cogita o art. 554, pode ter como conteúdo fazer cessar o dano ou risco, ou prestar-se a indenização”. *Op. Cit.*, vol. XVIII, p. 313.

Fábio Maria de Mattia, por sua vez, não entra no tema, pois entende que “Esta matéria (...) não tem grande repercussão em nosso direito, em razão das normas vigorantes, que excluem a discussão em torno das teorias da responsabilidade”⁴⁰.

San Tiago Dantas afirma que “Os que ficaram, porém, no problema da responsabilidade são desinteressantes no direito nacional, onde a responsabilidade pelos danos que inflingimos aos vizinhos tem fundamento na própria lei (...) sendo excessivo apurar as noções para fixar o fundamento”⁴¹.

Podemos concluir que há uma responsabilidade em virtude do uso nocivo da propriedade, e se isso pode ser denominado “responsabilidade civil” é somente um problema terminológico, que não demonstra grande relevância em face da determinação do fundamento jurídico dessa responsabilidade. Preferimos adotar a expressão “responsabilidade civil” em seu sentido mais amplo⁴² por considerarmos a mais adequada para resumir o dever do vizinho que tenha usado nocivamente a sua propriedade de promover o retorno ao “*status quo ante*”.

3.1.2. Responsabilidade subjetiva ou objetiva?

Dentre aqueles que adotam a teoria da responsabilidade civil decorrente do uso nocivo da propriedade, mesmo dentre os que adotam como fundamento os artigos 159 e 160 do Código Civil, ainda não há um consenso, nem doutrinário e nem jurisprudencial, acerca da necessidade ou não da existência de culpa para que haja a responsabilização do vizinho causador de danos pelo uso nocivo da propriedade.

Apesar de o Código Civil de 1916, no artigo 159, adotar a responsabilidade civil fundada na culpa, que tem como pressuposto uma ação ou omissão, a culpa do agente, o dano, e o nexo de causalidade entre eles, atualmente esse sistema vem sendo superado pela teoria objetiva da responsabilidade, principalmente em razão da

⁴⁰ Op. cit., p. 158.

⁴¹ DANTAS, San Tiago. O conflito de vizinhança e sua composição, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1972, p. 114.

⁴² Como a necessidade de responsabilizar alguém por seus atos danosos, nas palavras de Rui Stocco, In: Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 89. O mesmo autor, citando Serpa Lopes, conceitua responsabilidade civil como o dever de reparar o prejuízo.

dificuldade que a vítima possui, no atual sistema do Código, de comprovar a culpa do agente causador do dano, não podendo, assim, obter a reparação do dano que sofreu.

A responsabilidade objetiva surgiu a partir da necessidade de superar o conceito estrito de culpa. Diferencia-se da culpa presumida, apesar de a adoção desta teoria ter sido o primeiro passo para se chegar à responsabilidade objetiva.

Na culpa presumida continua sendo necessária a existência de culpa, ainda que através de uma ficção jurídica, apenas invertendo o ônus da prova, de modo que não cabe à vítima provar a culpa do agente, mas cabe a ele provar que não agiu com culpa. Essa presunção, portanto, é “*iuris tantum*”, já que se a presunção de culpa fosse “*juris et de jure*”, não admitisse prova em contrário, estaríamos diante da responsabilidade objetiva disfarçada.

É nesse contexto que passa a ser defendida a responsabilidade objetiva. Aqui, o único elemento a ser questionado é o vínculo entre o fato e o dano. Uma vez verificado o dano e indicada a sua autoria, resta comprovar o nexo de causalidade entre eles.

A doutrina vem dando um especial destaque à teoria da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco. Segundo essa teoria, uma pessoa, ao praticar determinado ato, corre o risco de trazer prejuízos à outra, e, se isso efetivamente ocorrer, fica obrigada a repará-los.

Alvino Lima⁴³, citando Josserand, abordou muito bem este tema. Segundo ele, “a teoria do risco tem conquistado terreno sobre a responsabilidade fundada na culpa, quer na elaboração dos próprios preceitos do direito comum, como em sua interpretação pelos tribunais, quer na legislação especial, resolvendo hipóteses que não o poderiam ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa”.

Há previsão da responsabilidade objetiva no Direito brasileiro. Destacamos a previsão constitucional da responsabilidade objetiva do Estado, no artigo 37, § 6º, e o Código de Defesa do Consumidor. Mas há outros casos, como, por exemplo, a responsabilidade decorrente dos acidentes de trabalho, dos transportes em geral, do

⁴³ LIMA, A. Culpa e Risco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960, p. 45.

fato da coisa, e a jurisprudência tem estendido também para a responsabilidade civil dos bancos.

