FELIPE JAMES ARRUDA PINTO

Conflitos de vizinhança no Direito Civil contemporâneo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Marco Fábio Morsello

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

FELIPE JAMES ARRUDA PINTO

Conflitos de vizinhança no Direito Civil contemporâneo

Dissertação apresentada à Basnca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Marco Fábio Morsello.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por absolutamente tudo. A Ele minha própria vida, e principalmente a forma como ela aconteceu, por intermédio da Virgem Maria, de São Jorge e de Santa Rita de Cássia.

Eterna gratidão aos meus pais, Izilda e Jair; minha irmã, Laissa; e minha querida Vicky, por minhas bases como pessoa e minha sensação de pertencimento ao mundo que habito. Inexplicável o sentimento que sinto por todos.

A minha família, em toda sua extensão e abrangência, pelo incentivo e pela formação da minha identidade. Especial destaque aos meus tios; aos meus primos; e, sobretudo, meus avós: Sebastião, Narcisa, o saudoso Farid Salomão, que mesmo distante na matéria foi presença absolutamente constante durante toda a minha existência, e Teresinha Pinto Leite, que, apesar de ter nos deixado durante a realização deste trabalho, consiste em uma das maiores razões para que seguisse e concluísse.

A todos os amigos, de longa data e mais recentes, por todo o apoio em qualquer que fosse o momento: da então "maior adversidade" ao êxito, que igualmente repele os que não são verdadeiros amigos fraternais.

Ao Doutor Luiz Sergio Fernandes de Souza e ao Doutor Sérgio Coimbra Schmidt, não apenas por sua influência positiva com a maturidade decorrente do trabalho, e pela fidúcia a mim conferida. Gratidão, ainda, por momentos comuns tão agradáveis de amizade e de confiança. De igual maneira, dedico a todos meus colegas, sem exceção, referido agradecimento – por todo o convívio diário, dotado de tamanha amizade e companheirismo, tornando, ainda hoje, tantos dias aparentemente comuns em parte notável de minha vida.

Agradeço a todos os mestres de minha vida, pelas lições tão intensamente caras, e aos doutrinadores e magistrados citados. Ressalte-se o Professor Marco Fábio Morsello que, além de permitir a elaboração do presente trabalho, entre outras empreitadas passadas e futuras, ao assumir minha orientação, tanto me auxiliou nessa caminhada, bem como pelas memoráveis aulas de Direito. Muito obrigado, por todos os ensinamentos e pela amizade, que tanto prezo.

Faço menção, outrossim, à Priscilla, que não bastasse ter me ajudado tanto na formatação e revisão desse trabalho, revela-se uma grande amiga, minha e de toda a minha família.

RESUMO

PINTO, Felipe James Arruda. *Conflitos de vizinhança no Direito Civil contemporâneo*. 2018. 188 f. (Mestrado) - Faculdade de Direito, Univerisdade de Sâo Paulo, São Paulo, 2018.

Importante instituto do Direito das Coisas é a propriedade, cuja definição e interpretação foi extremamente mutável no decorrer dos séculos. Assim como sempre variou sua própria natureza, também sua limitação foi discutida e discutível, sobretudo no que tange à vizinhança e ao Condomínio Edilício. Momento crucial dessa evolução se deu em Roma, passando de uma natureza quase absolutista a outros institutos e variantes proprietárias. Roma, pois, gera desdobramentos diretos na Europa Continental, é dizer, em Portugal, e, por consequência, no Brasil, que reconhece, de maneira perene, significativa relevância ao sobredito instituto político, social e jurídico. Necessária, destarte, a distinção entre Direito *De* Propriedade e Direito *À* Propriedade, a fim de compreender a dicotomia entre o direito adquirido, verdadeiro instituto consolidado, e as prerrogativas sócio-políticas a ele atreladas, com especial enfoque à dignidade da pessoa humana e à busca pela garantia de um patrimônio mínimo digno. O abuso do direito, em seu sentido lato, assim como em seu sentido estrito, é dizer, em relação ao direito de propriedade e sobre sua disposição na Constituição Federal e nas leis, denota-se imprescindível, porquanto dele se revelam os conflitos dos direitos individuais, evidentes no direito de vizinhança e nos condomínios.

A excessiva interface ocasiona distorções, abusos, bem como a necessidade de resolução desses mesmos conflitos, que não são gerados por atos ilícitos. Diga-se, outrossim, que a evolução de entendimentos sociais e doutrinários foi admitida, aos poucos, no âmbito das normas positivadas no ordenamento. Inclusive no que concerne aos princípios. A Carta Magna de 1988 trouxe diretrizes que não podem ser olvidadas, ao passo que o próprio Código Civil também releva princípios comunitários e a *função social da propriedade*.

Há, pois, a imposição, em detrimento de uma escolha, de ver colocada a *função social da propriedade* em prática na ordem do dia nacional, levando-se em conta as regras de interpretação da Constituição Federal. As questões vicinais, das quais não se evadiu a doutrina, em que pese a existência de eventuais divergências, sempre reconheceram limites na propriedade. E existe, indubitavelmente, um conjunto de princípios que orientam a resolução de conflitos, sendo inclusive plasmados por ocasião de edição normativa renovada. Notável, portanto, a chance de se responsabilizar o vizinho por suas condutas,

arrimando-se, além disso, na doutrina e no ordenamento, porquanto inevitável a convivência vicinal. Evidencia tal interpretação, outrossim, a jurisprudência. Conquanto perceptível a dissonância na hermenêutica, resguarda-se o vizinho prejudicado, e opõe-se, com reservas, à interpretação que veda, peremptoriamente, a expulsão do condômino antissocial, sob determinados aspectos: a interpretação civil a partir da Carta Magna; a relativização da hipótese extrema de acordo com critérios que embasem o impedimento condominial; a proteção ao *bem de família*, entre outros aspectos descritos no presente trabalho. Cumpre prosperar a interpretação de limitação da propriedade, sob a égide da *função social da propriedade* e da *tolerabilidade*. O condômino deve se sujeitar à responsabilização, a qual deve ser efetiva, se entendida a conduta como *intolerável*.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Conflitos vicinais e direito de vizinhança. Abuso do direito. Responsabilização do vizinho/condômino antissocial.

ABSTRACT

PINTO, Felipe James Arruda. *Neighbourhood conflicts in contemporary Civil Law*. 2018. 188 p. (Master) - Faculty ok Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

Important institute of the Property Law is the right of property itself, whose definition and interpretation has been extremely changeable over the centuries. Just as its nature has always varied, its limitation has also been discussed and arguable, especially with regard to the neighbourhood rights and the Condominium. Crucial moment of this evolution occurred in Ancient Rome, passing from an almost absolutist nature to other proprietary institutes and variants. Rome, therefore, generates direct consequences in Continental Europe Law, thus in Portugal, and consequently in Brazil, which recognizes, in a perennial way, a significant relevance to the aforementioned political, social and juridical institute. Therefore, the distinction between *Right of Property* and *Right to Own Property* is necessary, in order to understand the dichotomy between vested right, a true consolidated institute, and the socio-political prerogatives attached to it, with a particular focus on human dignity and the seek to guarantee a minimum worthy equity. The abuse of rights, in its broad sense, as well as in its strict sense, which means, in relation to the right of property and its disposition in the Brazilian Federal Constitution and in the law system, is an essential subject, since it reveals the conflicts between individual rights, evident in the neighbourhood rights and in the Condominiums. The excessive interface causes distortions, abuses, as well as the need to resolve these same conflicts, which are not generated by illegal acts. It should also be said that the evolution of social and doctrinal understandings has gradually been admitted within the framework of the norms that are assured in the legal system. Even with regard to principles. The 1988 Constitution provided guidelines that can not be forgotten, while the Civil Code itself also emphasizes community principles and the *social duty of the right of property*. There is, therefore, the imposition, instead of a choice, of placing the *social function of the right of property* in practice on the national agenda, taking into account the rules of interpretation of the Federal Constitution. The vicissitudes, of which the doctrine was not evaded, in spite of the existence of possible divergences, always recognized limits in the right of property. And there is undoubtedly a set of principles that guide the resolution of conflicts, and are even shaped by a renewed regulatory edition. It is remarkable, therefore, the chance to hold the neighbour responsability for his conduct, according to law authors and to the law itself,

since the vicissitudes of the coexistence are inevitable. Such an interpretation, moreover, is confirmed by many precedents. Although the dissonance in hermeneutics is perceptible, the prejudiced neighbour is safeguarded, what opposes, with reservations, to the interpretation that peremptorily forbids the banishment of the anti-social owner, under certain aspects: the interpretation, within the Civil Law concepts, of the Constitutuion; the relativization of the extreme hypothesis, according to criteria that support the condominial impediment; the protection of the *family property*, among other aspects described in this study. The interpretation of the limitation of the right of property must prosper, within the lessons regarding the *social duty of property* and *tolerability*. The Condominium owner must be liable. Obligation, in its turn, that must be effective, if the conduct is understood as *intolerable*.

Key words: Right of property. Neighbourhood conflicts. Abuse of rights. Liability of the neighbour/condominium owner.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 HISTÓRICO PRÉVIO 15
2.1 Os primórdios do Direito de Propriedade 15
2.2 O Direito de Propriedade na Mesopotâmia 16
2.3 O Direito de Propriedade entre os Hebreus 21
2.4 O Direito de Propriedade na Grécia 23
2.5 O Direito de Propriedade no Egito 26
2.6 Evolução do Direito de Propriedade em Roma 27
2.7 O Direito de Propriedade na Idade Média e na Idade Moderna 35
2.8 O Direito de Propriedade após a Revolução Francesa 38
2.9 O Direito de Propriedade no Código Civil Napoleônico 40
2.9.1 Comparação: O Direito de Propriedade nos Sistemas Inglês e Francês 50
2.10 Breve Histórico do Direito de Edificar 52
2.11 A Propriedade no Ordenamento Brasileiro 58
2.12 Os Direitos de Vizinhança e sua Evolução Histórica 65

3 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO À PROPRIEDADE 71
3.1 Distinção Clássica entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade no Brasil: Lafayette Rodrigues Pereira e os autores modernos 71
3.2 Breves Comentários sobre a Distinção entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade na Doutrina Francesa 75
3.3 Distinção entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade no Brasil Contemporâneo 83
3.4 Distinção entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade no âmbito patrimonial: Luiz Edson Fachin e o Patrimônio Mínimo 93

4 ABUSO DO DIREITO 97
4.1 Introdução ao Abuso do Direito 97
4.2 Abuso no Âmbito do Direito de Propriedade 100
4.3 Abuso no Âmbito da Constituição Federal e do Código Civil 104

5 GARANTIAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE 113
5.1 Garantias Constitucionais e Legais no Brasil 113
5.2 Disposição das Normas que Versam Sobre os Temas no Código Civil 118
5.3 Sopesamento das Normas Perante o Vizinho Antissocial 124

6 SOBRE OS DIREITOS DE VIZINHANÇA 131
6.1 Posicionamentos Majoritários na Doutrina 131
6.2 Os Limites do Direito de Vizinhança 136
6.3 O Consenso Comunitário e as Modificações do Direito de Propriedade 141

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO VIZINHO ANTISSOCIAL 147

8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TEMAS CORRELACIONADOS 153

9 CONCLUSÃO 177

10 REFERÊNCIAS 181

1 INTRODUÇÃO

Entre as matérias mais importantes do Direito Civil está o Direito das Coisas. Um relevante instituto inserido no rol dos direitos reais é a propriedade, importante direito, entendido de inúmeras maneiras ao longo do tempo. Questionou-se sempre sua limitação, sobretudo no âmbito da vizinhança e do Condomínio Edilício.

Por meio desse trabalho, aspira-se a conhecer a história da propriedade, desde o seu princípio até o presente momento, com especial destaque ao tratamento, em Roma, dos elementos supracitados, além de sua passagem para Portugal e o Brasil. Tal digressão se faz presente para entender como se desenvolveu o domínio, suas limitações e repercussões atuais.

Necessário, ainda, vislumbrar a importância da doutrina e de suas orientações divergentes, a respeito de variados ramos atinentes à propriedade, principiando pela distinção entre Direito *De* Propriedade e Direito *À* Propriedade.

Posteriormente, verifica-se o abuso do direito, não somente em sua vertente geral, cuja relevância é indiscutível, mas também com especial enfoque em relação ao direito de propriedade e sobre a disposição do tema no ordenamento pátrio, porquanto o abuso se revela sobremaneira importante quando se trata de direito de vizinhança e condomínios, em que o contato e o encontro direto dos direitos pode causar distorções, abusos, bem como impor a resolução de conflitos que não são gerados por atos ilícitos.

Pretende-se, ainda, verificar o conjunto de garantias do direito de propriedade, com especial enfoque sobre as garantias constitucionais e sobre o tratamento da temática referida nos dispositivos do atual Código Civil. No sistema jurídico brasileiro, imprescindível buscar quais são as diretrizes da propriedade e suas alterações legislativas, bem como captar a forma que ocorreu a absorção de princípios.

Em sequência, serão observados quais são os limites da propriedade e quais princípios versam sobre a resolução de conflitos. Desse modo, possível compreender se se vislumbra, no ordenamento pátrio, a hipótese de responsabilizar o vizinho por seus atos, com amparo, outrossim, legal e da Carta Magna.

Os entendimentos jurisprudenciais complementarão a abrangência do tema e sua compreensão, com o escopo de saber até que ponto é resguardado o vizinho prejudicado. Com todo esse aparato supracitado, deseja-se conhecer e dispor melhor sobre a propriedade e seu atual preceito de *função social*, a fim de coibir a atuação do condômino antissocial e vislumbrar se está sujeito à responsabilização. Resta, assim, iniciar o estudo da matéria.

2 HISTÓRICO PRÉVIO

Necessário ressaltar que, apesar da herança direta das noções romanas, legadas a nós como a base de nosso direito hodierno, outras civilizações, brilhantes, cada uma de sua forma, tiveram que se deparar com questões jurídicas, incluindo o direito de propriedade, seu diálogo com as instituições políticas, bem como eventuais limitações.

2.1 Os primórdios do Direito de Propriedade

O ser humano está vinculado a sua natureza assim como está ligado a questões sociais maiores, a que, mesmo quando ininteligíveis, ele se submete. Sua relação com os mais variados objetos é inevitável e se reflete, primeiramente, em seu corpo, seja em sua expressão física seja naquilo que lhe pertencia fisicamente e foi apartado.

Os objetos pessoais acompanham o destino corporal, pois também evoluem no sentido de conferir propriedade, por uma relação imediata, já nas primeiras sociedades humanas. O utensílio fabricado é continuação de seu autor e lhe pertence desde então.

Vale ressaltar que, nas sociedades organizadas em clãs, esse processo de associação do objeto pessoal se faz presente sob diversas limitações e características muito distintas do entendimento hodierno da propriedade. As noções de interdição, de raciocínio mágico e de imanentismo fazem da coisa algo inalienável, sobrenatural e distinto, não pertencendo ao proprietário na concepção em que estamos inseridos, mas à entidade social, indiretamente.

A morte também desempenha papel relevante no processo de apropriação. Isso porque o conceito que norteia a relação entre a pessoa e o bem é tão absoluto que irá, primordialmente, legar aos objetos o mesmo destino dos restos mortais de seu “proprietário”. A necessidade, entretanto, relativizará tal entendimento, de modo que a sucessão surgirá nesse mesmo contexto.

Diferente forma de alienação, igualmente pregressa e antiga, será o comércio. É sabido que as trocas mercantis, por muito tempo, sob a forma de escambo, são antiquíssimas e universais, pelo que a alienação traz à tona a aquisição de bens de maneira ampla.

É natural, a partir da referida discrição, que a propriedade móvel seja anterior à mera noção de propriedade imóvel. A terra, como elemento natural e grandioso, é associada a forças naturais e, portanto, espirituais, sobretudo em sociedades com raciocínio mágico. Poderosos espíritos, bem como a alma dos antepassados, sobretudo se o rito funerário típico responder por sepultamentos, relacionam o solo e o incorpóreo.

Surgem, ademais, atribuições pessoais diversas, que tornam mais complexo o arranjo social envolvendo a terra e seu mediador. Nesse momento, adquire importância a figura do chefe ou do xamã, no processo de inter-relação com o solo.

Um dos obstáculos a ser contornado diz respeito à morte daquele que era visto como chefe da terra. Procedimentos religiosos serão demandados para que o novo chefe seja aceito pelos espíritos, porquanto a terra responderia apenas ao chefe anterior, limitando sua própria fertilidade e sua riqueza.

O chefe, entretanto, já que se está falando de propriedade, não é o proprietário de todas as terras nessas sociedades. Seu cargo de liderança possui características excepcionais, pelo que a terra é comunal e é distribuída, em sua acepção de cultivo e divergente da nossa ideia, pelo chefe. Sistema muito similar ao adotado pelos ameríndios brasileiros, tampouco é prevista propriedade aquisitiva ou mesmo alienação do solo, sobretudo por se tratar de sociedade seminômade.

Quanto mais atrelada à terra, de maneira fixa, uma sociedade, maior a tendência de se observar a propriedade em seu âmbito. A vida nômade é comunitária apesar de haver limites nos bens, que são protegidos contra membros estranhos ao grupo.

Mas esse princípio de defesa é comum a inúmeras sociedades, pois os sedentários também protegerão a colheita de invasores ou de qualquer outro agente externo. A propriedade individual, todavia, sobretudo a imóvel, alienável e sucessória, terá melhores condições de se desenvolver em núcleos populacionais agrícolas, depois da etapa intermediária da chamada propriedade familiar.

2.2 O Direito de Propriedade na Mesopotâmia

É possível principiar o estudo se debruçando sobre o instituto da propriedade na Mesopotâmia. O referido enfoque se dá de maneira abrangente do ponto de vista civilizacional, visto que a Mesopotâmia denota uma região, complexa e contínua, e não a representação de um povo. Várias nações distintas ocuparam o território, e, ainda que com suas peculiaridades, pontos comuns também foram notáveis por milênios nessa parte do globo. Lapidares as lições de Jean Gaudemet acerca do tema, bem como atinentes ao estudo de outras civilizações.

O Direito mesopotâmico que nos é conhecido abrange longo período e diferentes origens, sendo possível destacar o Direito dos assírios e o dos babilônicos. Até mesmo documentos sobre a prática jurídica desses povos chegaram aos nossos tempos, isso sem mencionar os já célebres documentos normativos, é dizer, a legislação vigente de ambos.

Já no terceiro milênio antes de nossa era havia codificações locais. Esse conceito, evidentemente, não se identifica diretamente com o que hoje entendemos como a sistematização própria e específica da codificação. O nome é utilizado apenas para demonstrar o nível de organização e compilação das ordens legais que ocorriam nas localidades mesopotâmicas, lugares de tamanho já significativo para a época.