Atualmente, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, é a regra geral, prevista no Código Civil, e a responsabilidade objetiva é aplicada excepcionalmente, com fundamento na legislação esparsa e na aplicação analógica da mesma.

O Novo Código Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003, adotou expressamente a teoria do risco, conforme o parágrafo único do artigo 927, que transcrevemos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifamos)

O entendimento majoritário da doutrina, defendido, entre outros, por Orlando Gomes é o de que mesmo no sistema atual é objetiva a responsabilidade civil do proprietário que venha a causar danos ao seu vizinho em razão do uso nocivo da propriedade, ou seja, não tem como pressuposto a existência de culpa por parte de quem provocou o dano. Parte-se da teoria do risco, partindo-se da premissa de que o vizinho que agiu nocivamente obteve vantagens com isso, e, portanto, deve responder pelos prejuízos que tenha causado⁴⁴.

Pontes de Miranda ressalta que “... à indenização com base no art. 554 não se exige culpa por parte do responsável...”⁴⁵, mas não fala expressamente em “responsabilidade civil”, e sim em dever de indenizar.

A jurisprudência tem se dividido em relação a este tema. Uma parte dos tribunais vem adotando a teoria objetiva, conforme trecho da decisão da 3ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na Apelação Cível nº 62464-0, julgada em 06/10/98, que se manifestou expressamente no sentido de que “...

⁴⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais, 2ª ed., tomo 1º, São Paulo: Editora Forense, 1962, p. 266.

⁴⁵ Op. cit., tomo XIII, p. 301.

vigora no relacionamento de vizinhança o princípio da responsabilidade objetiva...”.

Também merece destaque a seguinte decisão:

DIREITO DE VIZINHANÇA – PROPRIEDADE – DANO – NEXO CAUSAL – ÔNUS DA PROVA – INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

A responsabilidade civil pelos danos de vizinhança é objetiva, conduzindo à obrigação de indenizar, independentemente de existência de culpa, se da atuação nociva do agente resultar dano efetivo. É necessária a comprovação do nexo causal entre a ação do vizinho e o dano sofrido pelo outro como pressuposto essencial para a caracterização do dever de indenizar (...). (Tribunal de Alçada de Minas Gerais – 3ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0259054-3, j. 01/07/98).

Porém, outra parte dos Tribunais, como o Egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, adota a responsabilidade subjetiva nas relações de vizinhança, conforme podemos observar a partir da seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DIREITO DE VIZINHANÇA – OBRAS REALIZADAS EM IMÓVEL SEM AS CAUTELAS EXIGÍVEIS – INFILTRAÇÃO DE ÁGUAS PLUVIAIS – DANOS – TOLERÂNCIA DA ENTRADA DO VIZINHO – O proprietário que, em seu imóvel, executa, sem as cautelas exigíveis nas circunstâncias, obras de que resultam infiltrações de águas pluviais e, em decorrência, danos à casa vizinha, deve ser compelido a reparar os prejuízos a que, culposamente, deu causa, e, ainda, a tolerar, sob pena de multa diária, o ingresso da parte contrária, em seu imóvel, para realização de obras de impermeabilização de muro divisório, indispensáveis à solução integral do problema de vizinhança. (Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro – 8ª Câmara Cível – Apelação nº 15499/92 – Relator Juiz Wilson Marques – j. 17.02.1993)

Se analisarmos o artigo 159 do Código Civil isoladamente, não há dúvidas de que é subjetiva a responsabilidade do causador do dano. Todavia, se fizermos uma interpretação sistemática, combinando esse artigo com as regras do Código referentes aos direitos de vizinhanças, poderemos adotar a responsabilidade objetiva.

Há, no artigo 554 deste instrumento legal, a possibilidade de que o vizinho impeça qualquer prejuízo à sua segurança, sossego ou saúde em decorrência do uso nocivo da propriedade. Para que o vizinho possa assim proceder, não é necessário perquirir sobre a culpa do agente que poderá causar esses prejuízos. Não haveria sentido, então, que fosse adotada a objetividade para impedir o uso nocivo da propriedade e a subjetividade para reparar os danos provocados por este uso.

Além disso, se adotarmos a doutrina de Pontes de Miranda, devemos descartar definitivamente qualquer possibilidade de exigência de culpa do agente do uso nocivo da propriedade que causou danos ao vizinho, uma vez que o fundamento do pedido de indenização seria exclusivamente o artigo 554, que independe de culpa.