Urukagina fez conhecer a todos de Lagash seu ordenamento, assim como Gudéa o fez, na mesma cidade, ainda em 2050 a. C.. Sulgi repetiu a ação na conhecida aglomeração de Ur, cidade natal de Abraão, patriarca dos hebreus.

Todos esses documentos compõem um complexo, chamado, pela doutrina e pelos historiadores, de *Codificações Pré-Hamurabianas*. Isso ocorre devido ao fato de o grande paradigma do ordenamento jurídico mesopotâmico (e, em determinada escala, mundial) ser o Código de Hamurabi, rei da Babilônia. Há o Pré-Clássico na descrição do desenvolvimento histórico de inúmeras civilizações, ao longo dos séculos. Existe, assim, também, o chamado período Pré-Hamurabiano.

Entre as famosas tabuletas de argila, com escrita cuneiforme, há duas que nos relegam a legislação de Esnunna, capital de um Estado ao norte do rio Tigre, com origens em Ur. São alguns dos textos mais antigos dos acadianos, de período entre 1950 e 1900 a.C..

O rei sumério Lipit-Ishtar, de Isin, também produziu um código. É provável que o comércio de Isin fosse bastante acentuado, já que a preocupação em regular questões econômicas complexas está tão presente nesse ordenamento.

Não resta qualquer dúvida, entretanto, que o texto, como dito anteriormente, mais célebre e completo persiste sendo o Código de Hamurabi. A principal versão foi encontrada em Susa, 1902, distante da Babilônia após um saque que levou o Código ao atual Irã em 1175 antes da nossa era.

Grande juiz da terra e do céu, cargo significativo para o Direito, o deus sol, com um estilete para gravar suas mensagens, dita a Hamurabi a lei, o qual escuta atenciosamente. O Direito é, pois, divino, vem de um deus para os homens. Ressalte-se, entretanto, que se a lei era divina ela não era, necessariamente, religiosa. Apesar de sua origem ser o deus sol, ela regulava situações cotidianas, muito próximas, a propósito, das nossas. Não cuidavam os dispositivos, em regra, de práticas religiosas, nem de questões morais, como fazem os sistemas jurídicos quando possuem fundamento divino.

O Código de Hamurabi representa, ainda, um avanço, pois constitui a continuação de um processo de conquista e assimilação, valorizando a paz e dando continuidade ao que a guerra e a política construíram. Isso se torna evidente ao recordar que a integração entre

sumérios e povos semitas, como os acadianos, já vinha se consolidando, e a Babilônia, mesmo em suas primeiras dinastias, possuía precedentes civilizatórios.

Conta o Código com 282 parágrafos, prólogo e epílogo – esses trechos se dedicam, especialmente, a estabelecer o vínculo divino da lei, ao tempo em que prevê ameaças e recompensas de acordo com o respeito dos súditos ao ordenamento. Sobre a redação do texto legal, versa Jean Gaudemet: "*Les articles du code son brefs; ils envisagent des cas concrets et en donnent la solution juridique. Le code ne prétend pas tout régler*".[1]

No ramo do que conhecemos hoje como Direito Privado, já regulavam sobre regime de terras e Direito Agrário, Família e Sucessões, Casamento e Contratos. Tratavam, ademais, de Direito Penal, Processo e Organização Judiciária. A liberdade é assegurada, mesmo nesses tempos tão anteriores, e já se vislumbrava a existência de "princípios de justiça", relevantes e extremamente adequados num sistema que não tentava regular a totalidade das situações.

O sistema judicial foi, primeiramente, prerrogativa sacerdotal, passando posteriormente a um módulo híbrido e, por fim, nos tempos do rei Hamurabi, os juízes civis prevalecem sobre os religiosos. O procedimento instrutório era bastante variado, ainda que o valor conferido às provas e o sistema envolvido fossem divergentes em relação aos atuais.

Não se pode olvidar, contudo, que o Código de Hamurabi é produto de uma época e de uma realidade distintas. O avanço que a Lei de Talião trouxe frente à vingança privada e ao excesso de penas de morte banalizadas, conhecidas como draconianas, não ofuscam completamente a severidade das penas, dos conceitos e das distinções sociais feitas pela lei.

Impressionante, destarte, o desenvolvimento obtido a partir da edição do Código de Hamurabi. Apesar da severidade e da ausência de sistematização como a entendemos, desde os romanos até hoje, importa compreender a relevância histórica; o avanço das instituições, que ocorreu incessantemente; a adequação do sistema à realidade em que era inserido, daí o fato de a teoria, dispensável para aquele panorama, não ter evoluído da mesma forma que o fez a lei.

Exercia o rei poder, na prática, absoluto, sobretudo, diga-se, porque o ordenamento se dedicava muito a tratar de Direito Privado, por isso a importância no presente trabalho, e menos sobre as atribuições reais. Em grande parte do período referente às primeiras civilizações, ou seja, os sumérios e os acádios, o rei tinha relações familiares com os

---

[1] GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'antiquite*. Paris: Sirey, 1967, p. 24. "Os artigos do Código são breves; eles consideram casos concretos e lhes dão a solução jurídica. O Código não tem a pretensão de regulamentar tudo".

deuses ou era, ele próprio, um deus. Isso se torna escasso ao longo do tempo, e não se pode falar, de forma consolidada e duradoura, em uma divinização do rei, como houve no Antigo Egito.

O rei mesopotâmico era, acima de tudo, um chefe local, oferecendo culto, na condição de agente confiável, ao deus da povoação, esse sim possuindo realmente o poder de soberania sobre a zona habitada pela comunidade.

Tanto que, mesmo com a existência de hipóteses de sucessão hereditária, a continuidade familiar poderia encontrar algumas exceções, derivadas do rito de sucessão. Era o deus local que escolhia o rei, e não necessariamente a ancestralidade. A proximidade entre as figuras divinas e da realeza não fazia do rei um sacerdote.

Ele era o representante dos deuses e intermediava a relação entre eles e os seres humanos. Nessa condição, escolhia o sumo sacerdote, estando ligado ao culto de várias formas. A propósito dessa relação, assim trata Jean Gaudemet:

> *Guidé par les présages, les oracles, les songes, le souverain agit pour le compte de son dieu. Mais il n'est pas pour autant infailible. Il interprète la volonté divine. C'est le dieu, par le roi, qui dit le droit comme législateur, ou comme juge, qui declare la guerre ou conclut les traités*.[2]

Embora não fosse guerreiro o rei da Babilônia, a princípio, as ambições foram alteradas no decorrer do tempo. O monarca foi se tornando chefe supremo, inclusive das "quatro regiões", em referência aos pontos cardiais, território, todavia, que não excedia a Mesopotâmia. Hamurabi, por exemplo, fez dos reis dos locais dominados meros vassalos, e o deus babilônico Marduk se tornou deus supremo, chefe dos deuses locais, então subjugados.

No que tange à propriedade, diga-se que o rei era quem possuía o domínio. Era o grande proprietário, que, por meio de confiscos e das conquistas, adquiria maior patrimônio. Os impostos que fossem recolhidos nessas terras, pagos em dinheiro, bem como em frações variáveis de produtos, eram seus. Porções relativas à atividade comercial totalizavam os bens.

Todas essas fontes de renda possuíam dois destinos fundamentais: a manutenção de serviços que hoje consideraríamos de natureza pública, em especial para a gestão do exército; e a subsistência da família real. Prepostos cuidavam de todos os fundos, constituindo um embrião de um grupo social que se identificaria com os primeiros

---

[2] GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'antiquite*. Paris: Sirey, 1967, p. 26. "Guiado por presságios, pelos oráculos, pelos sonhos, o soberano age por conta de seu deus. Mas ele não é infalível. Ele interpreta a vontade divina. É o deus, por meio do rei, que diz o direito como legislador, ou como juiz, que declara a guerra ou firma tratados".

funcionários públicos. Há outros cargos menores, referentes às taxas administrativas, mas com status diferente dos outros burocratas. Sua quantidade e suas atribuições variavam de acordo com a época e com a extensão do domínio.

A distribuição da propriedade se principia com esse processo, visto que a recompensa para os serviços prestados ao rei, sobretudo pelo bom desempenho nas sobreditas atividades, era a concessão de terras, ainda que não se permitisse uma concessão definitiva. O funcionário deveria garantir, ademais, que promoveria a exploração fundiária.

É dito que o processo de distribuição somente se inicia porque ele é parcial: o rei permanece como proprietário dessas terras, elas são inalienáveis, e, depois do falecimento do burocrata, sua posse é novamente do monarca. O desenrolar histórico, todavia, foi consolidando o direito hereditário sobre as terras concedidas, até o momento em que o direito reconheceu a prevalência dos herdeiros.

O sistema retributivo de distribuição de terras se estendeu aos militares, sob a forma de concessões vitalícias. Ainda que seja possível cogitar relação paralela entre esse processo e o feudalismo ocorrido na Europa medieval, sobretudo no que diz respeito à concessão a militares, que deveriam fornecer proteção em troca de terras, as realidades não se comunicam. As finalidades eram diversas. Há ênfase sobre a tributação na Mesopotâmia, é dizer, o caráter econômico em detrimento do defensivo faz diferir os dois sistemas.

Ressalte-se que os templos possuíam, num sentido lato, propriedades, independentes de qualquer ingerência externa, muitas vezes, inclusive, doadas pelo rei, no âmbito de uma sociedade em que o poder e a religião ainda estavam absolutamente imantados. Por meio da renda obtida, surgem valores patrimoniais, transmissíveis por compra e venda, por sucessão, bem como por doação, temporária ou permanente.

Diferentes grupos sociais compunham o povo babilônico. O monarca, os sacerdotes e os funcionários públicos, como previamente dito, possuíam alguns privilégios. Excetuando-se essas figuras, três eram as principais divisões sociais existentes, que seguem.

Os cidadãos livres, ou *awilum*, além de comerciantes e artesãos, podiam ser, também, proprietários rurais, ou seja, foi se aperfeiçoando a noção de pequena propriedade. Participavam da vida local, inclusive ocupando cargos na vila.

A classe intermediária, dos *mushkenum*, era uma variante do conceito de plebe, ainda assim, composta de sujeitos de direito. Seu patrimônio poderia abranger bens móveis e imóveis. Sua inferioridade em relação aos cidadãos livres era mais acentuada somente na esfera penal.

Os escravos, ou *wardum*, possuíam alguns direitos, como em qualquer sociedade escravocrata. A consideração da prodigalidade de direitos se faz a partir da comparação com determinada sociedade igualmente escravocrata. Apesar de possuir muitos direitos e prerrogativas, não possuíam propriedades, que eram, por consequência, de seu senhor. Eles próprios eram objeto do direito de propriedade, e não sujeitos do mesmo direito.

2.3 O Direito de Propriedade entre os Hebreus

Alguns pontos que caracterizam a civilização mesopotâmica são existentes e marcantes no âmbito do povo hebreu. A origem desse povo, que remonta à Mesopotâmia, aliada à afinidade étnica, pois tanto os hebreus como alguns povos mesopotâmicos eram igualmente semitas, favoreceram a oportunidade de encontrar paralelos entre seus sistemas de domínio, propriedade e de interpretação do direito.

Como característica primordial, tratando-se de ordenamento e de aspectos religiosos, simultaneamente, notável o aspecto divino do Direito. De fato, a natureza religiosa da lei hebraica é mais acentuada, com normas que regulam mais ritos e práticas em comparação às regras mesopotâmicas. Ainda assim, o parentesco entre esses povos traz semelhança indelével, marcante, inclusive, quando se tenta comparar os israelitas ou mesopotâmicos com outros povos, é dizer, o Direito, a lei, vem de Deus. No caso em tela, do Deus monoteísta.

Também o regime monárquico hebreu, quando presente, teve forte traço religioso, marcante entre todos os semitas. Atente-se, além disso, que a importância da unicidade e do poder de Deus faziam dele, na realidade, o único e verdadeiro rei, que escolhia, por intermédio dos profetas, o rei terreno do povo escolhido. Houve períodos em que se tentou instaurar a hereditariedade real, mas, em regra, a unção do sumo sacerdote, que podia ser feita em qualquer homem, era o que atribuía poder ao monarca israelita. Havia diferenças sutis entre os hebreus e os mesopotâmicos, assim como havia ao se comparar com outros povos vizinhos, no que tange à organização monárquica:

> *N'étant pas Dieu, le roi israélite n'est pas, à la différence du souverain sumérien, tout-puissant. Il a des 'ennemis plus forts que lui', dont Dieu seul peut le délivrer (Ps. XVIII). Instrument et serviteur de Dieu, le roi doit agir suivant la volonté divine. S'il se libère de cette contrainte, il perd sa vocation. En fait, le roi ne fut pas toujours serviteur zélé de Jahvé.*

> *Le roi n'est pas non plus un roi-prêtre, du type cananéen. Il est distinct du grand prêtre et n'a que le contrôle de la vie cultuelle.*[3]

Entre outras funções, cabia ao rei assegurar o bem-estar dos súditos e, outrossim, seus bens materiais. Possível, pois, compreender como a propriedade, ainda que de forma distinta do aparato de outras civilizações, era, além de reconhecida, resguardada e protegida de fato. Deveria, ainda, o rei garantir a aplicação do direito, que era relativamente imutável por vir de Deus, e ser, o próprio monarca, juiz acima dos juízes.

Houve mudanças durante o desenvolvimento da civilização hebraica, visto que inúmeros elementos, e mesmo a própria existência do povo, dependiam de circunstâncias variadas, com alterações até mesmo no território ocupado, que não era fixo. Na época denominada "dos Reis", cujos líderes principais foram Saul, David e Salomão, o exército se torna cada vez mais relevante, garantindo novas terras para o reino.

A administração desses locais, agora sob domínio monárquico, exige a existência de um administrador especial, que comanda outros funcionários, numerosos, na tarefa de cuidar das novas conquistas. Quanto às finanças, a noção de propriedade já se constitui de maneira mais confusa, com o patrimônio do rei, do povo e do Tesouro indefinidos.

Inicialmente, a justiça era exercida pelos patriarcas das tribos, inclusive no que diz respeito à vingança a eventuais ofensas. Com os Reis, o panorama se altera, com a criação de um sistema de Justiça para atender às atribuições monárquicas de fazer valer o direito. Havia, paralelamente, juízes reais e os levitas, sacerdotes assim denominados por serem originários da tribo de Levi. As competências eram divididas em religiosa, criminal e civil. Existia, ademais, um Conselho de Anciãos, apenas com as competências civil e criminal, possuindo jurisdição local.

Vale ressaltar que, assim como Deus é o verdadeiro rei, ele é o juiz maior, pois de sua vontade vem o Direito e a Justiça. O magistrado é apenas seu intermediário, servindo como intérprete dessa vontade que gera o ordenamento. Utilizava o juiz um sistema de provas variado e aplicava as penas cabíveis em caso de punição necessária.

Existiram escravos entre os hebreus, o que influía diretamente na noção de propriedade dos servos. No período em que eram nômades, os escravos dos israelitas eram parte da família, por conta das peculiaridades desse meio de ocupação temporário. Apenas

---

[3] GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'antiquite*. Paris: Sirey, 1967, p. 40. "Não sendo Deus, o rei israelita não é, diferentemente do rei sumério, todo-poderoso. Ele possui 'inimigos mais poderosos que ele', cujo Deus só pode livrá-lo (Salmo XVIII). Instrumento e servo de Deus, o rei deve agir Segundo a vontade divina. Se ele se libera desse constrangimento, ele perde sua vocação. Na verdade, o rei nem sempre foi um servo zeloso de Javé. Tampouco é o rei um rei-sacerdote, do tipo cananeu. Ele é distinto do sumo sacerdote, não controlando mais que a vida cultural".

com o sedentarismo o panorama escravocrata se altera, ainda que o número de escravos fosse, em média, sempre menor em comparação a outros povos, mesmo os mesopotâmicos e, sobretudo, se comparado a nações que implantaram um sistema escravista abrangente.

Não se sabe, ao certo, se os escravos poderiam ter o direito de propriedade sobre algum bem, não somente pela relação indireta, que faria de seu senhor o dono, mas também porque ele próprio era um bem, um objeto, e não sujeito, do direito de propriedade. Com a monarquia, acentuadas se tornaram as diferenças entre todos os grupos sociais.

Os estrangeiros não eram bem vistos, sobretudo em períodos cruciais de rivalidade e embate. O conceito de estrangeiro estava extremamente atrelado à idolatria e à mera diferenciação religiosa, pela relevância da crença no Deus único. Importa tratar dos estrangeiros e de sua definição pois não lhes era permitido possuir propriedade sobre a terra.

A terra, no ambiente rural, estava dividida entre pequenos e grandes proprietários. Os latifundiários contavam com agricultores para o trabalho braçal em suas terras, pouco se sabendo sobre as condições de vida desses camponeses.

A terra possuía um valor social imenso entre os israelitas, os quais admiravam bastante a figura da subsistência com o fruto de seu trabalho mais imediato. Mesmo que às vezes fossem um pouco mais ricos, militares, políticos, funcionários da administração pública, comerciantes e artesãos aspiravam possuir uma pequena propriedade que cumprisse sua função cultural e social.

2.4 O Direito de Propriedade na Grécia

Se diferenças ocorreram entre os mesopotâmicos e os hebreus, apesar de sua origem comum, novas diferenças, por vezes mais acentuadas, existirão entre esses povos e outras civilizações, entre elas, os gregos, incluídas aqui outras localidades, tocadas que foram pelo helenismo derivado do império de Alexandre, e os romanos.

Na Grécia, com efeito, as distinções foram firmes e correntes. Fosse pela concentração de terras, fosse pelo excesso de comércio, em detrimento da agricultura incipiente, o paradigma grego sempre foi *sui generis*.

Isso se deve às condições do solo grego, extremamente dificultoso para a agricultura. Tanto que a primeira civilização reconhecida como tal no território hodierno do país, a civilização minoica, situada em Creta, ilha grega sem condições favoráveis ao plantio, foi acentuadamente comercial, ignorando, em regra, a propriedade.

A civilização micênica, primeira cultura da Grécia continental a ser considerada relevante, foi influenciada pelos minoicos, mas continha características próprias.

A resposta à natureza helena, pelos povos do continente, foi a belicosidade, o militarismo e a disciplina, e não o comércio, mais propicio no ambiente insular. Tanto que os reis micênicos eram muito mais reverenciados e poderosos que os chefes de Creta, e era um conselho militar que auxiliava na tomada de decisões. Eram os generais que detinham mais poderes, não os sacerdotes ou outras classes, pelo menos na prática.

O *temenos*, ou grandes domínios reais, é repartido pelo monarca. O processo de divisão fundiária serve não apenas para conceder terras a determinadas pessoas, mas também para delimitar terras comuns. Contava o rei, como nas outras civilizações, com um corpo de funcionários, responsáveis pela manutenção de suas terras e do recolhimento de tributos para as terras alheias.

Mas é fato que a concentração fundiária era tradicional e atrelada ao sistema militar referido. Recebiam as terras distribuídas, principalmente, os nobres, originários das famílias consideradas importantes, confiando os trabalhos a agricultores locais – a maioria dos camponeses não detinha a propriedade sobre as terras.

Era posterior às civilizações minoica e micênica, o período homérico da sociedade grega manteve alguns elementos anteriores. Boa parte da terra fértil pertence ao rei, num sistema bastante similar ao *temenos*, com pequenos fazendeiros explorando suas possessões. Persiste o contexto de uma aristocracia poderosa e que aconselha o rei, bem como o povo vai obtendo, aos poucos, maior participação, que culminará com as inovações democráticas.

Quanto à aplicação da justiça, migrou, como em várias culturas pregressas, da vingança privada ao que hoje entendemos como arbitragem. Somente depois da fase intermediária da arbitragem se pode falar em algo semelhante à jurisdição, não tanto pela organização desse poder, mas muito mais pela obrigatoriedade à submissão judicial.

Os *sábios* ocupam posição relevante no sistema homérico, aplicando a justiça mais diretamente que os monarcas. A competência judicial abrange casos de grupos ou coletivos, públicos, de certa forma, porquanto disputas nos limites familiares são reputadas de foro, literalmente, íntimo. Há certo entendimento de que, se o seu direito não era divino, a justiça, sim, vinha dos deuses, agindo pelos magistrados, seus intermediários. Quanto à aplicação da justiça nesse período, diz o autor francês:

> *La justice n'est pas rendue par le roi, mais par des Sages, les anciens. S'il siègent en collège, la décision ne sera cependent pas collective. C'est l'opinion du meilleur qui l'emporte.*
> *Mais à côté de cette justice des anciens, d'autres passages des poèmes homériques signalent le recours à un arbitre ("istor").*[4]

Rural em sua essência, a sociedade do período homérico reconhecia, outrossim, a existência de escravos, muito inseridos na vida familiar e nas atividades domésticas. A família patriarcal grega tem um de seus apogeus nesse momento, com uma vida própria e verdadeira força comunitária.

A família, extensa, era uma comunidade dentro de uma comunidade, um Estado dentro de um Estado. Filhos adultos seguiam subordinados ao patriarca, "chefe" desse Estado. Como reflexo, a casa e as terras que a circundam, conhecida para todos, representava a autonomia familiar, outrossim, econômica, e, portanto, parcialmente, política. Não era, entretanto, uma propriedade familiar, indivisível e inalienável, mas o patriarca era, sim, senhor de todos os bens e das pessoas daquele meio.

Os gregos nos legaram variadas contribuições, sobretudo por intermédio dos romanos, no entanto, o seu direito privado não foi unanimemente admitido. Muito da linguagem jurídica até vislumbra o idioma e o entendimento dos gregos, mas não se sabe muito sobre as leis ou sobre grande parte do aparato jurídico grego, que privilegiava a filosofia e a justiça em detrimento do direito como o compreendemos hoje.

É sobretudo o direito clássico ateniense que conhecemos, pelo que cumpre ressaltar que seu individualismo era abrangente, interferindo, inclusive, nos bens. A propriedade era transferida tão somente por meio de contrato. Esse contrato tinha limitações, tendo efeitos majoritariamente sobre as partes, apenas. Interessante, ainda, como a publicidade importava aos gregos, de modo que todo um sistema, similar ao nosso sistema de averbação, existia, sendo até mais eficaz que o dos romanos.

---

[4] GAUDEMET, Jean, op. cit., p. 62. "A justiça não é feita pelo rei, mas pelos *Sábios*, os anciãos. Se eles se sentam em colegiado, a decisão não será coletiva, contudo. É a opinião do melhor a que importa. Mas ao lado dessa justiça dos anciãos, outras passagens dos poemas homéricos relatam o recurso a um *árbitro* ('istor')".

2.5 O Direito de Propriedade no Egito

No Egito, onde os Ptolomaicos, descendentes gregos de Ptolomeu, general de Alexandre, o Grande, construíram um império adequado a uma realidade bastante diversa, a propriedade encontra um perfil com diferenças significativas. A tradição egípcia, monárquica, centralizada e absolutista fez dos reis gregos onipotentes nos novos domínios. Eram proprietários diretos de parte do reino, que era cultivada por uma massa de camponeses.

O sistema judiciário também sofreu adaptações. Inicialmente, criou-se um sistema paralelo, com uma série de tribunais para os egípcios e outra para os gregos. Assim se manteve até o reinado de Ptolomeu II. Usualmente, a origem dos juízes era a mesma de seus "respectivos jurisdicionados".

Os faraós, mesmo os ptolomaicos, seguiram sendo os senhores de tudo, das terras e dos homens. O monarca era, teoricamente, o proprietário de todo o reino. Ele e seus funcionários eram responsáveis por promover uma exploração correta de todo o solo fértil, garantindo a subsistência geral, e sobretudo da exploração das terras reais, imediatamente ligadas ao faraó: propriedade privada dos reis na teoria e na prática.

Cumpre ressaltar que os camponeses das *terras reais* viviam num regime de servidão mais bem definido, similar ao europeu medieval, estando presos à terra, exceto por determinação do rei.

Tanto é necessária a dicotomia entre poder de fato e de direito do monarca sobre as terras que porções fundiárias cedidas por concessão permaneciam como propriedade real em teoria. Tudo era patrimônio real, mas alguns eram concedidos para o uso do solo. O direito de cessão e a hereditariedade, contudo, ganharão força com o tempo.

Entre outros grupos sociais de relevância cultural, são destacadas as prerrogativas dos militares, gregos ou não, e, principalmente, dos sacerdotes, esses historicamente beneficiados na distribuição das propriedades.

Os militares podiam, primeiramente, arrendar a terra. Passaram, posteriormente, a possuir direitos hereditários sobre seus domínios. Terras concedidas a alguns funcionários e membros da corte, grandes propriedades, estavam isentas de impostos, mas a tributação era abrangente, sobre a terra ou não. Havia impostos sobre os escravos e sobre bem construído, bem como outros, mas esses os principais sobre a propriedade, e não sobre outras atividades.

2.6 Evolução do Direito de Propriedade em Roma

Na Roma Antiga não havia a distinção entre os direitos reais e obrigacionais como vislumbramos hoje – a diferenciação se dava, sobretudo, no âmbito do processo, com a conhecida *actio in rem*, ação exclusiva aos direitos sobre as coisas.

Já contavam os direitos reais com características além da existência de sua ação típica, elementos que permanecem até hoje entre as proteções desses direitos, entre eles o poder direto do titular sobre a *res*; o fato de serem absolutos os direitos sobre determinada coisa; prevalecem em relação aos direitos que forem posteriores, reais ou não; e, por fim, a prerrogativa da sequela, ou seja, a faculdade de perseguir a *res* onde quer que esteja, com quem estiver, e em qualquer circunstância.

Desde a Roma antiga, a propriedade contava com posição destacada, formando todos os outros direitos parte do grupo dos direitos reais sobre coisa alheia (*iura in re aliena*), que se dividiam entre os de garantia e os de gozo. Vale recordar que, durante a evolução social de Roma, houve alterações em todo o panorama, com o acréscimo de alguns direitos de gozo durante a história do referido império.

Retornando, agora, ao exame específico da propriedade no direito romano, novamente vislumbra-se um caso de divergência conceitual em relação ao hodierno: não houve, de maneira exata, uma definição do direito de propriedade, pois polêmico o tema e variável de acordo com o lugar em que se insere. É interessante perceber que a propriedade para os romanos não era uma, existindo distinções. Havia quatro variedades de propriedade: quiritária; bonitária; provincial; e peregrina.

A propriedade quiritária era a única aceita no período pré-clássico. Como é perceptível em todas as esferas do direito, em Roma houve uma evolução na compreensão da inclusão social e de um império – nessa fase (pré-clássico), como era corriqueiro, havia a distinção entre quem era, ou não, cidadão romano. Essa variante quiritária só aceitava sua titularidade de um cidadão romano, ou latino, ou de um peregrino com o chamado *ius commercii*, sobre coisa móvel e, para imóveis, onde vigorasse o *ius Italicum*.

Previam os romanos um direito quase absoluto, porém, não completamente ilimitado, sobre as coisas, constituindo a primeira modalidade de propriedade, a chamada propriedade quiritária, ou, ainda, *dominium ex iure Quiritium*. Os direitos de usar, fruir e dispor (*utendi*, *fruendi* e *abutendi*, respectivamente) estavam garantidos. Interessa sobremaneira ressaltar que, já na Lei das XII Tábuas, a propriedade quiritária encontrava limites não somente no interesse público, mas também em matéria aqui tratada: o direito de vizinhança.

Sendo a primeira variante de propriedade formalmente reconhecida, pertencente a período anterior à Época Clássica e presente na Lei das XII Tábuas, era restrita aos cidadãos romanos e às coisas de Roma, posteriormente, ao que hoje chamamos Itália.

Apesar de sua especificidade, tal conceito foi duradouro e prevaleceu sobre as outras vertentes proprietárias supracitadas, não porque o Império Romano passasse por um processo de clausura, mas antes porque todos, aos poucos, adquiriam cidadania romana, e, com isso, tornavam-se sujeitos de direito plenamente proprietários. Essa noção de propriedade, quiritária, norteadora dos direitos quase absolutos sobre a coisa, teria inspirado mais a atual propriedade individualista.

Nos dizeres de Vicente Ráo, a respeito do absoluto:

> Por ser *absoluto* (nesse sentido de oponibilidade *erga omnes*) o direito real contém em si mesmo o elemento de sua exclusividade; e por aderir às coisas, autoriza seu titular a retomá-las das mãos de quem quer que indevidamente as detenha, poder este que se qualifica como *direito de seqüela* (CC de 1916, art. 524; CC de 2002, art. 1228 caput) (...).[5]

Deve ser reconhecido, todavia, que houve hiato significativo entre o conceito romano e a propriedade individual moderna burguesa. Isso se deve, principalmente, pelos fatores sociais e econômicos que favoreceram a formação do feudalismo e da própria Idade Média. A propriedade, pois, teve que dar lugar à enfiteuse e à superfície como direitos mais relevantes. Ela prosseguia com seu absolutismo, no entanto, estava repartida e enfraquecida na prática.

Quanto à propriedade bonitária, também conhecida como pretoriana, nasceu para proteger quem recebia pela *traditio* um bem da categoria *res mancipi* (que demandava para tanto o instituto da *mancipatio*). Nos primórdios, além da distinção social, as formalidades eram caras ao direito local, de modo que o chamado domínio *ex iure Quiritium* só advinha das fórmulas antigas e mais solenes. Ressalte-se que era instrumento pragmático, servido ao possuidor de boa-fé até o prazo de usucapião, não podendo utilizar o instrumento sem a posse da coisa (situação alterada com a *actio publiciana*).

Outra variante da propriedade, a provincial, constituía-se na *possessio* para os bens imóveis localizados em províncias sem vigorar o *ius Italicum*. O povo romano era o proprietário nesse caso (em província senatorial), ou o príncipe (província imperial), de modo que mesmo um cidadão romano só teria direito à posse, e com pagamento para tanto.

A propriedade peregrina, por sua vez, é relacionada ao peregrino sem o *ius commercii*. Nesse caso, não poderia o peregrino ter a propriedade quiritária, entretanto,

---

[5] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Obra atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, p. 840.

após a compra e a posse sobre os bens, estava protegido o proprietário por governadores e pretores peregrinos.

Com o passar do tempo, houve a unificação das espécies de propriedade e de sua transferência, entre outros elementos, principalmente devido, como foi citado, à alteração da consciência imperial, com extensão da cidadania sem maiores distinções de origem e mudança no panorama social, e à simplificação dos procedimentos, que, apesar de representarem segurança, abandonaram parte de sua solenidade.

Os principais meios de adquirir a propriedade, segundo as *Institutas* de Gaio, poderiam pertencer ao direito civil ou ao direito natural. A divisão moderna, contudo, vislumbra os modos a título originário ou derivado.

Há variados modos a título originário, com destaque principal à ocupação e à acessão. A ocupação é a apreensão, com *animus domini*, de algo que não pertença a ninguém (por nunca haver pertencido – *res nullius*; por haver sido abandonada a coisa – *res derelictae*; ou pertencente a povos sem tratados de amizade com os romanos – *res hostium*). Já a acessão inclui a possibilidade de algo imóvel ou móvel tornar-se acessório de outra coisa (aluvião; avulsão; leito abandonado; ilha surgida num rio; entre outras, sendo as relativas a bens imóveis as mais importantes para o estudo do tema).

No que tange aos modos a título derivado, havia três na antiga Roma: a *mancipatio*; a *in iure cessio*; e a *traditio*. A *mancipatio*, modo solene por excelência, servia à transferência de uma *res mancipi*, conferindo a propriedade quiritária ao "credor". Utilizada por longos períodos, ainda que com significado diverso (podendo ser considerado abstrato, posteriormente), foi extinta no direito justinianeu.

Por sua vez, a *in iure cessio* servia tanto a uma *res mancipi* como também a uma *res nec mancipi*. Denota-se importância, no processo que envolve desse instituto, do magistrado. Seu uso foi sendo diminuído antes mesmo do período justinianeu.

Interessante notar, ainda, que a distinção entre as duas categorias foi relevante para a categorização atual que divide os bens entre bens imóveis e bens móveis. Nos dizeres de Nestor Duarte:

> A distinção entre bens móveis e imóveis guarda certo paralelismo com a classificação romana em *res mancipi* e *nec mancipi*, pois, segundo o valor atribuído, exigia-se ou não a solenidade da *mancipatio*, sendo as mais importantes chamadas *res mancipi*. Na Idade Média, o imóvel apresentava maior relevância; os móveis eram considerados bens secundários. Pelo alto valor que muitos apresentam, como as cotas societárias, as coisas móveis vêm ganhando importância. Remanesce, todavia, a tradição de se reputarem imóveis certos bens que são naturalmente móveis, para realçar o valor.[6]

---

[6] DUARTE, Nestor. Comentários à parte geral. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 82.

A *traditio* era a transmissão da posse, a própria entrega da coisa, que, pela natureza do bem ou da legislação em questão, era suficiente para transferir a propriedade. No principio, por sua simplicidade e natureza, era instituto típico do *ius gentium*, ou seja, utilizada de maneira irrestrita e sem as limitações relativas à cidadania romana.

Como todo o processo que envolveu o direito romano, com o passar do tempo, a *traditio* se tornou o único meio derivado de aquisição plenamente aceito. Seus requisitos envolviam não apenas a simples entrega do bem, mas também: a existência de uma *iusta causa*, também entendida como uma causa jurídica; a intenção das partes na transferência; bem como a suscetibilidade do instituto. Varia, no correr do tempo, a importância de cada requisito, porquanto alterações que tornaram a *traditio* único meio plausível fizeram-na mais ampla.

Já vislumbravam os romanos a existência de usucapião, adquirindo-se a propriedade após determinado período reconhecido com posse. Vale ressaltar a elevada divergência ocorrida durante a evolução desse instituto, que foi constantemente alterado em diferentes tempos do desenvolvimento da sociedade romana.

Assim como a proteção da propriedade sempre foi ampla, do mesmo modo ocorreu no direito romano. A propriedade quiritária, propriedade por excelência nos tempos mais remotos, foi a mais protegida, por exemplo pela *rei vindicatio*, na hipótese de o proprietário não mais possuir o bem, além da *actio negatoria*, que visava a negar a presença de direito real de outra pessoa sobre seu bem.

Até mesmo o direito de vizinhança já contava, ao menos, com a previsão de institutos para proteger o vizinho e sua propriedade. Eram eles: *cautio damni infecti*, que cuidava da hipótese da queda da casa do vizinho, a prejudicar imóvel de outro proprietário, bem como qualquer risco devido a alguma obra vicinal; *operis noui nuntiatio*, na qual o pretor inibe o proprietário que prejudicara o vizinho com uma construção ou demolição; *interdictum quod ui aut clam*, quando já havia obras em curso, prejudicando quem havia proibido tais obras; e, por fim, *actio aquae pluuiae arcendae*, contra a modificação do curso de águas que possam causar dano àquele que move a ação, seja para o aumento ou diminuição do volume da água (a depender da região do império de que se está tratando).

Quanto à propriedade bonitária, sua proteção se dava principalmente pela *exceptio rei venditae et traditae* e pela *actio publiciana*. Apesar de já se conhecer em parte a proteção das propriedades peregrina e provincial, pouco se sabe sobre o tema se comparado com os outros institutos e suas aplicações.

Do mesmo modo que havia proteção por meio do direito de vizinhança em Roma, encontramos, outrossim, limitação do direito de propriedade, como se busca saber os correntes limites no atual ordenamento pátrio.

Evidente como naquele direito já se denotava amplitude de faculdades ao proprietário, o célebre direito de usar, fruir e dispor, ou *utendi*, *fruendi* e *abutendi*. As limitações poderiam ser naturais, como as que encontramos hoje, restringindo ao espaço aéreo e ao subsolo de porção demarcada, sem poder ultrapassar qualquer dimensão territorial ou adjunta.