O mesmo pode ser deduzido a partir do artigo 555, que determina a obrigatoriedade do vizinho de prestar caução pelo dano iminente, o que também independe da culpa na sua atuação. Seria absurdo imaginarmos a prestação de caução independentemente de culpa no caso do dano iminente e a exigência de comprovação da culpa para a reparação do dano efetivo, pois neste caso, a vítima que tivesse exigido a caução antes da ocorrência do dano seria privilegiada com relação àquela que não o tivesse feito.

Bonfante, citado por Orlando Gomes⁴⁶, faz uma crítica à responsabilidade objetiva, sob o argumento de que ela acaba por desvirtuar o caráter de limitação dos direitos de vizinhança ao ampliar a responsabilidade, ao invés de limitar o direito de propriedade. Há que ser ressaltado, porém, que na reparação de danos morais, a responsabilização do causador do dano exerce uma dupla função.

Quando há danos morais, a indenização paga à vítima deve ter caráter não apenas reparatório, como também pedagógico, de modo que, no caso do mau uso da propriedade, atuará indiretamente como instrumento de limitação do direito da propriedade, uma vez que o valor da indenização arbitrado judicialmente não deve fazer com que compense ao vizinho usar nocivamente a sua propriedade.

Para que o uso nocivo da propriedade acarrete a responsabilidade do vizinho, é necessário que fiquem comprovados, na ação de reparação, a ação ou omissão do vizinho, ou seja, o uso nocivo da propriedade; o dano sofrido pelo autor da ação; e o nexo de causalidade entre o uso nocivo e o dano. O nexo de causalidade consiste na comprovação de que o dano foi decorrente do uso nocivo da propriedade, ou seja, é a relação obrigatória entre a ação do agente e o dano causado, e, dentre os requisitos, é o único acerca do qual não há grandes discussões.

⁴⁶ Op. cit., p. 266.

Se a responsabilidade for considerada objetiva, como no presente estudo, basta a comprovação destes requisitos; já se a opção fosse pela responsabilidade subjetiva, será necessário a comprovação da culpa do agente causador do dano.

3.2. SUJEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A regra geral é de que a pessoa lesada é quem tem o direito de pleitear a reparação por danos, morais ou patrimoniais. Então, no uso nocivo da propriedade, o vizinho prejudicado é o titular do direito à indenização. Portanto, não é necessariamente o proprietário, mas pode ser o inquilino, um hóspede ou qualquer pessoa que, ao utilizar a propriedade, sofreu danos provocados pela utilização da propriedade vizinha.

Isso se dá em virtude da natureza de relação jurídica “*propter rem*” dos direitos de vizinhança, o que significa que estes se transmitem ao sucessor, a título particular, e que os sujeitos desta relação são indiretamente determinados, ou seja, a titularidade dessa relação pertencerá sempre àqueles que estiverem na qualidade de titulares do direito real, seja como proprietário, seja como inquilino, ou até mesmo hóspede, por exemplo.

Em caso do uso nocivo da propriedade ter provocado a morte do vizinho, a legitimidade ativa para a ação de indenização será dos seus parentes mais próximos ou outra pessoa que tenha sido prejudicada pela morte da outra, que podem ter direito à reparação por danos morais, em razão da dor sofrida pela perda de uma pessoa querida, e por danos materiais, se comprovado que a pessoa que morreu de alguma forma contribuiria para o aumento do patrimônio dos seus parentes, como para o seu sustento.

Nesse caso, para os membros da família considerada em seu núcleo (cônjuge e filhos), há uma presunção de danos morais, e os danos materiais deverão sempre ser comprovados. Quando parentes mais distantes (ascendentes e colaterais) ou alguém que não seja um parente (como, por exemplo, a pessoa que mantinha união estável com o indivíduo falecido) pleitearem a indenização, deverão comprovar que os danos alegados efetivamente ocorreram.

Qualquer prejudicado pode pleitear a reparação pelos danos que sofreu, e o seu direito a obter a reparação é independente do direito das outras vítimas, ou seja, cada vítima tem o direito a uma indenização específica pelos seus prejuízos, e ainda que a ação de reparação de mais de uma vítima seja cumulada, não pode o juiz determinar um valor unitário para ser dividido proporcionalmente entre as vítimas⁴⁷.