Houve, ainda, limitações jurídicas, que remontam ao período pré-clássico, sobretudo no que se refere à propriedade de bens imóveis, com disposições na Lei das XII Tábuas, versando sobre o "Estado" e sobre os vizinhos como elementos limitadores. No período pós-clássico, seguiram com a regulamentação, prioritariamente sobre bens móveis. As limitações presentes na Lei das XII Tábuas são:

> a) os proprietários de terrenos vizinhos, segundo a Lei das XII Tábuas, não podem construir ou cultivar uma faixa de terra, em volta do imóvel, de dois e meio pés de largura, a qual – unida à deixada livre pelo vizinho – constitui o *ambitus* (nas cidades) ou o *iter limitare* (no campo), com cinco pés de largura;
> b) o dono de um terreno deve permitir que os galhos das árvores do vizinho se projetem sobre o seu imóvel à altura não inferior a quinze pés (se isso não ocorrer, pode exigir que se cortem os galhos que estão a menos de quinze pés, e, em se recusando o vizinho, ele mesmo pode cortá-los);
> c) o proprietário de um terreno pode entrar, dia sim, dia não (*tertio quoque die*), no imóvel do vizinho para recolher os frutos caídos de suas árvores;
> d) é o proprietário obrigado a manter conservada a estrada que confina com seu imóvel, sob pena de ter de permitir a passagem, inclusive de animais, pelo seu terreno;
> e) o proprietário de um imóvel que seja o único meio de acesso a local onde se encontra um sepulcro deve permitir a passagem (*iter ad sepulchrum*), pelo seu terreno, das pessoas que ali se dirijam;
> f) o dono do imóvel superior não pode fazer obras que provoquem invasão – portanto, *immissio* superior à normal –, no terreno inferior, das águas que correm de um para o outro, sob pena de o proprietário deste mover contra ele, para obter a demolição das obras, a *actio aquae pluuiae arcendae*; nem o dono do imóvel inferior pode impedir a entrada natural das águas que vem do terreno superior;
> g) o proprietário de imóvel cortado por rio público está obrigado a permitir que qualquer pessoa se utilize das margens para passagem de barco ou para ancorá-lo;
> h) *senatus-consultos* dos dois primeiros séculos d.C. proíbem, para que as cidades não se enfeiem com as ruínas, a demolição de casas com o fito de venda do material de construção;
> i) o proprietário de uma trave não pode – para que se evitem demolições – retomá-la, se empregada em construção de outrem, a não ser depois de a construção ser posta abaixo; a jurisprudência estendeu a proibição a todo material destinado a obras;
> j) constituições imperiais estabeleceram, para as cidades grandes, a altura máxima dos prédios (setenta pés, no tempo de Augusto; sessenta, no tempo de Trajano);
> l) não pode o dono de um imóvel, localizado dentro de uma cidade, sepultar, aí, mortos; e, fora dela, não pode até uma distância de sessenta pés de qualquer edifício;

> m) nas províncias, a propriedade – quer mobiliária, quer imobiliária – é sujeita a uma série de limitações impostas no interesse da administração pública; assim, por exemplo, os móveis (alimentos, animais, veículos) podem ser requisitados pelo Estado, e os imóveis estão sujeitos ao ônus de alojar tropas; e
> n) uma Constituição imperial de Antônio Pio estabeleceu que o dono que maltratasse um escravo estaria obrigado a vendê-lo.[7]

Como resultados de diversos processos ocorridos no final do Império Romano do Ocidente, é possível citar a insegurança social, aliada a um acentuado êxodo urbano; o crescimento vertiginoso do que seria a carga tributária dos proprietários; a tendência, sobredita, à concentração fundiária; um consequente excesso de oferta de terra cultivável, que estavam nas mãos de poucos, mas que igualmente precisava ser lavrada. Todos esses argumentos são propícios ao desenvolvimento da enfiteuse como meio de ocupação e trabalho no meio rural.

Garantia a enfiteuse uma série de direitos, de sucessão ao usufruto, de forma semelhante ao colonato, o qual, contudo, importava uma mudança drástica na condição social do colono. Era o embrião do servo, com menos direitos e mais entraves. Um quase-escravo, que não era propriedade do senhor fundiário, mas era escravo da terra, preso a ela. Perfil que se realça no final do Império, dando lugar ao feudalismo.

Nos séculos III e II anteriores à era cristã, mudanças políticas, econômicas e sociais alteram a situação da propriedade e da distribuição de terras em Roma, que já possuía seu próprio paradigma anterior, ligado ao período pré-clássico e a todo o ordenamento arcaico.

Apesar do Império Romano ainda não haver iniciado as Guerras Púnicas, conflitos envolvendo a conquista de territórios na Península Itálica, a inserção definitiva da plebe no trabalho e na sociedade, bem como outras medidas menores, geram uma crise para os grupos sociais de menor status. A ausência dos agricultores, pelas guerras prolongadas ou mesmo pelo falecimento de muitos, vulnera os pequenos proprietários rurais, isso sem mencionar que eram as principais vítimas de saques.

A concorrência com os latifundiários aristocráticos agrava o problema. Assim se intensifica um processo lento e duradouro, que culminará com a elevada concentração fundiária e com novas figuras sociais, como o colono. Pequenas propriedades chegam a ser abandonadas, pela impossibilidade de concorrer com a produção mais barata, utilizadora de trabalho servil, nas grandes propriedades. Tentarão a sorte em forças militares urbanas. Até mesmo essa aristocracia se verá ameaçada parcialmente, porquanto sua dominação, antes exclusiva, será ofuscada pela riqueza de uma nova classe, relacionada a todas as atividades de cunho comercial.

---

[7] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 298-299.

Com o advento da Era Clássica, que perdura de meados do século II a.C. a 284 d.C., a situação se renova. O Direito Romano atinge seu auge do ponto de vista técnico, com o aperfeiçoamento de todos seus elementos a fim de atender às novas demandas sociais.

As conquistas de Roma, que crescem exponencialmente no Período Clássico, fornecem novas terras, um *ager publicus*, a princípio. Essa "terra comum", assim considerada pois obtida pelo povo, conceito que prevalece sobretudo na época republicana, foi concentrada nas mãos da aristocracia, implementando, ainda mais, uma dinâmica de distribuição fundiária problemática iniciada nos séculos anteriores aos clássicos.

Não se olvide, ademais, que três fatores favoreceram o latifúndio, juntamente com a apropriação do *ager publicus*. O aumento de número de escravos com as conquistas, que tornarão esse modo de produção atraente, sobretudo aso grandes proprietários; a ocupação de terras abandonadas, ou em situação precária, dos pequenos proprietários rurais, que tentaram superar suas dificuldades em outros lugares; e, por fim, a edição de leis que, para equilibrar o poder das elites, veda a atividade comercial, ascendente, aos senadores, ligados à aristocracia e à grande extensão de terra, desenham as bases para a grande propriedade.

Somente com a crise da República haverá modificações, ainda que parciais, no contexto social e econômico.

Segue, por exemplo, no começo dessa crise, a grande propriedade como fonte de riqueza do latifundiário, que desde a Era Clássica habita nas cidades enquanto um administrador se ocupava das terras do meio rural. Altera-se, porém, a composição populacional das províncias, com o surgimento de uma classe média urbana, originária daqueles pequenos proprietários que não puderam concorrer com os latifúndios.

O excesso de regulação da propriedade durante a evolução histórica de Roma também se deve à necessidade de tratar da escravidão. Modo de produção usual e base do trabalho durante todos os principais momentos, estavam presentes em todos os locais. A classe média possuía vários, e mesmo os pobres livres contavam com pelo menos um ou dois escravos.

Inicialmente, era vedado ao escravo o direito de propriedade sobre qualquer objeto, no entanto, do período republicano em diante, surge o instituto do *pécule*, um conjunto de bens que, apesar de permanecer como propriedade do senhor de escravos, o qual podia inclusive reaver os bens de acordo com seu interesse, era administrado pelo escravo, na tentativa de incentivar o fâmulo.

O escravo não era apenas um trabalhador braçal, ou mão-de-obra explorada, mas sim um agente autônomo e superior. Já havia distinção prática, pois a atividade que desempenhava o escravo denotava suas chances. O escravo pessoal dos senhores (*familia urbana*) era muito mais bem tratado, em média, que o escravo rural, agricultor que servia apenas, majoritariamente, como mão-de-obra braçal (*familia rustica*).

A crise do império e a divisão entre Império Romano do Ocidente e Império Romano do Oriente diversificam, mais uma vez, o estudo da propriedade.

No Império Romano do Ocidente, persistem os latifundiários, com a diferença que, nesse momento, a maioria vive em suas grandes propriedades, fiscalizando o serviço e permanecendo distante das cidades, mais ameaçadas que outrora. Na mesma época, no Império Romano do Oriente, menos ameaçado e tradicionalmente mais urbano, o sistema anterior, do grande proprietário na cidade tendo administradores em seus domínios, permanece. Esse grupo social implementa, ainda mais, seu poder ao ocupar cargos importantes no meio urbano.

O sistema de colonato se intensifica e as terras são cada vez mais repartidas. Ganha o proprietário, que segue com seus privilégios e com a mão-de-obra necessária para a produção agrícola, num período de diminuição de escravos, e ganha o colono, que trabalha por sua subsistência, é protegido e continua sendo livre, ainda que com uma série de limitações.

Todo esse processo se intensifica, inclusive com o excesso de segurança repelindo forças oficiais. A autonomia econômica e política se fortalecem mutuamente, pelo que se começa a ver claramente a formação do feudalismo.

Persiste a pequena propriedade, ainda que com certas dificuldades, sobretudo no Oriente, de condições favoráveis a sua manutenção. No Ocidente, verdadeiras revoltas dos pequenos proprietários despontam, embora as motivações fundiárias não sejam as únicas em alguns casos. O sistema feudal toma forma e as liberdades de grande parcela da população diminui, por seu atrelamento à terra em detrimento da liberdade pessoal e jurídica quase absoluta. Há casos, como os atinentes a *patrocinia vicorum*, em que cidades inteiras se rendem ao novo paradigma produtivo.

Cada vez mais são encontrados os trabalhadores da terra, contratantes do proprietário, ou colonos (atente-se que a nomenclatura, a princípio, designava o mero pequeno fazendeiro, o agricultor). Previsto, primeiramente, na Constituição de 322, menção que é discutível, trazia desde há muito os elementos de vinculação ao proprietário e ao seu “ordenamento próprio”, oriundo do processo de emancipação das terras em relação ao poder central.

Era permitido, primordialmente, que o colono se casasse e que não fosse totalmente tolhido do direito de propriedade, visto que tinha direito a um patrimônio. Já estava, contudo, atrelado à terra, a ponto de haver uma ação real que poderia ser movida pelo proprietário, em face do colono, para que retornasse. Não era o colono escravo na teoria, mas na prática suas liberdades mínimas não existiam mais.

2.7 O Direito de Propriedade na Idade Média e na Idade Moderna

Se, entre os romanos, a propriedade era um conceito complexo, do qual conhecemos a natureza e a evolução histórica após séculos de tratados, por eles feitos, acerca do tema, a mesma facilidade não abrange o direito dos germânicos, não apenas por sua variedade, mas sobretudo porque contavam com uma cultura ágrafa na maior parte do tempo.

Cumpre ressaltar que é a propriedade dos bens imóveis a principal causa de dúvidas, visto que, no início, é sabido que os objetos pessoais estavam sujeitos à propriedade individual, como em variadas sociedades. O solo, muito provavelmente, possuía, então, natureza comunitária.

Uma etapa intermediária se firma com a formação da família. Essa família será proprietária de bem imóvel, sem que haja o conceito de individualidade: esse domínio é, em regra, indivisível no âmbito da família. A propriedade familiar persiste, simultaneamente, à propriedade do clã, essa sim coletiva por excelência. Essa propriedade do solo possuía, entre suas principais características, a inalienabilidade, a qual restringia sua transmissão à sucessão hereditária masculina, o que persistiu por séculos na Europa, em especial na França.

A alienação da propriedade imóvel era, inclusive, condicionada à aceitação da venda por parte de toda a família, que concedia seu *laudatio parentum* entre os francos. Apenas casos de emergência, envolvendo subsistência ou mesmo sobrevivência permitiam que o bem fosse vendido sem a anuência familiar.

Todas essas regras familiares da propriedade evoluem, nos séculos X a XII, para um mecanismo similar, de oferta à parentela, em que a alienação deveria ser precedida permissão dos familiares. Depois desse intervalo temporal, as normas permitiram tornar a terra em bem alheio, ainda que com alguns resquícios instrumentais que conferiam privilégios aos parentes do alienante. Ironicamente, muito do que sabemos sobre a propriedade germânica é conhecido por meio dos romanos, que deixavam registrado o costume dos povos considerados bárbaros.

Entre os francos, a mescla entre o seu direito primordial, germânico, e o direito romano, que permaneceu forte, lançando as bases para um país de forte tradição latina, teve profundos reflexos no direito de propriedade:

> O Iluminismo pretendeu destruir a autoridade da tradição. Seu sucesso foi apenas parcial. A tradição continuou forte por um longo tempo na maior parte da Europa moderna e até mais firmemente entrincheirada na maior parte do resto do mundo. Muitas tradições foram reinventadas e outras instituídas pela primeira vez.[8]

A propriedade familiar franca, com todos os privilégios que exerciam os familiares sobre as decisões a respeito da terra, será paralela aos bens adquiridos, havendo, destarte, dois microssistemas: o dos *adquisita*; e o da *terra salica*, pertencente aos parentes, legado dos ancestrais.

O conceito de vizinhos também se robustece graças às fontes germânicas do direito franco, ainda que a sua maneira. Isso porque os *vicini* se tornam a continuidade dos membros do clã, com quem o indivíduo tem relação nas propriedades comunais da aldeia. Da mesma forma que os domínios do clã evoluíram para os domínios da propriedade comunitária, a forte coesão social limita os estranhos ao acesso à propriedade e faz restrita à aldeia a sucessão.

Permaneceu forte o direito romano, entretanto, especialmente em relação ao direito de propriedade. A manutenção das antigas propriedades, na época da invasão franca, aliada à tentativa, dos novos ocupantes, de dar legitimidade a suas próprias conquistas, fundam a *proprietas*, *terra propria* ou *proprium*, que se tornarão os alódios e, depois, novamente a propriedade, que perdura, apesar de perder relevância, entre os séculos VII e XI, para as chamadas *tenências*. Nos dizeres de John Gilissen, a respeito desse período:

> Quantitativamente, a sua importância decresce, no entanto, do séc. VII ao séc. XI, sem que, contudo, tenha desaparecido completamente. Em contrapartida, as tenências precárias ou beneficiais (*tenure*) aumentam progressivamente. Chama-se *tenure* a uma terra tida de outro, ou seja a uma terra cujo proprietário concede a outrem (o tenente ou precarista [*tenancier*]) o uso e o gozo por um período prolongado, de tal maneira que este aí exerça um poder imediato e real. O tenente tem, pois, um direito real, mas em relação a uma coisa de outrem.[9]

As tenências tem origem no Império Romano, mas persistiram no regime franco, destacando que, nas mais recentes, os direitos dos trabalhadores rurais eram maiores em comparação ao dos antigos colonos, visto que possuíam os denominados benefícios. A vantagem mais célebre era a *precaria*, do latim *preces*, pedido. Concedia usufruto sob um censo razoavelmente baixo ao proprietário.

---

[8] GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole.* Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 52.

[9] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução António M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 640-641.

Com o passar do tempo, os benefícios se tornaram hereditários, porém, em sua origem, eram mecanismos acentuadamente pessoais. Tal processo evoluiu dessa maneira já que era intimamente ligada à vassalagem, que ganhou ares hereditários apesar de sua origem pessoal e vitalícia, relacionada que era com o conceito de confiança, adquirida pelo suserano.

Os institutos relativos aos direitos reais desenvolvidos paralelamente ao longo dos anos foram, pois, unificados, perdurando especialmente entre os séculos X e XVIII. É normal a impressão de que a chamada Idade Moderna representa significativa ruptura da Idade Média. Isso ocorre, de fato, em muitos elementos práticos e teóricos, mas não no campo do direito de propriedade. Apenas com a Idade Contemporânea, oriunda de uma revolução burguesa, o paradigma foi alterado.

Coexistiam a propriedade da terra propriamente dita, é dizer, o alódio, e as tenências, tendo a principal delas tomado o nome de feudo, cuja origem é o termo latino *feodum*. O vassalo, responsável pela terra, aconselhava e patrocinava financeiramente seu suserano, mas sua principal atividade era garantir a segurança montada militar fundiária.

Mas as relações alodial e feudal constituem apenas uma parte do complexo sistema, que envolvia obrigações econômicas, o cultivo da terra, o pagamento de prestações aos senhores, comumente chamadas de *censos*.

O feudalismo realmente se tratava de um sistema econômico como qualquer outro e era extremamente complexo, apesar de às vezes não nos atentarmos a isso. Com a possibilidade de haver uma relação de vassalagem sobre a outra, repartindo a terra em pedaços cada vez menores, quase todas as pessoas estavam envolvidas, do camponês, que trabalhava a terra e possuía mais ônus que vantagens, ao próprio rei.

Uma porção fundiária bastante reduzida poderia não representar uma propriedade no sentido que utilizamos hodiernamente (apenas algumas porções, intermediárias), mas trazia uma miríade de direitos reais diversos, com efeitos *erga omnes*, perpétuos e hereditários.

A partir do século XIII, na tentativa de conciliar todos esses conceitos, a noção de propriedade dividida, ou *dominium* dividido, é desenvolvido, incialmente pelos glosadores, com Acúrcio, posteriormente, e de forma mais conhecida, pelos comentadores, com Bartolo. Surge o *domínio útil*, do tenente, ou *dominium utile*, e o *domínio direto*, do proprietário alodial, verdadeiro senhor fundiário, ou *dominium directum*.

Necessário se atentar ao fato de que os direitos reais do vassalo não se limitavam aos seus direitos puramente fundiários. Já havia o dízimo, direito real reconhecido, de cunho religioso. Os senhores feudais tinham prerrogativas como as banalidades, ou seja, a remuneração pelo uso de instalações como moinho e o forno do feudo, os direitos de pesca e de caça, bem como o censo reservativo.

Assim como as principais tenências, do século IX em diante, tornaram-se hereditárias, outras tenências seguiram o mesmo processo. O *status* de tenente do sucessor permanecia condicionado à intervenção do senhor feudal, estando atrelado, principalmente, ao compromisso de que o herdeiro cumpriria uma série de deveres para tanto.

Sabido, todavia, que no decorrer da história, o forte conteúdo pessoal da tenência, relacionada que era com a confiança entre as partes, foi relativizado, principalmente com a chegada do segundo milênio. Novo contexto social, bem como a monetarização, intensificaram um processo de trocas fundiárias, que não eram exatamente compra e venda de terras como hoje, inseridos que ainda estavam os institutos no sistema feudal. Trouxeram, contudo, mudanças.

Havia, pois, aquisição e quitação de terras, mas sempre subvencionadas ao senhor fundiário, o *dominus terrae*, que, ademais, recebia quantia correspondente a um quinto do valor total da transação rural, mecanismo basicamente idêntico ao atual laudêmio. Com o passar dos séculos, as alterações econômicas foram tamanhas que essa quantia, adicionada a algumas outras prestações, foi convertida na principal fonte de renda dos descendentes dos senhores. O direito de preferência de compra também se manteve, não com a família, mas com o vassalo.

Visível, destarte, clássico fenômeno oscilatório: proprietário pleno e forte; direitos reais distintos ascendentes, em detrimento da propriedade, prevalecendo os tenentes; e crise sistêmica, que passa a valorizar a antiga figura romana da propriedade.

2.8 O Direito de Propriedade após a Revolução Francesa

Em 4 de agosto de 1789, uma das inúmeras datas históricas no âmbito da Revolução Francesa, o feudalismo é parcialmente abolido, o que precipita um paradigma de cerca de 1000 anos em um simples ato direto. A propriedade romana atinge nova plenitude, suplantando todos os direitos reais e suas respectivas prestações econômicas infindáveis, das banalidades à autonomia política dos feudos. Em julho de 1793, os últimos resquícios, atrelados aos censos e medidas hereditárias, ou seja, a toda a porção teórica, contratual, e até então vista como mais legítima, sucumbe.

Na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, a propriedade quiritária, sem tal nomenclatura, ganha novo surgimento. A propriedade é sagrada e inviolável, direito natural, exclusiva e absoluta. É a propriedade do *Code Civil*. Abrange, cada vez mais, não apenas bens móveis e imóveis, mas até mesmo os incorpóreos.

Se na Inglaterra os senhores feudais tinham direitos relativizados, com ganhos à burguesia e a outros contingentes séculos antes de diversas localidades, como a própria França, o feudalismo só é destruído nas disposições escritas na década de 1920. E isso, outrossim, porque o ordenamento segue a revolução social histórica: na prática, o esgotamento é contínuo. Já há muitos séculos, os poderes econômico, político, social e militar se modificavam.

As terras comunais continuavam com seu aspecto popular, ainda que adaptado à nova realidade individualista. Eram, pois, repartidos todos os bens comuns, em parcelas iguais, especialmente aos habitantes do campo, o que foi revogado e relativizado com o tempo, até se chegar a um nível considerado equilibrado:

> Outras leis, de 1791-3, autorizam os proprietários a vedar as suas terras, o que lhes permite subtraí-las às obrigações comuns de pastagem e de pousio; o direito de pastagem (*vaine pâture*) permitia, no direito do Antigo Regime, fazer pastar os rebanhos nos campos cultivados, depois da colheita, e nos prados, depois do corte da primeira erva. O *Code Civil* retomou este princípio no art.° 647.°: 'Qualquer proprietário pode vedar a sua herdade...'; mas o art.° 648.° precisava que 'o proprietário que quiser vedar a sua terra perde o direito de pastagem (*parcours*, *vaine pâture*) na proporção do terreno que ele lhe tiver subtraído'.[10]

Mas as ações geram reações, isso sem mencionar a natureza oscilatória de incontáveis fenômenos. A exacerbação da propriedade trouxe novos elementos sociais e econômicos, culminando com desigualdade acentuada e, por conseguinte, desejos de mudança rápida, se comparada com as alterações de séculos anteriores. A propriedade privada terá tratamento diverso nos regimes socialistas.

Na Revolução Russa, duas foram as primeiras etapas, assim como na Revolução Francesa, mas em período mais curto e com mudanças mais drásticas que as de 1789 e de 1793. Se em 1917 foi abolida qualquer forma de propriedade rural concentrada, em 1918 a propriedade fundiária rural, e de outros meios de produção urbanos, já era reconhecida, com a diferença que o único titular possível era o Estado. Curto foi o hiato sem propriedade, sobretudo rural e latifundiária: ela apenas deixou de ser propriedade privada para ser propriedade pública.

O governo stalinista intensifica o processo a partir de 1927. Em 1936, a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas prevê quatro variantes proprietárias, divididas, por sua vez, em dois grupos com o mesmo número de espécies.

O grupo das propriedades pessoais, que, como previamente citado, era possível, vetado apenas que incidisse sobre os meios de produção, englobava a propriedade individual e a propriedade familiar. Já o grupo das propriedades socialistas contava com a propriedade cooperativa e *kholkoziana* e a propriedade estatal.

---

[10] GILISSEN, John, op. cit., p. 646.

Os "proprietários socialistas", em regra, o Estado, controlavam os principais bens, os quais, em tese, eram do povo, representado pelo Estado, nos termos do artigo 11º da Constituição de 1977 da U.R.S.S.. A pena para o roubo relevante de bens estatais era a morte. Sobre as propriedades soviéticas, explica Gilissen:

> A propriedade *kholkoziana* faz lembrar a propriedade coletiva dos antigos *mirs* (comunidades camponesas) da Rússia. Criados em 1930, os *kolkozes* possuem mais de 99 % das terras aráveis; mas apenas em usufruto perpétuo, pois o proprietário é o Estado, tendo os *kolkozes* o 'gozo gratuito por duração ilimitada' (Const. 1936, art.° 8.°). Os edifícios, as máquinas, os pertences da exploração e toda a produção são 'propriedade socialista comum' de todos os membros do *kholkoz*.
> Uma primeira forma de propriedade 'pessoal' é a propriedade familiar camponesa, que lembra o *dvor*: 'cada família *kholkoziana*' tem o gozo pessoal de um pequeno terreno junto à casa e, neste terreno, possui a título de bens próprios uma economia auxiliar, uma casa de habitação, o gado de produção, aves de capoeira e utensílios agrícolas menos importantes (Const. 1936, art.° 7.°). A parcela de terra pode atingir meio hectare, o capital de exploração três vacas e 25 ovelhas. A Constituição de 1977 já não fala de 'lar', ou seja, família, mas de cidadãos.
> A propriedade individual é, ainda, o produto do trabalho e da poupança; uma lei de 1948 admitiu o 'usufruto hereditário' de uma casa de habitação, podendo os habitantes das cidades ter uma *datcha* para aí cultivar hortaliças e passar férias.[11]

2.9 O Direito de Propriedade no Código Civil Napoleônico

Precursor e inovador, paradigma inquestionável, para elogios ou críticas, o Código Civil Napoleônico de 1804 alterou muitos domínios do Direito, entre eles, o direito de propriedade. Ápice do Racionalismo, do individualismo pautado numa concepção humanista e de grandes expectativas, feito para o homem médio se tornar definitivamente burguês. Forte, ainda, é o conteúdo liberal, é dizer, a aversão à qualquer interferência, com destaque à estatal.

Como triunfo do individualismo em todas suas formas, em todas as áreas e institutos do Direito, a propriedade individual é prestigiada como valor caro e pilar de todo o sistema. É a base da noção de propriedade para aquele ordenamento.

Muitos artigos, cerca de três quartos de todos os dispositivos se dedicam à propriedade individual, conferindo ao proprietário, condição almejada e à qual se visava que todos os cidadãos pudessem chegar, direitos quase absolutos sobre seus bens, os quais poderiam, e era esperado que fossem, herdados. Essa visão, já se adianta, será extremamente relativizada no decorrer dos tempos, desde Colmar, no próprio século XIX, até as teorias mais audaciosas e críticas da atualidade.

---

[11] GILISSEN, John, op. cit., p. 648.

E não é apenas a mudança no abuso sobre a propriedade que ocorrerá, mas também os valores serão invariavelmente alterados. Além de a propriedade ser relativizada, bem como sua individualidade, o aspecto liberal se esvai. A economia e as demandas são cada vez mais moleculares, o que respinga diretamente em todas as áreas do direito.

Tanto a propriedade quanto o Direito das Coisas encontram seu exame, no âmbito do Código Civil de Napoleão, no Livro II. Tudo que há na natureza, que existe, é *res* para os romanos, e, por consequência, é matéria tratada pelos Direitos Reais. São sinônimos, pois, os Direitos das Coisas e os Direitos Reais. Mais restrito é o conceito de *bem*, ainda que tal definição não restrinja o uso até esse momento feito no presente trabalho. *Bem* é a coisa, a *res* apropriável: a que ainda não foi apropriada, mas pode ser, bem como a que já o foi.

Já na referida época, como era de se esperar, porquanto tal característica desses direitos remonta a Roma, o direito de propriedade, como todos os outros direitos reais, era oponível *erga omnes*.

Toda a descrição da natureza do direito de propriedade se fez no Código Civil francês de 1804 para destacar a importância da propriedade assim como sua conexão com os outros direitos reais, mais aplicados em épocas imediatamente anteriores à edição do Código. Isso se deve ao fato de que os resquícios do Direito da Idade Média eram bem mais robustos no início da Revolução Burguesa do que são hoje. Com isso, poucos eram os proprietários, mas muitos eram os que trabalhavam na terra sem possuírem domínio sobre ela, como os servos.

Como previamente exposto, o Livro II do *Code Napoléon* trata dos Direitos Reais. Seu Título I, por sua vez, versa sobre a Divisão das Coisas. Pouco é dito a esse respeito, mas estão previstas a *res* pública e a *res* privada, os corpóreos e os incorpóreos, com especial menção à divisão entre coisas imóveis e coisas móveis, presente na regra do artigo 516º do referido diploma legal, repetindo o 194º de Loisel, do século XVII.

Alguns conceitos de divisão supracitados, assim como a natureza *erga omnes* acima descrita, já existiam no Direito Romano, ainda que com uma relevância menor que outras divisões, as quais, ironicamente, apesar de mais importantes sequer existem nos estudos jurídicos modernos, entre elas, a divisão das coisas suscetíveis ou não ao rito da *mancipatio*.

No caso da diferenciação entre os bens imóveis e móveis, ocupou-se a doutrina de aplicar o tema a diversas matérias, entre elas, o regime dotal, a usucapião e o roubo. No Direito Franco, de pregressa inspiração clânica, já mencionada, havia bem delimitada divisão entre os bens móveis, que, em regra, podiam ser bastante individualizados, e os bens imóveis. A terra, bem imóvel primordial, era coletiva, comunitária.

A maior mudança no Direito Medieval francês é oriunda dessa alteração de legitimidade sobre a terra. A produção agrícola continuará prioritária, da mesma forma que o feudalismo, implantado ainda no Império Romano, intensificará a ruralização da economia. A propriedade deixa, então, de ser coletiva e passa a pertencer ao senhor feudal, dai o desenvolvimento de tantos direitos reais em detrimento do direito de propriedade, direito sobre a coisa por excelência.

O costume e a tradição romana, pois, dividem bem, ainda, que cada um a seu modo, os móveis e os imóveis. Evoluiu-se, entretanto, para uma nova divisão, de três categorias, no período costumeiro, em regiões da Bélgica e do Norte da França.

Há, primeiramente, como é usual desde as primeiras sociedades humanas, os bens móveis, essencialmente, aqueles que podem ser deslocados – a casa, no entanto, tardou a ser reconhecida como bem imóvel, pois sua relação com o solo e a noção de superfície não estavam firmemente estabelecidas até o fim da época medieval.

Em uma espécie de variante intermediária, ocorrem os *cateux*, que contabilizam alguns móveis; plantas cultivadas, tanto árvores frutíferas como lavoura de cereal, colhida integralmente; casa; gado; e alguns outros móveis em geral.

Instituto da Baixa Idade Média (séculos XII e XIII), representa mais uma fase histórica sobredita. No caso em tela, é o momento em que se reparte o que pertence à grande família e o que se atribui ao indivíduo. Compreendia o *cateux*, destarte, o patrimônio pessoal em oposição ao patrimônio da família, que forma a terceira variante, descrita a seguir. É dessa palavra que os termos para *gado* do francês (*cheptel*) e do inglês (*cattle*) se originam.

Cite-se, por fim, a existência dos bens imóveis, as chamadas *heranças*, a terceira variante, que gera rendimento periódico e, indubitavelmente, não se desloca.[12]

O artigo 554º do Código Civil Francês de 1804 dispõe que o direito de propriedade é "o direito de gozar e de dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos". Para alguns, tal definição careceria de elementos fundamentais, entre eles, o conceito de *exclusividade*, que será especificamente tratado, como apontado por Ripert e Planiol.

O pleno poder do proprietário é reconhecido nas *Instituições* de Justiniano, assim como os glosadores reconhecerão o direito de usar e de "abusar", é dizer, dispor da propriedade. A lição do usar, fruir e dispor romana será trazida ao Código por Pothier. Por

---

[12] GILISSEN, John, op. cit., p. 634 et seq.

ser a expressão do individualismo e da riqueza no começo do liberalismo, sobretudo num contexto ainda fisiocrata, é tida como sagrada e inviolável.

A reação a todo esse entendimento não demorou. Já no século XIX, tanto os socialistas utópicos, como Proudhon, quanto os socialistas científicos teceram duras críticas ao mero conceito de propriedade, ainda que os últimos tenham se restringido à propriedade dos chamados meios de produção.[13]

Mas a noção de propriedade como um valor evolutivo, que sempre segue a mesma regra de sucessão, por ser, ademais, um valor majoritariamente único, não é correta. Os diferentes conceitos convivem, ainda que alguns possuam uma prevalência significativa.

Havia propriedade privada nos regimes comunistas, apenas não existia no âmbito dos meios de produção. Há países em que a propriedade individual prevalece sobremaneira, mas as propriedades comunitárias, de silvícolas e de outras minorias, persistem e o respeito a sua manutenção merece exame legal. E as variantes servis e de repartição da terra, da enfiteuse ao usufruto, permanecem ainda que tenha findado o regime feudal, seu apogeu.

Liberatore, doutrinador italiano, assim trata a propriedade no âmbito legal mais estrito, sobretudo por ocasião da passagem ao período da Codificação:

> *Galleggiando in certo modo su quell'oceano di opinioni, di sistemi e di errori che il tempo solleva contro le mane istituzioni, la proprietà accolta già dai giuresconsulti romani, è pervenuta sino a noi; e dopo tante scosse ricevute, l'abbiamo veduta ristabilirsi nell'antico santuario apertole dai nuovi legislatori; render l'agricoltore laborioso, diligente e industre, aumentar le ricchezze, la popolazione, il commercio dello stato; dar la mano alle manifatture ed alle belle arti, delizia della società, ristoro de' travagli e de' disagi della vita; in una parola divenire all'ombra delle leggi la culla della pubblica felicità.*[14]

O artigo 544 do *Code Civil* Napoleônico sintetiza ideias de individualismo jurídico e de valores burgueses, as quais provocariam reações futuras, que repudiariam noção única e positivada da propriedade. Mas, já há muito, inúmeros críticos buscam contornar uma visão absoluta em detrimento da inviolabilidade, é dizer, justamente para considerar a propriedade direito consagrado ela deve ser inviolável, e, portanto, não é absoluta, sob risco de iniciar conflitos entre pares igualmente legitimados.

---

[13] GILISSEN, John, op. cit., p. 647-648.

[14] LIBERATORE, Pasquale Maria. *Osservazioni sul titolo secondo de delvincourt – corso di diritto civile*. Nápoles: [s.l.], 1828. Tradução para o italiano, p. 177. "Singrando de certo modo sobre um oceano de opiniões, de sistemas e de erros que o tempo lança mão de instituições, a propriedade já recebida pelos cônsules romanos chegou até nós; e depois de tantos choques recebidos, vemo-la restaurada ao antigo santuário aberto pelos novos legisladores; a tornar o fazendeiro laborioso, diligente e trabalhador, a aumentar a riqueza, a população, o comércio do Estado; a dar a mão às manufaturas e às belas artes, o prazer da sociedade, o refresco dos problemas e os desconfortos da vida; em uma palavra, tornando-se, à sombra das leis, o berço da felicidade pública".

E é necessário se atentar, outrossim, ao fato de que digressões históricas podem causar ingerências anacrônicas. Ainda que a noção de propriedade do Código Civil Francês possuísse diferenças visíveis em relação ao que se esperou da propriedade posteriormente, ela foi revolucionária e otimista ao seu próprio modo. As distorções dessa interpretação que alteraram os pensamentos de muitos. A hermenêutica seria, pois, condicionada à ideologia.

Tanto é assim que o próprio artigo 544 do referido Código, além de se opor a conceitos de propriedade imediatamente pregressos, afirmava que quase não trazia inovação, apenas restaurava a verdadeira propriedade, isto é, a propriedade romana. Uma análise mais complexa, entretanto, revelaria facilmente que a propriedade romana, apesar de possuir semelhanças com o *Code*, não é a mesma, pois se é inviolável, independentemente de seu caráter absoluto ou quase absoluto, não possuía a conotação individualista do domínio no âmbito francês.

Da mesma forma, compreensões posteriores, feitas até hoje, para adaptar o artigo 544 do Código à realidade contemporânea, servem a preceitos que não eram intencionais na edição do sobredito diploma legal. Outro exemplo lapidar traz à tona a característica proprietária do *ius abutendi*, o qual, fora de contexto, ainda hoje reverbera sob a suposta associação ao abuso, conduta vedada e que não coaduna com a proteção da propriedade que se faz possível hoje.

Já nas normas contidas no Código Civil Napoleônico encontramos a tensão entre os elementos social e individual no que tange ao direito de propriedade. E a própria regra contém tal disputa, a seu modo, porquanto a forma final, sua relação com outros dispositivos, enfim, sua sistemática é informativa de sua natureza, sem haver a necessidade de comparar com outros artigos do mesmo texto legal. O conceito revolucionário francês estava, pois, impresso naquele ambiente.

Tanto na época da elaboração do referido Código, como também no período revolucionário, essa lei era percebida como instrumento, a ser aplicado nas hipóteses de mitigação dos direitos dos particulares, cuja utilização deveria constituir exceção, não regra, e que deveria ser usado de forma mais contida. Para Rodotà, todo o exposto conferia, pois, à garantia legislativa:

> (...) *un valore ben maggiore di quello che oggi assume in società nelle qualli la inviolabilità delle situazioni private a contenuto economico è negata dagli stessi testi legislativi che, nel secolo scorso, l'affermavano esplicitamente. Si aggiunga che l'intervento legislativo veniva allora presentato unicamente*

> *come fonte di obbligazioni negative (usage prohibé) o come strumento per l'ulteriore rafforzamento dei poteri proprietari, e che lo stesso ricorso alla legge era assai meno frequente* (...).[15]

O caráter constitucional do Código Civil francês, que lhe dava relevância sobremaneira e não deve ser confundido com o Direito Civil Constitucional, robustecia princípios, ao tempo em que limitava até mesmo o legislador, visto que o caráter absoluto da propriedade era imutável pelo peso da norma do artigo 544 do Código, embora fosse permitido ao mesmo legislador tratar de proibições específicas dirigidas ao proprietário. Para comparar com a nomenclatura hodierna, mais que regra, a propriedade era um princípio.

No período atinente à codificação francesa, não se falava, exatamente, ainda, em seu fim social, embora alguns doutrinadores já vislumbrassem, naquela época, algo semelhante na constante construção de limites ao proprietário. Tal visão, entretanto, não era unânime, já que a utilização do bem, exclusiva do proprietário, não permitia legitimar tamanha inovação.

Se o artigo 544 do *Code Civil* representou, certamente, uma alteração paradigmática considerável, há interpretações que relativizam o alcance da norma e sua absorção pelo tecido social e jurídico, principalmente nos anos subsequentes à colocação da norma em pleno vigor. Admitido como hiato entre fortes processos de absolutismo, relacionados à monarquia e outros regimes, as peculiaridades do Direito Administrativo e até mesmo vertentes socialistas foram percebidas, por France e Troplong, como verdadeiras expressões do *ancien régime*.