Os sucessores da vítima do dano têm legitimidade ativa para a ação de indenização, pois é uma ação que se transmite como outra qualquer. Não se a morte resultou do dano, caso em que a titularidade originária vai ser dos parentes mais próximos, conforme já foi explicitado, mas sim se houve um dano a uma pessoa e esta veio a falecer antes de pleitear a reparação por esse dano. Transmite-se o direito de exigir a reparação tanto por danos materiais quanto morais, pois a pessoa sofreu efetivamente o dano quando estava viva.

Há uma divergência doutrinária acerca da legitimidade do Ministério Público para requerer a reparação dos danos em nome da vítima, uma vez que o Código de Processo Penal estabelece, no artigo 68, que este órgão deveria promover a execução da sentença penal condenatória ou a ação civil, a requerimento da parte, quando esta fosse pobre, para obter a indenização. O melhor entendimento é o de que o Ministério Público é parte ilegítima, em razão da instituição, pela Constituição Federal, das defensorias públicas, a quem caberia esta função.

O sujeito passivo da responsabilidade civil, ou seja, o demandado na ação de reparação, deve ser aquele que provocou o dano, conforme o disposto nos artigos 159 e 1.518 do Código Civil. As exceções à regra estão previstas no artigo 1.521 do mesmo instrumento legal, e nas relações de vizinhança merece destaque o inciso I do indigitado artigo, que prevê a responsabilização dos pais pelos filhos menores, pois muitas vezes são as crianças e os adolescentes que provocam danos aos vizinhos, principalmente no caso de ofensa ao seu sossego.

Pode existir mais de um causador do dano, sendo relativamente freqüente nos casos de responsabilidade civil pelo uso nocivo da propriedade. Quando isso ocorre, os agentes respondem solidariamente pela reparação do dano na sua integralidade, desde

⁴⁷ DIAS, J.A. Op. cit., vol. II, p. 792.

que o dano provocado seja indivisível, ou seja, os agentes devem ter concorrido para a ocorrência de um determinado dano, e não cada um causado um prejuízo distinto para determinado vizinho. Cabe à vítima decidir de quem irá exigir a reparação do dano. Assim decidiu o 1º Tribunal de Alçada de São Paulo:

A indenização por danos causados a imóvel vizinho em decorrência de poluição industrial não é afastada ou diminuída pela existência de outras fontes poluidoras na localidade, pois há solidariedade entre os co-autores do dano, podendo a vítima acionar isoladamente cada um deles, exigindo do escolhido o total da indenização. (1º Tribunal de Alçada de São Paulo – 2ª Câmara Cível – Apelação Cível – Relator Maurício Vidigal – j. 04.11.87 – RT 628/138)⁴⁸

O construtor ou empreiteiro responde solidariamente com o dono da obra pelos danos provocados aos vizinhos em razão da construção no caso de má execução da obra. Neste caso, a responsabilidade dependerá, de acordo com Rui Stocco⁴⁹, da comprovação de que não observou, no exercício da sua função, as medidas necessárias para garantir a segurança do vizinho. Todavia, Ulderico Pires dos Santos⁵⁰ entende que este é um caso típico de responsabilidade sem culpa.

Em caso de morte do sujeito passivo da responsabilidade civil, essa responsabilidade se transmite aos seus sucessores, tanto com relação aos danos materiais quanto aos danos morais, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes.

3.3. SENTENÇA PENAL E SENTENÇA CIVIL

É possível que haja uma ação penal anterior, concomitante ou posterior à ação de reparação cível. Nesse caso, qual a relação entre a sentença penal e a sentença civil? Apesar de o Código Civil estabelecer, no artigo 1525, que a responsabilidade civil é independente da criminal, elas não deixam de se relacionar em determinados casos.

⁴⁸ Rui Stocco, op. cit., p. 173.

⁴⁹ Ibid, p. 173.

⁵⁰ Op. cit.

Utilizaremos como exemplo a perturbação do trabalho ou do sossego alheios, contravenção penal prevista no artigo 42 do Dec.-lei nº 3.688/41. Se a sentença penal for condenatória, o réu será obrigado a compor os danos, que deverão ser liquidados no juízo cível. Se a sentença for absolutória, nada impede que a vítima ingresse no juízo cível para pleitear a indenização pelos danos que sofreu.

Se ainda não houve a sentença criminal e a ação civil já foi julgada procedente, nenhum efeito esta procedência irá produzir no juízo criminal, ou seja, não é porque o réu foi condenado a compor os danos que ele será condenado criminalmente.

Importa ressaltar que mesmo quando não estejam presentes os requisitos que configurem a contravenção penal de perturbação do sossego ou trabalho alheios, é possível haver o prejuízo do sossego de um indivíduo pelo mau uso da propriedade pelo vizinho.