Comprova a tese de que a mudança foi gradativa, ou até mesmo modesta, a existência de inúmeros precedentes imediatamente posteriores à edição do Código Civil, versando sobre numerosos abusos do direito de propriedade, teoria que se baseia, especialmente em uma sentença do Tribunal de Colmar, datada de 1855:

> *Certo, il lettore dei manuali, che indicano in una celebre sentenza della Corte di Colmar del 1855 l'atto di nascita della moderna teoria dell'abuso del diritto, può rimanere sconcertato quando gli si svela che quella sentenza non era priva di 'precedenti' nella stessa giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del Code. Se, tuttavia, quel lettore è disposto a superare lo sconcerto di un momento, e si sottrae alla tentazione di sostituire semplicisticamente alla vecchia credenza un'altra nuova di zecca, potrà rendersi conto del fato che*

---

[15] RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. 2. ed. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1990, p. 84. "(...) um valor muito maior do que aquele hodiernamente levado em conta em sociedades nas quais a inviolabilidade das situações privadas com conteúdo econômico é negada pelos mesmos textos legislativos que, no século anterior, explicitamente o afirmavam. Deve-se acrescentar que a intervenção legislativa vinha então apresentada unicamente como fonte de obrigações negligentes (uso proibido) ou como instrumento para o ulterior fortalecimento dos poderes proprietários, e que o mesmo apelo à lei era muito menos frequente".

> *quella constatazione si limita a porre il problema sotto una luce diversa: come si è potuta formare uma tradizione che há attribuito un significato radicalmente innovatore alla sentenza di Colmar?*
> *Uma risposta definitiva abbisognerebbe di una approfondita analisi di mezzo secolo di giurisprudenza francese. Ma si possono suggerire alcuni spunti. Le sentenze ricordate al fine di smentire la tesi della novità rappresentata dalla sentenza del 1855 sono state tutte pronunciate in anni piuttosto vicini a quello della promulgazione del Code civil, cioè in un periodo in cui i giudici erano ancora legati alla cultura dell'epoca precedente, caratterizzata proprio dalla presenza di un gran numero di temperamenti equitativi utilizzati in sede giudiziale, e potevano anche richiamare le sentenze pronunciate sotto l'ancien régime. Questi dati, evidentemente, erano destinati a perdere progressivamente d'importanza man mano che ci si allontanava da quell'epoca e si determinava una piú rigorosa interpretazione della disciplina della proprietà, derivante dalla accettazione del principio di stretta legalità ribadito dalla codificazione. Le due indicazioni, in altri termini, sono tutt'altro che contraddittorie: come si spiega la sopravvivenza, tuttavia sporadica e circoscritta nel tempo, di alcuni attengiamenti che ben possono essere ricondotti alla cultura pre-rivoluzionaria, cosí può comprendersi il valore innovativo attribuito ad una decisione che spezzava l'orientamento, successivamente consolidatosi favorevole ad una interpretazione assai rigorosa della disciplina proprietaria in omaggio al principio di stessa legalità. E non è inutile ricordare che a sentenze del genere deve sempre guardarsi con estrema cautela, dal momento che la teoria dell'abuso del diritto manifesta una chiara ambivalenza ideologica: acanto ad una sua voluntazione in chiave sociale ne è possibile una del tutto opposta, la quale, relevando come per tal via si realizzi uno strumento ulteriore per la garanzia della proprietà privata.*[16]

Mas a natureza mais intrínseca e basilar da propriedade foi sendo alterada no decorrer do século XIX. Nos dizeres lapidares e concisos de Rodotà, que conclui por meio da técnica da comparação, vemos a evolução dos direitos buscados pela Revolução

---

[16] RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 88-89. "Claro, o leitor dos manuais, que indica em uma célebre sentença do Tribunal de Colmar de 1855, o ato de nascimento da moderna teoria do abuso de lei, pode ficar desconcertado quando se lhe revela que esse julgado não estava privado de 'precedentes' da mesma jurisprudência sucessiva à entrada em vigor do Código. Se, no entanto, esse leitor estiver disposto a superar o desconcerto de momento e se subtrair à tentação de substituir simplesmente a antiga crença por uma nova, poderá dar conta do fato de que essa constatação se limita a colocar o problema sob uma luz diferente: como se pôde formar uma tradição que atribuiu um significado radicalmente inovador à sentença de Colmar?
Uma resposta definitiva exigiria uma análise minuciosa de meio século de jurisprudência francesa. Mas algumas hipóteses podem ser sugeridas. As sentenças lembradas com a finalidade de desmentir a tese da novidade representada pelo julgado de 1855 foram todos pronunciados em anos bastante próximos à promulgação do Código Civil francês, ou seja, numa época em que os juízes ainda estavam ligados à cultura do período anterior, caracterizada mesmo pela presença de um grande número de temperamentos equitativos utilizados em sede judicial e também podem referir-se às sentenças pronunciadas sob o ancien régime. Esses dados, obviamente, estavam destinados a perder progressivamente a importância à medida que se afastavam daquele tempo, e uma interpretação mais rigorosa da disciplina de propriedade era determinada, decorrente da aceitação do princípio da estrita legalidade reiterada pela codificação. As duas indicações, em outras palavras, estão longe de serem contraditórias: como se explica a sobrevivência, embora esporádica e circunscrita no tempo, de certos atentados que podem ser atribuídos à cultura pré-revolucionária, assim se pode compreender o valor inovador atribuído a uma decisão que representou uma quebra na orientação, sucessivamente consolidada em favor de uma interpretação muito rigorosa da disciplina de propriedade em homenagem ao princípio da estrita legalidade. E não é inútil lembrar que tais sentenças devem sempre ser vistas com extrema cautela, uma vez que a teoria do abuso do direito manifesta uma clara ambivalência ideológica: a par de seu voluntarismo de natureza social, é possível ter um oposto completo, o qual, tendo em conta esse caminho, realize-se em um instrumento ulterior para a garantia de propriedade privada".

Francesa, com a igualdade tomando o lugar da liberdade, ao tempo em que o caráter civil da propriedade vai eclipsando o Jusnaturalismo que fundamenta a propriedade como continuação do corpo do indivíduo privado:

> *(...) Il progressivo abbandono della tesi di Locke per quella di Rousseau; il passaggio da una fase dominata dalla preoccupazione della libertà ad una in cui prevale il problema dell'eguaglianza; la graduale sostituzione dell''esprit juridique'; l'accento posto sull'imponenza del ruolo sostenuto dai publici poteri nell'attuare il transferimento della proprietà da una classe all'altra: ognuna di queste impostazioni mette in evidenza il progressivo abbandono della proprietà come diritto naturale per uma visione 'civile' della sua disciplina, nella quale dovrebbero trovare agevole composizione il momento individuale e quello sociale.*[17]

Desde 1789, com a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual a propriedade é plasmada como direito sagrado e inviolável, já havia discussões a respeito da real conceituação do domínio, de modo que o texto aprovado foi modificado várias vezes.

A inviolabilidade era vista a partir de uma natureza civil. Achou-se que os direitos deveriam vir acompanhados de deveres expressos e o Jusnaturalismo era relativizado para alguns. Apenas o texto aprovado é majoritariamente conhecido, de modo que essas características foram sendo esquecidas com o tempo.

Existiram aqueles que vislumbraram a noção de *função social* da propriedade desde esses primórdios, é dizer, do auge da Revolução Francesa. Uma valorização de ideia de igualdade, que teria sido trazida por Mirabeau, bem como um fortalecimento da "natureza civil". Oposição a tal complexo não tardou, enxergando-se, no exercício livre da vontade do indivíduo, a realização do direito de propriedade, apesar de fundamentação diferenciada, que contemplava o elemento social a partir do ponto de vista familiar e da propriedade rural.

Uma hierarquia, portanto, de raízes eclesiásticas, aliada a um aproveitamento coletivo, familiar, daria solução à demanda de uma função social.

Compreende-se, pois, que a discussão a respeito da natureza civil do direito da propriedade buscava conciliar os interesses coletivo e individual. Políticos da época reagiram, cada um ao seu modo, a fim de estabelecer condições para resolver o conflito.

---

[17] RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 91. "O abandono progressivo da tese de Locke em detrimento à de Rousseau; a transição de uma fase dominada pela preocupação com a liberdade para uma em que prevalece o problema da igualdade; a substituição gradual do 'espírito jurídico'; a ênfase colocada sobre a impotência do papel sustentado pelos poderes públicos ao atuar na transferência de propriedade de uma classe para outra: cada uma dessas configurações destaca o abandono progressivo da propriedade como um direito natural para a visão 'civil' de sua disciplina, na qual se deve encontrar facilmente a composição entre o momento individual e social".

A respeito da forma como deve ser aplicada a norma no caso concreto, bem como da necessária conciliação que deve ser feita entre interesse individual e interesse coletivo, sobretudo no âmbito do Direito Privado, sempre relevante a lição de Carlos Maximiliano:

> A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.
> O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas, e até mesmo contra as simples tentativas de iludir ou desrespeitar dispositivos escritos ou consuetudinários. Assim resulta a Aplicação, voluntária quase sempre; forçada muitas vezes.[18]

Definindo a propriedade como direito atrelado à obrigação de respeitar todos, ao tempo em que classifica como imoral e ilícita posse que viole o respeito aos demais, Robespierre afasta o caráter sacro e inviolável da propriedade. Para o célebre político da Revolução Francesa, esse instituto foi menos visto como parte do pacto social e mais considerado que outros valores relevantes, como se a liberdade fosse a função da propriedade.

Relevante mencionar que a Constituição francesa do ano III, de acordo com o calendário revolucionário, foi pioneira em tratar não apenas de direitos, mas também de deveres relativos à propriedade. É fato que os deveres não representavam limitações a esse direito, nem mesmo em relação aos interesses coletivos, como vislumbramos hodiernamente.

Prevê o artigo 6, por exemplo, que a propriedade deve ser defendida pelo cidadão tanto quanto a igualdade, a liberdade e a pátria. Valia, no período, máxima plenamente vigente na França da época, qual seja, “não fazer aos outros o que não gostaria que lhe fizessem”. O único limite à propriedade era, pois, a propriedade de indivíduo distinto. A tensão deixa de existir, em regra, entre interesses social e individual, passando a haver conflito entre privados.

Inúmeros projetos de codificação ocorreram nos anos seguintes à Revolução Francesa, cada um deles definindo o direito de propriedade a sua maneira. Primeiramente, em 1793, era o direito de gozar e dispor de um bem. Já em 1794, os referidos direitos do proprietário estavam condicionados à conformidade da lei. No ano IV (do calendário revolucionário), por fim, o dispositivo repete grande parte do artigo imediatamente antecessor, mas trazendo a necessidade comum como uma das condições ao exercício do direito de propriedade.

---

[18] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 6.

Perceptível, destarte, a consolidação do caráter civil da propriedade em detrimento de seu caráter natural, não somente na doutrina, mas também na legislação nascente. Para Cambacérès, a propriedade não era somente mais um instituto, ela era o próprio Direito Civil, ou, se assim não fosse, era, no mínimo, a legislação civil, por excelência.

O artigo 544 do Código Civil francês é, portanto, fruto de uma evolução histórica e técnica da codificação que conferiu distinta relevância a variados fatores, culminando, de fato, num dispositivo de forte natureza civil, entretanto, sem previsão expressa à necessidade geral e deslocando, ademais, o enfoque de eventual conflito sobre o direito de propriedade para a disputa entre indivíduos, e não mais entre o privado e a sociedade, com repercussão até mesmo no Direito Processual.

Houve um significado político da norma, quase como uma repartição do poder, daí o conceito lapidar, atribuído a Portalis, o qual diz que ao cidadão compete a propriedade, já ao soberano, o império.

De vários conceitos de propriedade, passa-se à consolidação de um único preceito, com o fim do regime feudal; o sentimento corporativista também vai sendo mitigado, mesmo após sua valorização nos anos imediatamente posteriores à Revolução, elucidando natureza individual; o processo de confirmação legal conclui a propriedade privada.

A evolução jurídica, pois, revela verdadeiro desenvolvimento oscilatório. De acordo com a lapidar lição de Marco Fábio Morsello, assim se pode compreender o pêndulo sintético:

> Como é cediço, na seara do Direito Público, a Constituição desempenha uma função fundante, o que inocorre na seara do Direito Privado, ramo a partir do qual exsurgiram conceitos e institutos jurídicos prévios ao advento de ordenamentos constitucionais, tais como a propriedade e o negócio jurídico, embora não se negue a função iluminante daqueles.
> No entanto, nota-se que o ideal burguês voluntarista e individualista, que caracterizou a Revolução Francesa, em reação ao Feudalismo, deu gênese à edição do *Code Civil Français*, em 1804, cujos ditames o erigiram ao *status* de Constituição de Direito Privado, como assevera o jurista Gustavo Tepedino, (...).
> (...) Com o advento dos ideais socializantes e do denominado *Welfare State* mitigou-se o individualismo e voluntarismo, observando-se, ademais que o papel centralizador do Direito passou a ser desempenhado pelas Constituições, inclusive, na órbita do Direito Privado, como se depreende da leitura da Constituição do México de 1917, bem como da Constituição de Weimar de 1919.[19]

---

[19] MORSELLO, Marco Fábio. Direito civil constitucional e o direito de propriedade no Brasil e no direito comparado. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Porto Alegre, v. 2, 2000, p. 93-94.

2.9.1 Comparação: O Direito de Propriedade nos Sistemas Inglês e Francês

Muito distinto do sistema francês de evolução da terra e do conceito de propriedade, o modelo inglês, com sua história e suas particularidades, representa paradigma significativamente divergente. Com um Liberalismo antigo, abrangendo também o aspecto econômico, uma formação filosófica diferente, bem como um apego a ideias que possibilitaram a Revolução Industrial, como a produtividade, a chamada unificação do direito de propriedade não foi similar à França. As questões fundiárias inglesas permitiram eficiência e resultados buscados, assim como os franceses, mas obtidos por caminhos próprios.

A dificuldade de se entender todo o contexto se deve a abordagens históricas e estudos do tema que associam capitalismo, agricultura, propriedade, indústria e empreendedorismo. A propriedade é quase sempre considerada imantada com a indústria e a empresa, da mesma forma que se questiona como a titularidade da propriedade fundiária pode afetar o capitalismo agrícola do ponto de vista da produtividade da terra, é dizer, como o instituto da propriedade deve ser levado em conta quando se quer a maior produtividade possível da terra.

O Direito Sucessório, além disso, desempenhou papel relevante nas discussões atinentes ao tema do direito de propriedade, especialmente rural, sendo analisado, ainda, como instrumento que poderia, de maneira demorada e definitiva, regular os poderes dos proprietários como fosse desejado politicamente:

> *Questi aveva ricevuto fin dal 1801 rapporti allarmanti dai prefetti, in particolare da Beugnot, che gli segnalavano come, in soli dodici anni di vigenza del nuovo regime proprietario la divisione delle terre fosse già divenuta tale da comprometterne uno sfruttamento razionale. Tuttavia, Napoleone continuò ad opporsi alla ricostituzione delle grandi proprietà, convinto com'era della 'necessité de multiplier les proprietaires qui sont les fermes appuis pour la sureté et la tranquilité des Etats'. Non solo. Nei suoi Eclaircissements, Cambacérès ricorda che 'le premier Consul (...) soutenait que, plus les héritages étaient divisés, plus l'Etat devenait riche', grazie evidentemente alla magior facilità di riscossione dei tributi da uma molteplicità di soggetti, certamente piú deboli dei grandi proprietari*.[20]

[20] RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 118-119. "Desde 1801, eram recebidos relatórios alarmantes dos prefeitos, em particular por Beugnot, que assinalavam que, nos doze anos de vigência do novo regime proprietário, a divisão terrestre já havia se tornado capaz de comprometer sua exploração racional. No entanto, Napoleão continuou a se opor à reconstrução da grande propriedade, convencido que estava da 'necessidade de multiplicar os proprietários que são os fazendeiros sustentados pela segurança e pela tranquilidade do Estado'. Não só. Em seus Eclaircissements, Cambacérès lembra que 'o primeiro cônsul (...) sustentava que, quanto mais as heranças fossem divididas, tanto mais o Estado enriquecia', graças, evidentemente, à maior facilidade na coleta de tributos de uma multiplicidade de sujeitos, certamente mais fracos que os grandes proprietários".

A França, desse modo, passou a valorizar a pequena propriedade e a reforma agrária, não apenas como avanços da Revolução como legados que devem ser prestigiados até hoje.

Cite-se, ainda, que a propriedade se tornou um símbolo, além de político e econômico, social. A nova elite, qual seja, a burguesia, teve de legitimar sua nova condição de destaque por formas outras que as anteriores, como a hereditariedade notável, encontrando na propriedade, e principalmente na propriedade rural, num primeiro momento, sua mais importante sustentação para a nova classe social vigente. Por isso uma propriedade absoluta, uniforme, individual.

Na Inglaterra, por sua vez, a noção de absoluto funcionava de forma distinta. A propriedade ainda possuía raízes feudais, que persistiram até o século XX, se contados os resquícios legislativos. O processo de *enclosure*, outrossim, formou um êxodo rural e uma concentração de terras compatíveis com uma alteração econômica central, a partir da industrialização e da fabricação de um capitalismo rural, com interesses distintos da massa francesa, que tanto valorizou o processo de reforma agrária.

Cumpre ressaltar que há outros binômios históricos, visto que a propriedade sempre pode ser analisada de forma distinta, seja em países que compartilham a cultura ocidental, seja pela polaridade que se levanta em casos de extrema diferenciação ideológica. Bem elucida a existência de tais debates a seguinte passagem de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf:

> Até a última guerra, como adverte Waline, interessante o contraste entre a propriedade privada na França e na Alemanha. Para a primeira, reconhecia-se o direito de propriedade no interesse geral; para a segunda, outorgava-se a propriedade ao indivíduo porque este dela carecia, na medida de suas necessidades, a fim de prestar o máximo serviço à coletividade. Consoante a concepção nazista, considerava-se cada proprietário como um funcionário público, no sentido técnico da palavra. Confiava-se o objeto da propriedade para que dele se utilizasse no interesse da comunidade.
> Presentemente, duas ideologias se defrontam. O individualismo econômico, que inspira o direito privado das nações ocidentais, preconiza a conservação do direito de propriedade e só admite qualquer reforma social desde que respeitado esse direito. O marxismo, ao inverso, base e fundamento da organização comunista, prega sua supressão, ainda que por violência. Os próximos anos da humanidade dirão a última palavra e decidirão do destino dessa instituição milenar.[21]

[21] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 3 v, p. 95.

2.10 Breve Histórico do Direito de Edificar

É fato, já comprovado, que a matéria jurídica atinente à regulamentação da área urbana e, principalmente, o direito de propriedade são notoriamente tratados em inúmeros ordenamentos jurídicos. Nenhum deles, todavia, está livre de dificuldades ao versar sobre a planificação e a apropriação privada dos rendimentos do solo.

Diversos são os problemas atinentes à tentativa de conciliar a propriedade privada e o urbanismo, isso sem mencionar a possibilidade de haver certo abuso por parte do Poder Público, ao determinar limites pessoais específicos para construir. Eventuais indenizações por nova destinação ao bem, além do risco de se incentivar a corrupção, são outros entraves reais.

Tais problemas estão intimamente relacionados, ao ver de alguns autores (como Gambaro[22]), em todo o mundo, à falta de um planejamento, que coordene o interesse particular a conceitos aplicados de macroeconomia. Com a verticalização crescente, o debate é, realmente, atualíssimo.

O direito de edificar é, pois, muito relevante, independentemente de se considerar o tamanho da edificação, contudo, é inevitável perceber que a "propriedade horizontal" se destaca nesse contexto.

E esse direito, ou seja, o *ius aedificandi*, deve ser estudado nos âmbitos em que prevalece a disciplina do direito de propriedade, porquanto o direito de edificar, usualmente, é direito e prerrogativa do proprietário privado. A propriedade, ademais, é conceito milenar e amplamente estudado, de forma que chega a se tornar difusa, apesar de sua natureza tão própria, daí a inserção do *ius aedificandi* em seu meio.

Não obstante seja válida a apropriação do *ius aedificandi* pelo direito de propriedade, sua natureza jurídica resta duvidosa para muitos autores. Alguns consideram o direito de edificar como um interesse legítimo. Para outros doutrinadores, é um direito subjetivo perfeito. Há, ainda, os que veem nele um interesse privado de tutela. Essa instabilidade, por sua vez, não abrange o direito de propriedade. Todos estão de acordo, porém, com algo: as lacunas legislativas e de todo o ordenamento seriam responsáveis por essas dúvidas.

Discorda a doutrina a respeito da conceituação do *ius aedificandi* como disciplina jurídica, especialmente como parte do direito da propriedade. Grande parte dos autores situa o Código Civil Napoleônico como o princípio desse entendimento, enquanto outros, como Gambaro, divergem frontalmente, ao considerar esse início muito anterior a 1804.

---

[22] GAMBARO, Antonio. *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*. Milão: Giuffrè, 1975, p. 3-12.

Cite-se que a cidade, mesmo na época em que não era consolidado o conceito de Direito Administrativo, teve medidas regulatórias de cunho público, visto que a natureza da urbe, própria e complexa, demanda o urbanismo. O Direito Urbanístico, ainda que precário, e, por consequência, formas de Direito Administrativo, surgem naturalmente, juntamente com o meio urbano, que traz convivência e trocas que limitam até as localidades mais permissivas. Os períodos de prosperidade econômica intensificam o processo, que é perene, mas variável.

Os juristas medievais se valiam de diferentes institutos antigos para resolver os problemas edilícios, entre eles o *servitus altius tollendi* e a *Teoria dos Atos Emulativos*. Essa teoria merece, agora, cuidados no presente trabalho.

Com precedentes que remontam, para alguns, ao Direito Romano, e certamente abundante e constantemente fortalecida na Idade Média, a Teoria dos Atos Emulativos é relevante instrumento referente ao *ius aedificandi*, sendo vedado qualquer ato emulativo por parte do proprietário, o que representa, inevitavelmente limitação ao direito de domínio.

Se é certo que o Medievo traduz um período de grande desenvolvimento na noção emulativa, há interessantes discussões a respeito da razão do incentivo que recebeu nessa época. É fato que seu estudo se tornou mais robusto com o declínio das preocupações atinentes a grupo específico de ações judiciais, quais sejam, as voltadas a limitar a propriedade em matéria de águas.

Para uma série de doutrinadores, entretanto, foi o Cristianismo, vedando condutas de má-fé e o *animus nocendi*, que favoreceu o desenvolvimento da proibição dos atos emulativos, e não apenas a lacuna científica oriunda do desinteresse pelas ações de água. A obra de Riccobono se debruça, por exemplo, sobre o tema da Cristandade.

A proibição dos atos emulativos se converte em verdadeira cláusula geral na Idade Média, mas cumpre ressaltar que o período supracitado denota uma grande descentralização política, bem como um profundo respeito ao costume como fonte do direito, o que fazia variar o entendimento e a aceitação dos atos emulativos, sobretudo no que diz respeito não ao direito de vizinhança isolado, mas sim no direito de construir e edificar.

Ilustra bem a dúvida que se tinha sobre os limites do instituto o fato de que nas terras que conhecemos hoje como Alemanha e Itália os atos emulativos, apesar de plenamente desenvolvidos, eram excessivamente cautelosos ao considerar esses atos a título de *ius aedificandi*. O proprietário possuía direitos quase absolutos para construir nos seus domínios.

Eram esparsas as leis, mais rarefeito ainda o controle estatal sobre qualquer atividade, sobretudo nas localidades mais descentralizadas. A matéria, ademais, está intimamente relacionada à limitação da destinação e da altura dos edifícios, o que requer interesse popular, estudo e desejo político, elementos que não prosperavam, por inúmeros motivos, no âmbito medieval descrito.

Mas também houve dificuldades para disciplinar a Teoria dos Atos Emulativos, especialmente quanto a sua aplicação prática. Se provar o *animus nocendi*, base teórica dessa teoria, tida como fundamental para que se reconhecesse o ato emulativo, já é difícil a qualquer tempo, mais adverso ainda provar algo numa época em que o ônus da prova e sua eventual inversão não estão bem regulamentados.

De acordo com o ensinamento de alguns doutrinadores medievais, era o proprietário, edificante, que deveria provar a necessidade de construir dentro de seu próprio domínio, porquanto, para esses autores, o *animus* de prejudicar o vizinho era presumido, o que dificultou muito o direito de propriedade e uma aplicação proveitosa da teoria por um tempo.

Mas o raciocínio que limitava de tal forma o direito de edificar era visto como exceção para muitos juristas, os quais, ainda que orientados pela lógica, viam o céu como limite à construção, filiados que estavam às lições de Ulpiano. Para estes doutrinadores, como Piacentino, a presunção era distinta e a relação entre as partes e as provas era oposta. Houve até mesmo, entre as medidas excepcionais, aquela que proibia a construção que obstruísse a luz das escadas do vizinho, limitação da propriedade, ainda que legítima, abusiva.

Certos juristas se opuseram veementemente a alguns desses entendimentos, elucidando um suposto erro de tradução do latim para o italiano, como o fez De Luca, ao dizer que se equivocaram vários mestres, confundindo *scale* e *scolae*, conferindo importância a trechos razoavelmente supérfluos da propriedade, como as escadas, bem como produzindo primados de vizinhança industrial que atentavam contra os atos emulativos.

Necessário dizer que a oscilação entre regras e exceções dificultava a utilização da Teoria dos Atos Emulativos, mas que esses não deixaram de ser cláusulas gerais, sobretudo na Idade Média, dada sua relevância. Na lição de Antonio Gambaro:

> *Il De Luca stesso, esperto di giurisprudenza, ci avvete che in tema di rapporti di vicinato 'le questioni le quali sopra ciò cascano riguardano il punto dell'emulazione, al motivo della quale per lo più sogliono ricorrere i vicini per impedire nuove fabbriche'.*
> *Al fondo del divieto di compiere, edificando, atti emulativi compare sempre l'idea che tutte le innovazioni edilizie cagionano al vicino un pregiudizio. Poichè*

> *anche la posizione del vicino doveva essere tutelata, si concluse che le nuove fabbriche dovevano essere vietate quando arrecavano un danno sproporzionato all'utilità che l'innovatore ne poteva trarre, indipendentemente dal fato che quest'ultimo agiva sul suo.*
> *Si descriveva così un jus aedificandi i cui effetti si irradiavano oltre i confini geometrici della proprietà che lo generava variamente intrecciandosi e confliggendo con i pari effetti provenienti dalle porprietà vicine.*[23]

Apesar de constituir uma doutrina interessante e consolidada, que reverbera na atualidade, a preponderância dos atos emulativos entrou em declínio, curiosamente, e para confirmar sua natureza medieval, com a chegada da Modernidade.

Acredita-se que o sobredito processo se deve ao crescimento do Jusnaturalismo, de novas conceituações da propriedade, num período cada vez mais individualista e, destarte, na tentativa de impedir que uma teoria representasse limitação excessiva e prévia ao direito de propriedade, que ganha novos ares de absolutismo e exclusividade.

Os iluministas, avessos a exceções, ao direito de propriedade ou qualquer outro, ignoraram a teoria. Na Alemanha, por exemplo, a importância dos atos emulativos seguiu, mas com o panorama das presunções bastante modificado.

Já o Código Civil da França, com o já mencionado triunfo liberal e individualista da Revolução, evidente até mesmo na própria iniciativa de transformar a lei em fonte primordial, foi taciturna quanto à proibição aos atos emulativos, ao tempo em que regulou o direito de vizinhança, de outra forma, o que ressoou em outros sistemas, tributários do Código francês. A Itália tratou da temática no Código de 1942, mas interpretações negativas eram necessárias à aplicação do instituto, sem mencionar o relativo silêncio ao direito de edificar.

Foi o Código Civil francês, na verdade, grande inovação de alcance nacional, e isso não se restringe a sua ideologia ou a seus institutos. Por tradição étnica e histórica, antes de sua edição, o norte e o sul da França estavam divididos, entre outros elementos, no campo do Direito. Enquanto o Norte, de forte tradição germânica, era eminentemente dotado de Direito Consuetudinário, o Sul, também chamado de "França Romana", contava com Direito Escrito.

---

[23] GAMBARO, Antonio, op. cit., p. 50-51. "O próprio De Luca, especialista em jurisprudência, nos diz que, em matéria de relações de vizinhança, 'as questões supra dizem respeito ao aspecto da emulação, maior razão pela qual se costumava recorrer a vizinhos para evitar novas fábricas'.
No cerne da proibição de cometer, ao construir, atos emulativos, presente sempre a ideia de que toda e qualquer inovação edilícia causa um prejuízo ao vizinho. Assim como a posição do vizinho tinha que ser protegida, concluiu-se que as novas fábricas deveriam ser banidas quando trouxessem danos desproporcionais à utilidade que o inovador pudesse desenhar, independentemente do destino em que este atuasse.
Descrevia-se, assim, um *jus aedificandi* cujos efeitos irradiavam além dos limites geométricos da propriedade que o geraram, entrelaçando, de forma diferente e conflitando com os mesmos efeitos provenientes das propriedades vizinhas".

Tanto o direito de vizinhança como o direito de edificar eram tratados pelo Direito Consuetudinário, com especial enfoque, inclusive em Paris, o que influenciou a regulamentação dessas matérias no Código de Napoleão.

Os usos e costumes parisienses se expandiram juntamente com a dominação política. Nascidos na cidade, passaram a representar o direito de todo o norte consuetudinário. Interessante ressaltar, ainda, que a chamada "servidão urbana", sobre a qual versa o costume, é originária de Paris, e não do Direito Romano, como ocorreu com a servidão rural.

Diversos institutos, significativamente distintos entre si, estavam englobados sob a esfera do conjunto de normas chamado *servitutes*. Tal grupo era chamado de "servidões legais" ou "regramentos entre vizinhos", o que demonstra a relação entre essa importante previsão legal e o presente trabalho. Denota-se, ainda, que a relação entre vizinhos era visivelmente, nesse contexto, abordada como servidão legal.

Estava previsto o *ius aedificandi* já no princípio desse pequeno ordenamento, de modo que o direito de edificar prevalecia nesse momento cada vez mais distinto da Idade Média.

O proprietário era quem possuía amplos, quase ilimitados e declarados direitos referentes ao *ius aedificandi*. O vizinho, por sua vez, não era dotado de qualquer previsão genérica que o protegesse. Até mesmo o muro de um vizinho descontente poderia servir de sustentação para a nova construção, e o direito de edificar não estava restrito aos limites do domínio do edificador, que poderia se utilizar das redondezas, inclusive de dependências vicinais, em certos casos, no momento da edificação.

Mas o tratamento do direito de vizinhança era menos sistêmico e geral e mais específico e taxativo, atrelado a casos práticos. Bem elucida Gambaro:

> *Ciò che importa sottolineare con un certo vigore è che le coutûmes non regolarono i rapporti di vicinato attraverso una clausola generale capace di elidere passo passo la portata della regola principale, concernente il diritto di edificare. Ricorsero invece ad una serie de minuziosissime regole di dettaglio, atte a disciplinare svariate situazione.*
> *L'esame di queste norme, come ad esempio quelle persino pedanti, sullo scolo delle acque putride, l'impianto e l'uso dei camini, la comunione del muro, l'assoggettamento a forma scritta di Patti costitutivi servitus altius non tollendi, indica chiaramente l'uso di una edilizia addossata con pocchi spazi liberi, se non pubblici, e cioè uno sfruttamento intensivo del suolo urbano, il che è in armonia con i dati forniti dalla storia urbanistica della città di Parigi.*[24]

[24] GAMBARO, Antonio, op. cit., p. 61. "O que é importante enfatizar com algum vigor é que os 'coutûmes' não regulavam as relações de vizinhança através de uma cláusula geral capaz de elucidar, passo a passo, o alcance da regra principal concernente ao direito de construir. Pelo contrário, eles receberam uma série de regras minuciosamente detalhadas, projetadas para regular variadas situações.
O exame dessas regras, mesmo aquelas como o pedantismo, sobre a queda da água poluída, a instalação e o uso de lareiras, a comunhão do muro, a submissão à forma escrita de *Patti constitutitivi servitus altius non tollendi*, indica obviamente, o uso de um edifício com poucos espaços livres, quando não públicos, ou seja, exploração intensiva de terras urbanas, o que está de acordo com os dados fornecidos pela história urbanística da cidade de Paris".

Apesar de constituir uma doutrina interessante e consolidada, que reverbera na atualidade, a preponderância dos atos emulativos entrou em declínio, curiosamente, e para confirmar sua natureza medieval, com a chegada da Modernidade.

Era, pois, incentivada uma profunda e intensiva utilização do solo urbano, utilizado para urbanizar e fazer valer, a partir do privado, a importância da cidade de Paris. O direito de edificar deveria, outrossim, prevalecer, pelo que a descrição minuciosa de casos era melhor que a elaboração de cláusulas gerais, as quais limitariam sobremaneira o *ius aedificandi*. O sistema consuetudinário, por fim, favorece a previsão de mecanismos jurídicos menos generalizados.

Havia regras que buscavam normatizar estritamente o direito de vizinhança. A relação entre o direito público e o direito privado, todavia, não era tão bem delimitada. Assim, tanto leis administrativas como normas de cunho privado se debruçavam sobre o tema da salubridade, por exemplo, com prescrições de saúde e higiene nos dois campos.

Os *Parlements* correspondiam à Justiça aplicada ao caso, que produzia igualmente normas de eficácia *erga omnes* e jurisprudência. Versa Antonio Gambaro sobre o instituto:

> *L'apporto della casistica creata dalla giurisprudenza è in grado di chiarire la specifità delle regole, mentre la particolare natura di quelle corti, che erano anche organi di governo, spiega il loro svolgersi in direzioni (che ora consideriamo) eterogenee.*
> *Se la normativa presente nelle Coutumes era in grado di soddisfare le esigenze urbanistiche delle città anche senza far ricorso a clausole generali limitative del jus aedificandi, vi era un settore in cui l'interesse pubblico doveva essre tutelato direttamente dal sovrano ed era quello, importantissimo, della viabilità*.[25]

[25] GAMBARO, Antonio, op. cit., p. 64. "O legado da casuística criada pelajurisprudência é capaz de esclarecer a especificidade das regras, enquanto a natureza particular daquelas Cortes, que também eram órgãos governamentais, explica seu desenvolvimento nas direções (que consideramos agora) heterogêneas.
Se a normativa presente nos Coutumes era suficiente para satisfazer as exigências urbanísticas da cidade, mesmo sem recorrer às cláusulas gerais limitantes do *jus aedificandi*, havia uma área onde o interesse público deveria ser diretamente protegido pelo soberano e isso era o mais importante para sua viabilidade".

2.11 A Propriedade no Ordenamento Brasileiro

Por meio do estudo da história da propriedade, é facilmente perceptível sua previsão legal e sua existência na Roma antiga. Inevitável, destarte, notar que esse conceito é tão antigo na vida brasileira: sendo herdeiros do direito romano, somos simultaneamente inseridos no contexto de propriedade e de sua limitação.

A partir do entendimento de que possui o ordenamento pátrio uma tradição própria, bem como unida ao Império português, deve-se tratar do desenvolvimento, legal e doutrinário, da referida temática. Outro aspecto relevante será tratar da abordagem histórica do panorama dominial, porquanto nem sempre a propriedade foi aplicada da mesma forma. Para tanto, cara, outrossim, a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, a fim de compreender o processo que consolidou a propriedade em nosso âmbito social.[26]

Versando, primeiramente, sobre o conceito de propriedade de maneira isolada, encontra-se mudança de acordo com o lugar e com o tempo de que se estuda. Há muitas obras que declaram a noção de propriedade como intrínseca ao ser humano, enquanto outros doutrinadores, ao citar exemplos de algumas sociedades, descartam tal hipótese, atribuindo a um contínuo processo de formação intelectual a plena aceitação do domínio.

Atenta-se, contudo, à amplitude do próprio termo. Tanto a interpretação da *propriedade* como o entendimento da apropriação de qualquer *coisa* constituem variáveis. Cada um dos extremos doutrinários, então, estaria correto, é dizer, sempre houve propriedade, mas coexistindo com *coisas* de natureza coletiva, conjunto esse que, por vezes, era muito maior que o rol de bens tidos como particulares e restritos.

De igual forma, o modo de apropriação e utilização da *coisa* influencia no regime social escolhido e no ordenamento. Assim, *coisa* pessoal e necessária possui aceitação mais abrangente, já o bem relacionado ao *meio de produção* encontra divergente abstração nas sociedades humanas.

O professor José Reinaldo cita o exemplo romano, em que o *bem de produção*, sobretudo nos primeiros períodos históricos, era somente admitido à figura do *pater familias*, enquanto o chamado *bem de consumo*, que poderia pertencer a seu filho, ou mesmo a um escravo, pertencia ao possuidor. Ilustra, outrossim, tal aspecto o ordenamento de países com orientação política socialista, em que há propriedade privada, se entendida a relação entre pequenos bens, ou mesmo a moradia – apenas a propriedade privada referente a um *bem de produção* era vedada, havendo a participação estatal.