4. A REPARAÇÃO DO DANO

Em relação à reparação do dano, é importante estabelecer qual é o dano indenizável, e qual deve ser o montante da indenização a ser prestada à vítima, ou seja, a forma de liquidação do dano.

Carlos Roberto Gonçalves define o objetivo da liquidação do dano como sendo “... tornar realidade prática a efetiva reparação do prejuízo sofrido pela vítima (...) Na reparação do dano, procura-se saber exatamente qual foi a sua extensão e a sua proporção; na liquidação, busca-se fixar concretamente o montante dos elementos apurados na primeira fase”⁵¹.

Se não for possível a reparação do dano em espécie, deve-se realizar a liquidação do dano a fim de estabelecer o “*quantum*” indenizável, já na fase de execução.

Segundo o artigo 1.059 do Código Civil, as perdas e danos compreendem os danos emergentes e os lucros cessantes. Conforme será analisado, os danos emergentes são os prejuízos efetivamente ocorridos, e os lucros cessantes correspondem àquilo que a pessoa deixou de lucrar, na medida do razoável.

O valor da indenização não deve servir para o enriquecimento sem causa da vítima e nem para o seu prejuízo, deve ser suficiente para que a vítima do dano fique completamente indene.

Na fixação da indenização, devem ser observadas as condições financeiras do agente que provocou o dano, podendo, em certos casos, ser limitada a responsabilidade para evitar o seu excessivo empobrecimento⁵².

4.1. O DANO INDENIZÁVEL

Independentemente de a responsabilidade civil decorrente do uso nocivo da propriedade ser considerada subjetiva ou objetiva, é essencial a ocorrência de um dano efetivo para que surja a responsabilidade.

⁵¹ GONÇALVES, C.A. Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 418.

⁵² Conforme observou José de Aguiar Dias, op. cit., p. 780.

O dano é a lesão a qualquer bem jurídico, de acordo com o conceito de Agostinho Alvim, citado por Rui Stocco⁵³, podendo, portanto, recair sobre bens materiais ou imateriais. Só será indenizável, porém, aquele prejuízo que ultrapasse o grau de tolerabilidade, conforme observamos no item 2.2.4, que configure efetivamente um dano.

Eduardo A. Zannoni⁵⁴ conceitua o dano como “...el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su patrimonio”.

José de Aguiar Dias⁵⁵ critica a idéia de bem que é utilizada para a conceituação do dano, uma vez que pode ocorrer de o dano prejudicar não um bem em si, mas uma manifestação sua, e exemplifica com a saúde, que é uma manifestação do bem, que é o corpo. Adota, então, a definição de Hans Albrecht Fischer, em “Reparação dos danos morais no direito civil”, segundo a qual o dano jurídico seria o prejuízo que a pessoa sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, do qual decorre o dever de indenizar. Essa definição mostra-se adequada porque exclui aquelas inconveniências que, por estarem dentro dos limites de tolerabilidade, não geram o direito da vítima a obter a sua reparação.

O objetivo da indenização é reparar o dano que a vítima sofreu, restituindo-a, na medida do possível, ao “*status quo ante*”. Como na maioria das vezes isto não é possível, já que muitas vezes o dano resulta na destruição de determinado bem, ou em outra forma que não permita o retorno à situação anterior, a reparação deve ser feita através de uma indenização pecuniária.

Na primeira hipótese, em que se restitui o bem ao vizinho prejudicado, haverá a chamada reparação natural ou específica. A indenização monetária ocorre freqüentemente quando é impossível a reparação natural, ou quando esta não seja suficientemente compensatória para a vítima do dano.

⁵³ Op. cit., p. 934.

⁵⁴ ZANNONI, E.A. El daño en la responsabilidad civil, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993, p.1.

⁵⁵ Op. cit., p. 714.

O dano que origina a obrigação de indenizar é único, indivisível, mas os seus efeitos podem se dividir, recaindo sobre o seu patrimônio ou sobre os seus bens não patrimoniais. O Código Civil garante o direito à indenização por danos materiais, e isso é indiscutível, mas com relação aos danos morais, havia uma discussão doutrinária. José de Aguiar Dias⁵⁶ destaca que Pontes de Miranda entende que essa proteção existe, e decorre do artigo 76 desse Código; para Espínola, essa proteção teria como fundamento os artigos 1.547 e 1.551 do mesmo instrumento legal, e há quem sustente a inexistência de fundamento para a reparação dos danos morais no Código Civil. Todavia, essa discussão perde a sua importância com a Constituição Federal, que no inciso V do artigo 5º, assegura o direito à indenização por dano moral, material e à imagem.

Além disso, de acordo com a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral”. Isso decorre da necessidade de deixar a vítima completamente indene com relação ao dano que sofreu, o que seria impossível se a cumulatividade da reparação material e moral não fosse admitida. Se a vítima sofre prejuízos materiais e morais, por uma questão de justiça, o causador do dano deve reparar os danos sofridos nas duas esferas.

4.1.1. Danos Patrimoniais

O dano patrimonial é aquele que provoca uma diminuição no patrimônio de um indivíduo. Verifica-se que o patrimônio da pessoa após o dano é menor do que aquele que ela possuiria se o dano não tivesse ocorrido.

Essa diminuição patrimonial pode incidir sobre o patrimônio atual da vítima, quando estarão caracterizadas as perdas efetivas, chamadas de danos emergentes, ou sobre o seu patrimônio futuro, onde se enquadram os lucros cessantes. É possível que ambas as formas de danos materiais se manifestem em decorrência de um mesmo fato danoso, e as duas representam a perda de um benefício patrimonial.

⁵⁶ Ibid, p. 751.

4.1.1.1. Danos emergentes

Esse tipo de dano pode ser mais facilmente comprovado, em razão de referir-se a um dano que já ocorreu efetivamente. É configurado pelo dano direto a determinado bem, como, por exemplo, pela sua destruição, degeneração ou privação do uso, e também pelos gastos que a vítima foi obrigada a realizar em decorrência do dano⁵⁷.

É o caso, por exemplo, do indivíduo que ao realizar uma queimada em sua propriedade, deixa o fogo se espalhar, provocando a destruição de um barracão existente na propriedade vizinha. Nesse caso, o vizinho sofre uma diminuição patrimonial equivalente ao valor do barracão acrescido do valor dos bens que estavam em seu interior e que também tenham sido destruídos.

Outro exemplo é um indivíduo que, em razão do mau uso da propriedade vizinha, obriga-se a abandonar o seu imóvel e alugar outro até obter a solução do conflito. Haverá o decréscimo no seu patrimônio correspondente ao valor despendido com o aluguel.

4.1.1.2. Lucros cessantes

Os lucros cessantes correspondem ao acréscimo patrimonial que a vítima deixou de perceber em razão do dano sofrido. Neste caso, ocorre a frustração de um acréscimo patrimonial tido como certo pela vítima. O dano vem impedir que a vítima perceba determinados rendimentos que traduziriam um aumento patrimonial.

É visto com muita cautela, devendo a vítima comprovar que realmente seria capaz de obter o lucro pleiteado, e que não se trata apenas de uma possibilidade.

Um exemplo de obrigação de indenização pelos lucros cessantes é quando o proprietário de um imóvel que o utiliza para realizar sessões de terapia e relaxamento, e, ao lado do seu imóvel instala-se uma igreja evangélica que durante a maior parte do dia realiza cantorias e exorcismos, entre outros atos, e como não há qualquer tipo de isolamento acústico na igreja, o som ultrapassa os limites toleráveis, espantando os

clientes do proprietário, que não conseguem relaxar com todo aquele barulho. Nesse caso, os lucros cessantes corresponderiam ao valor que o proprietário deixou de lucrar com os clientes que deixaram de utilizar os seus serviços em razão da perturbação do sossego provocada pela vizinha.

A seguinte ementa expressa o dever de indenizar pelos lucros cessantes em razão do uso nocivo da propriedade:

DIREITO DE VIZINHANÇA - CONDOMÍNIO - INDENIZAÇÃO - LUCROS CESSANTES RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

O uso nocivo da propriedade por ação ou omissão dos condôminos, provocando danos nas unidades autônomas inferiores gera o dever de repara-los, inclusive pelos lucros cessantes decorrentes da redução do valor locativo daquelas unidades. (Apelação nº 0183232-0, 2ª Câmara Cível do TAMG, Rel. Maria Elza. j. 18.10.1994).

4.1.2. Danos Morais

O dano moral é aquele que decorre de uma dor moral, que afeta os sentimentos da vítima, sendo, portanto, imaterial, abstrato. É a reação psicológica à uma “ofensa”. Segundo a doutrina de Eduardo A. Zannoni⁵⁷, a dor não seria o dano moral, e sim uma consequência deste, enquanto o dano moral propriamente dito seria a frustração da satisfação ou gozo dos interesses não patrimoniais reconhecidos juridicamente.

O dano moral pode decorrer de um dano material, como, por exemplo, a perda de um objeto de afeição, mas é possível que esteja presente ainda que não tenha ocorrido o dano patrimonial.

A grande dificuldade que surge quando se fala em dano moral, é no que tange à sua liquidação, tendo em vista que trata justamente de valores imateriais, não tendo correspondência com os valores patrimoniais do indivíduo, e problema é enfrentado na liquidação do dano.

Há quem sustente que os danos morais não deveriam ser reparáveis, argumentando, principalmente, que não há como saber indubitavelmente se eles

⁵⁷ Conforme observou Eduardo A. Zannoni, op. cit., p.60.

⁵⁸ Ibid, p.290.

efetivamente ocorreram, que é impossível avaliá-los pecuniariamente, ficando ao arbítrio do juiz, e que seria imoral compensar uma dor psicológica através de uma indenização pecuniária.

Esses argumentos podem desde logo ser refutados, uma vez que a reparação pelos danos morais é garantida tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil, conforme foi analisado no item 4.1.

Há situações em que é evidente a dor moral que é infligida a uma pessoa, não sendo justo que o causador deste mal não tenha que pagar por isto de alguma forma, e neste caso a indenização não serve realmente para a reparação do dano, mas sim para promover uma compensação pelo prejuízo sofrido. Com relação à impossibilidade de correspondência entre um dano moral e um valor patrimonial, esse é um problema relacionado à liquidação do dano, e para o qual a jurisprudência tem encontrado soluções.

Há, ainda, aqueles que sustentam ser possível a reparação dos danos morais somente quando eles vierem acompanhados de danos materiais. Pontes de Miranda, em sua obra citada por José de Aguiar Dias⁵⁹, afastou essa idéia, colocando a seguinte questão “Que mal-entendida justiça é essa, que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não ao dano imaterial sozinho?”.

O dano moral está presente na maioria dos conflitos de vizinhança, uma vez que nas relações entre vizinhos o elemento psicológico tem grande relevância, principalmente quando esses conflitos ocorrem com imóveis residenciais, retirando a tranqüilidade, o refúgio que a vítima deveria encontrar no seu lar. Há uma perturbação emocional muito grande nesses casos, porque a vítima é obrigada a conviver diariamente com a perturbação, e muitas vezes o contato com o causador do dano é inevitável.

Uma das principais funções exercidas pela reparação dos danos morais, além de tentar amenizar a dor da vítima, é o seu caráter pedagógico. Quando impõe o pagamento de uma indenização por danos morais, o julgador está exercendo um papel educativo, pois desestimula tanto o próprio causador do dano que está sendo obrigado

⁵⁹ Op. cit., p. 751.

a pagar a indenização, quanto as demais pessoas a praticarem um ato que implique em um dano moral. E é a própria jurisprudência que vem consolidando essa dupla função da indenização por danos morais:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – ESPANCAMENTO DE CONDÔMINO POR SEGURANÇAS DO BARRASHOPING – INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO – A indenização por dano moral objetiva **compensar** a dor moral sofrida pela vítima, **punir** o ofensor e **desestimular** este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. II. Segundo reiterados precedentes, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, recomendando-se que a sua fixação seja feita com moderação. III Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ – RESP 283319 – 3ª Turma – Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 11.06.2001) (destacamos)

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – RESPONSABILIDADE CIVIL – PENSIONAMENTO – DANO MORAL – CARÁTER PUNITIVO E COMPENSATÓRIA – A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e, também, um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no “*arbitrium boni viri*” do juiz. (TACRJ – Apelação Cível 10499/92– 4ª Câmara Cível – Relator Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira – J. 05.03.1992)

4.1.3. Dano Infecto

O dano infecto é um prejuízo eventual, que ainda não se concretizou, mas que está na iminência de se efetivar. O artigo 555 do Código Civil autoriza o vizinho a exigir a caução pelo dano iminente, que possa se efetivar em razão do uso nocivo da propriedade. Não é suficiente, portanto, a possibilidade de que venha a ocorrer determinado dano, mas é necessária a probabilidade, ou seja, que haja justificado temor de que ele venha a se efetivar.

Essa figura tem origem no Direito Romano, na “*cautio damni infecti*”, que era a caução que o proprietário era obrigado a prestar ao vizinho quando o seu prédio ameaçasse ruir.

Posteriormente, esse direito de exigir a caução foi ampliado, passando a abranger a proteção contra qualquer nocividade do prédio vizinho, não se limitando à ruína, sendo utilizável tanto para proteger o patrimônio do vizinho quanto para proteger os seus bens imateriais.

A ação de dano infecto serve tanto para proteger contra um dano que ainda não ocorreu, mas que seja iminente, quanto contra um dano que ainda esteja ocorrendo, ou seja, que não tenha se esgotado em uma única oportunidade, mas que, através de uma continuidade, vá se ampliando progressivamente. Por exemplo, se houve a contaminação de uma parte da lavoura de um proprietário em razão do pesticida utilizado pelo seu vizinho, pode ser que toda a lavoura seja comprometida se esse vizinho continuar utilizando o pesticida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho consistiu na análise de uma parte específica dos conflitos de vizinhança, que diz respeito ao mau uso da propriedade e à obrigação de o vizinho prestar indenização se isso ocorrer, e realizou uma ampla análise sobre a responsabilidade gerada pelo uso nocivo da propriedade.

Vimos que alguns autores consideram dispensável uma abordagem mais profunda sobre esse tema, por haver disciplina legal, mas comprovamos que a jurisprudência tem seguido diversos caminhos, o que comprova a relevância desse estudo.

Há quem entenda que a indenização a que o vizinho tem direito não se baseia na responsabilidade civil, mas diz respeito ao direito de propriedade, fazendo parte do seu conteúdo, e há aqueles que combatem expressamente essa teoria, defendendo que a obrigação de indenizar tem caráter real, e não pessoal.

E, por fim, outra parte da doutrina adota a idéia de que essa hipótese pode ser considerada responsabilidade civil, e fundamenta isso de modos diferentes. A partir de uma visão crítica sobre as diversas correntes doutrinárias, preferimos nos aliar a esta, considerando, justificadamente, que há responsabilidade civil decorrente do uso nocivo da propriedade.

Abordamos, também, a grande dificuldade em determinar se a responsabilidade nesse caso seria subjetiva, seguindo a regra geral do Código Civil, ou objetiva. Mostramos a divergência doutrinária e jurisprudencial, concluindo que provavelmente o mais adequado seja considerá-la objetiva, pelas razões expostas.

Expusemos os requisitos dessa responsabilidade, que são o mau uso da propriedade, o dano e o nexo de causalidade, mas para os que adotam a responsabilidade subjetiva a culpa do agente é outro requisito. Como adotamos a teoria objetiva, detalhamos a forma de caracterização do uso nocivo da propriedade e o dano, uma vez que o nexo de causalidade é o único requisito que não causa divergências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Joaquim Castro. In: *Direito da Cidade*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo da Propriedade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Responsabilidade Civil e Relações de Vizinhança*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 595, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 21-33.
- BITTAR, Carlos Alberto. In: *Os direitos reais na Constituição de 1988*. In: *A propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988*, coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1-13.
- CARNEIRO, W.A.M. *O problema das perturbações sonoras nas edificações urbanas condominiais*. In: *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 63, junho/2001, p. 27-39.
- CHAVES, Antonio. *Direito de Vizinhança – Uso Nocivo da Propriedade*. In: *RJ* nº 237 - JUL/1997, pág. 137.
- DANTAS, F. C. de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FACHIN, Luis Edson. In: *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, Porto Alegre: Fabris, 1998.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O Direito de Propriedade e as Limitações e Inerências Administrativas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988, vol. 3, São Paulo: Julex Livros Ltda, 1989.

_____. O Município à Luz da Constituição Federal de 1988. 2ª edição, Bauru-SP: EDIPRO, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando. Direitos Reais, 2ª ed., tomo 1, São Paulo: Forense, 1962.

_____. Significado da evolução contemporânea da propriedade, In: Revista dos Tribunais, novembro/1998, vol. 757, p. 717-727, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Alvino. Culpa e Risco, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

MATTIA, Fábio Maria de. Direito de Vizinhança e a Utilização da Propriedade Imóvel, São Paulo: Editor José Bushatski, 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Pontes de. In: Tratado de direito privado, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, tomos XI e XIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, vol. 03, 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. In: A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. n° 65, julho/setembro de 1993.
- RAFANHIM, Ludimar. In: Estatuto da Cidade: Conquistas e desafios. In: L&C, n° 44, fevereiro/2002, p. 6-9.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 05, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- SANTOS, Carlos Nelson F. dos. O uso do solo e o Município, 2ª ed., Rio de Janeiro: IBAM, 1989.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. In: Código Civil Brasileiro interpretado, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, vol. VII.
- SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SURGIK, Aloísio. A luta pela propriedade da terra na história de Roma e no Brasil (considerações críticas). In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 32, Curitiba: 1999.
- ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.