---

[26] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 212-232.

A polêmica distinção entre bem e coisa é antiga:

> Alguns juristas, é certo, preferem dizer que o objeto dos direitos é formado pelas coisas, emprestando a esta palavra um sentido amplo, ontológico, que abrange as coisas corpóreas e as incorpóreas, incluindo nestas os próprios direitos; mas acrescentam que as coisas se denominam bens ao adquirirem um valor jurídico e, pois, ao serem reconhecidas pela ordem jurídica como objeto dos direitos subjetivos.
> Geralmente, porém, a palavra coisa é usada para indicar os bens corpóreos móveis ou imóveis.[27]

Até mesmo diferenças nas acepções possíveis são vislumbradas. O termo que originou a palavra *propriedade*, ou seja, *proprietas*, era versão do atual uso referente ao próprio bem ("sua propriedade campestre"); já o domínio, ou *dominium*, continha o pátrio poder e o poder sobre a casa (em latim, *domus*).

Ainda a respeito da diferenciação entre coisa e bem, impõe-se recordar a lição de Nestor Duarte, ao comentar a regra prevista no artigo 79 do Código Civil:

> Embora utilizadas, muitas vezes, como sinônimos, não se confundem bens e coisas, podendo-se dizer que estas são o gênero e aqueles, espécies, distinguindo R. Limongi França como '*coisa*, tudo o que se encontra, já no mundo exterior, já no mundo interior do homem', enquanto '*bem* é a coisa que constitui ou pode constituir o objeto de um direito', de modo que, também, 'em se tratando de coisas materiais, o que caracteriza o bem jurídico é o valor econômico, oriundo da utilidade e da limitação', ou seja, aquilo que é útil, por satisfazer uma necessidade, e raro, por não existir abundância tal que a todos seja acessível. Em se tratando de coisas imateriais, 'são elas objeto dos direitos quando apresentam pelo menos um interesse moral' (*Instituições de direito civil*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 98), como a honra, a liberdade, a propriedade literária etc.
> Os bens, segundo Bevilaqua, 'constituem a parte positiva do patrimônio, (*Theoria geral do direito civil*, 6. ed., atualizada por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1953, p. 209), já que, no dizer de Planiol, o patrimonino é único, como a pessoa ('*le patrimoine est un, comme la personne; tous les biens et toutes les charges forment une masse unique*') (*Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908, t. I, p. 681), finalizando Maria Helena Diniz: 'o patrimônio é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente' (*Curso de direito civil brasileiro*, 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, v. I, p. 276).[28]

Com isso, entende-se o domínio como conjunto de poder, incluindo o próprio poder jurídico, que existirá na Idade Média, no Brasil e terá desdobramentos na aplicação do direito em nosso país. Na era medieval, portanto, a vassalagem e os mecanismos de jurisdição em todos os reinos distinguiam essa realidade de nosso cotidiano: propriedade, posse e outros elementos jurídicos se confundiam, com grandes poderes aos grupos sociais superiores aliados a um relativamente forte vínculo do camponês com a terra.

Nessa época, ocorre a ideia de *privilégio*, bem como diversos os direitos sobre os frutos, sobre o trabalho e sobre a terra. A jurisdição e a percepção de renda sobre parcelas como as *banalidades* devidas pelo servo (decorrentes do uso de aparatos da estrutura

---

[27] RÁO, Vicente, op. cit., p. 836.
[28] DUARTE, Nestor, op. cit., p. 81.

senhorial) não excluíam suas prerrogativas, que garantiam sua manutenção nos feudos. Apenas a *diffidatio* quebrava o vínculo do servo com a terra: sem o rompimento, o direito do servo era mantido.

Grande alteração decorre do momento em que as prestações devidas pelo servo se monetarizam, além das mudanças na detenção da terra por parte de todos. Com esse novo panorama, financeiro e laboral, foi possível o princípio do declínio do feudalismo e da consolidação do capitalismo.

Com o capitalismo, há evolução filosófica e cultural que molda a propriedade como a entendemos hodiernamente. Os preceitos de usar e dispor são estabelecidos de maneira mais evidente e o complexo sistema prévio que atribuía a cada parte uma função identificável com diferentes domínios da mesma terra desaparece. De *privilégio*, a propriedade passa a ser um direito exclusivo e fundamentalmente natural. A *renda* do senhor feudal passa a ser *lucro*.

Todos esses elementos permitem que revoluções em países europeus, especialmente as nações já envolvidas em um sistema capitalizado e dotado de características próprias sobre a terra e a riqueza, confirmem as correntes filosóficas elaboradas no período como diretrizes legais e constitucionais. Os direitos sobre a terra se alteram, ao tempo em que a propriedade é cercada, entendida como exclusiva e inviolável.

A respeito do ideal primordial liberal, que via na propriedade não um entrave, um problema, mas sim a solução, necessário compreender que,

> (...) por trás desta ficção filosófica e jurídica dum contrato entre os proprietários esconde-se, portanto, um facto de ordem sociológica: o de que a organização económica fundada na propriedade privada tinha em vista um estado social em que os indivíduos, pequenos proprietários, se achavam em face uns dos outros num pé de relativa igualdade.[29]

De acordo com as normas contidas no Código Civil Napoleônico, bem como na doutrina, a propriedade era exclusiva, além de negociável e carregada de grande liberdade e autonomia. A partir desse momento é possível perceber característica tão inerente no pensamento hodierno: exclui-se o outro para afirmar seu direito de propriedade.

Vale ressaltar que os novos elementos norteadores da propriedade alteram também os poderes, decorrentes do domínio, do proprietário. A anterior noção de *privilégio* implicava uma série de prerrogativas de cunho político e jurídico ao proprietário. Já com a visão individualista positivada o ponto de vista econômico prevalece sobre o político,

---

[29] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 277.

diminuindo as responsabilidades do proprietário e seus deveres, além de alguns direitos, permanecendo o recebimento de riquezas.

O processo de evolução histórica é completado com a alteração filosófica, que une os bens imóveis e móveis, juntamente com os bens relativos aos meios de produção e os bens pessoais em uma única espécie de propriedade. Haverá, ainda, visão crítica, porquanto o processo de adquirir capital com o domínio independentemente de como funciona o trabalho e a terra gerará tensão social e um paradigma inesperado até o século XIX.

O referido estudo histórico é válido para compreender a propriedade. De forma complementar, necessário o estudo da mesma evolução em Portugal e no Brasil, oriundos os novos pormenores por conta das especificidades lusitanas e das relações coloniais brasileiras.

Como primeira característica *sui generis*, ainda na Europa, é possível citar que o período medieval português é marcado pela Reconquista de seu território nacional, sob dominação moura. Do mesmo modo que a propriedade era dotada de diferentes características na Roma antiga, o direito luso previa distintas variantes dominiais.

Havia, inicialmente, a *detenção alodial*, em que uma pessoa, ainda que reconhecendo uma autoridade e rendendo tributo, era livre na terra em que trabalhava. Prosseguiam os tributos, todavia sem liberdade e sem ocupação em nome próprio, no caso da *detenção precária*. As terras utilizadas de maneira geral e comum por uma localidade constituíam a chamada *detenção comunitária*.

No que tange à organização judicial em toda a Europa, entre a Idade Média e a Idade Moderna, percebe-se a busca de uma maior centralização por parte do monarca, que demanda a concentração dos poderes e, por consequência, a avocação das funções judicantes. Essa busca por maior poder traz outra centralização, de natureza judicial, com uma estrutura de jurisdição em que prevalece o poder central sobre o poder local, além da evolução da sistemática probatória no processo.

Outra alteração de contexto diz respeito às pessoas do aparato estatal judicial. Progressivamente, a formação acadêmica dos profissionais, em um processo eminentemente escrito, altera o funcionamento da Justiça, fazendo, ademais, prevalecer também por esse aspecto a relevância política do sistema central em detrimento do poder local.

No século XIV, principalmente, observa-se a maioria dos acontecimentos supracitados no reino lusitano. A nova estrutura judicial centralizada favorece os funcionários, fazendo nobres os juristas educados na universidade. Já no século XV, vemos

em Portugal um órgão administrativo, similar ao atual Conselho Nacional de Justiça – CNJ brasileiro: o *Desembargo do Paço*. Ao seu lado, ainda que o *Desembargo* seja também entendido como superior, encontravam-se a *Mesa de Consciência e Ordens* e a *Casa de Suplicação*, cada um com sua própria competência material.

Quanto ao nível intermediário, com competência de recursos como apelações, havia os chamados *Tribunais de Relações*, que estavam presentes nas colônias e na metrópole. A estrutura seguia com o cargo de *ouvidor-geral*, amplamente presente, e os *juízes*: *de fora* (interventores que representavam o poder real, vindo sempre *de fora*); *ordinários* (da Câmara de cada localidade); e *de órfãos*, todos com objetos e indumentária a identificá-los.

Recorde-se que existia um conjunto de regras a fim de limitar o acesso para a participação nessa estrutura, que visava, aliás, a capacitar todo o processo de centralização do poder e de modificação judicial do reino.

Quanto à definição de regra, outrossim convém recorrer a José Oliveira Ascensão:

> As regras não compõem por si a ordem jurídica, não são elementos constantes desta. As regras são apenas modos de expressão da ordem jurídica, actualizados pelo intérprete consoante as suas necessidades, como teremos ocasião de ver.
> Da mesma forma, é sempre possível ao intérprete formular regras que exprimam a ordem natural. Não obstante, esta é ordem, e não complexo de regras. A regra exprime-a, mas não é constitutiva dela.[30]

O sistema brasileiro consta com inúmeras semelhanças relativas ao direito português, entretanto, por vezes alguns detalhes da estrutura judicial serão divergentes. O aparato político e social da colônia demandará adaptações. Ilustra bem a condição a instituição das capitanias hereditárias: desenvolvidas pelos lusitanos a fim de tornar mais eficiente o processo de colonização das terras na América, a delegação de poderes aos donatários incluía o exercício da Justiça, ao que a figura do *ouvidor* representa instituto intermediário da jurisdição.

O sistema de capitanias demonstrou falhas, gerando o também conhecido *governo geral*. Por meio dessa nova instituição, foi implantada na colônia a figura do *ouvidor-geral*, bem como os mecanismos necessários para eventual recurso inerente a variados órgãos judiciais em dois continentes. Em ambos os territórios existiam auxiliares da justiça. Interessante perceber, ao longo dos séculos, maior complexidade no Brasil, acompanhada de ampliação à competência territorial por sua posição no Império, acumulando jurisdição da África.

---

[30] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 192.

A expansão da aplicação da justiça não veio sem alterações significativas, inclusive atinentes à interpretação da norma, e nem sempre foram consideradas de maneira unânime, de acordo com o magistério de Nuno Espinosa Gomes da Silva:

> Vê-se, pois, que, assim, se instituía um processo de interpretação autêntica de leis que tivessem suscitado dúvidas: as decisões esclarecedoras, os Assentos da Casa da Suplicação; eram registados num livro (o Livro dos Assentos) e tinham valor vinculativo para casos futuros semelhantes.
> Sucede que, em 1582, Filipe I, considerando que os dois tribunais superiores (Casa da Suplicação e Casa do Cível) se encontravam em Lisboa e que, assim, os moradores das comarcas de Trás-os-Montes, Entre Douro e Minho, e Beira recebiam grande incomodo 'em virem as ditas Casas com as suas appellações e aggrauos, e muitas vezes por casos tão leves, e de tão pequenas contias que importarão menos que a despesa que nisso fazem', decide haver 'por extincta a dita Casa do Cível, que até agora houve na dita Cidade de Lisboa, e de crear outra, como ordeno, que haja na dita Cidade do Porto que se chamará a Relação da Casa do Porto'.
> Ficava sendo a Relação do Porto segunda e última instância nas apelações e agravos das comarcas do norte, em matéria de crime; era-o, também, em matéria cível, excepto quanto o valor da causa passasse 'da contia de cem mil reis nos bens moveis, e de oitenta nos bens de raiz', hipótese em que ainda se podia recorrer para a Casa da Suplicação.
> Com a criação de outras relações no Ultramar – Goa, Rio de Janeiro e Baía – o abuso vai proliferar, uma vez que as novas Relações entendem, igualmente, possuir o privilégio de proferir interpretações autênticas. Vai este procedimento ditar um estado de confusão que só terminará, como adiante veremos, com a chamada 'Lei da Boa Razão', de 18 de agosto de 1769.[31] (grifos no original)

Entre outras mudanças, ocorridas durante a colonização e a evidente necessidade de alteração, nem sempre radical, durante a monarquia nacional brasileira, trata-se no momento não mais da estrutura judiciária, mas da lei e de outras fontes.

Impossível iniciar o estudo da história legal do Brasil, principalmente em seu período colonial, sem mencionar as Ordenações Filipinas, às quais o enfoque primordial será atinente aos direitos reais e de propriedade, pois estes os temos abordados no presente trabalho.

As *Ordenações Filipinas*, editadas no início do século XVII (1603), representam elevada importância. São memoradas por compilar o direito lusitano prévio, das *Ordenações Afonsinas* e *Manuelinas*, ainda que sem se ocupar de perceber incompatibilidades e repetições. Sua relevância, contudo, deve-se a uma série de elementos divergentes quanto ao país tratado.

No caso português, cara no passado, por tentar demonstrar que a União Ibérica não seria simples anexação de Portugal pelos espanhóis. Na hipótese brasileira, importante num passado muito mais extenso e no presente, porquanto sua manutenção, além de nortear o direito colonial completo, invadiu o século XIX e se afirmou como lei civil, de maneira impressionantemente longeva, em nível oficial, até o século XX:

---

[31] SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português*: fontes do direito. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p. 413-415.

> Não se critique, porem em demasia, a feição não inovadora das Ordenações.
> Em primeiro lugar, cumpre atentar no facto de a própria cultura jurídica se encontrar em situação de crise, no rescaldo da investida humanista contra o direito romano; em segundo lugar, a preocupação política de Filipe I, de não ferir as susceptibilidades dos novos súbditos, levava-o a não querer bulir na estrutura e conteúdo das anteriores Ordenações, a fim de, assim, demonstrar o seu respeito pelas instituições portuguesas.
> Deste modo, a legislação filipina é uma actualização das Ordenações Manuelinas, e não uma legislação 'castelhanizante'; uma ou outra disposição inspirada nas 'Leis de Toro', promulgadas no reinado de Joana a Louca, não invalida esta afirmação.
> (...)
> Não veio a Revolução de 1640 tirar vigência às Ordenações Filipinas. Ainda nesse mesmo ano, confirmou D. João IV, em geral, todas as leis que haviam sido promulgadas pela dinastia castelhana; e, em 29 de janeiro de 1643, agora, em especial, determinou o rei 'revalidar, confirmar, promulgar e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco Livros das Ordenações e Leis, que nellas andão, se cumprão e guardem, como se até o presente praticarão e observarão como se por mim novamente forão feitas e ordenadas, promulgadas e estabelecidas, em tudo o que não estiver por mim feito em minhas Leis e Provisões e outras, validamente depois dellas feitas, praticadas e observadas em quanto não mandar fazer a dita recopilação, e não mandar o contrario'.
> Foram várias as tentativas, não sucedidas, de reforma das Ordenações Filipinas que, assim, vão, entre nós, vigorar até ao Código Civil, de 1867; e, no Brasil, essa vigência, prolongar-se-á até ao Código Civil, de 1917. São, pois, as Ordenações Filipinas o momento legislativo que maior tempo de vida alcançou em Portugal. [32] (grifos no original)

É o Livro IV que dispõe, eminentemente, da matéria de Direito Civil. Durante o período em que o Brasil já constituía nação independente, no entanto, sem ordenamento civil, buscava-se amparo no Código Comercial, quando presente (a partir de 1850), juntamente com as lições portuguesas, especialmente oriundas dos trabalhos de Corrêa Telles e de Coelho da Rocha.

Somente a partir do extenso trabalho de Augusto Teixeira de Freitas, com uma *Consolidação* e com *Esboços* provenientes de *Projetos* por ele organizados, para o governo nacional, ocorre desenvolvimento linear que, após a contribuição de outros participantes como Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos e, entre eles, Clóvis Bevilacqua, culmina com o Código Civil de 1916. Na maioria dos projetos de Teixeira de Freitas, os Direitos Reais se inseriam no Livro III, com especial destaque à propriedade.

O regime de terras no Brasil sempre foi cuidado e promovido, ainda que nas referidas condições de lei civil, devido à história brasileira de ocupação fundiária para a produção de gêneros agrícolas atribuídos ao papel brasileiro no âmbito do Pacto Colonial. Possível citar a *Lei das Sesmarias*, norma medieval portuguesa que regia outrora a colônia; e a *Lei de Terras* do Império. Cada uma, por sua natureza, gerou concentração de terras, visível até os dias atuais no Brasil e causa de muitas das tensões sociais perceptíveis.

---

[32] SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, op. cit., p. 402-405.

2.12 Os Direitos de Vizinhança e sua Evolução Histórica

Para concluir o estudo do perfil histórico de todo o tema debatido necessário tratar da evolução dos direitos de vizinhança no ordenamento pátrio e em suas eventuais influências por intermédio do direito comparado mais recente. Da mesma forma que não se pode limitar o exame da propriedade em Roma, com presença do instituto desde as Ordenações do Reino, também já podemos vislumbrar o avanço da doutrina no que tange à vizinhança.

Conveniente iniciar a questão pela doutrina de Francisco Clementino de San Tiago Dantas[33], que já em 1939 versava sobre o desenvolvimento do conflito de vizinhança e sua composição. Suas lições são caras não apenas por documentar a situação da temática em tempos anteriores, mas por tentar fornecer substratos para teorias a partir de conceitos nem sempre elementares, é dizer: nem todo dilema vicinal é conflito de vizinhança por definição, entre outros exemplos.

Alerta o professor, primeiramente, que a vizinhança é tema muito importante para o Direito Civil, porquanto constitui, de maneira mais latente, o aspecto mais restritivo da propriedade: importa aqui notar como a relativização à propriedade era menor em comparação ao ordenamento atual, essa a primeira distinção histórica do entendimento hodierno.

San Tiago Dantas atenta, ainda, à incipiente sistematização jurídica da vizinhança e revela perceber uma contínua reformulação social, que culminará no aumento dos conflitos e na consequente necessidade de se ampliar os cuidados atinentes à matéria supracitada. Cita Bonfante, que complementa a relação histórica, ao afirmar que os próprios conflitos se alteram, não apenas pelas maiores aglomerações, como referido anteriormente, mas pelas alterações econômicas e arquitetônicas, demandando alterações legais e doutrinárias.

Divide o doutrinador a propriedade em um par de aspectos: o *interno*, que diz respeito ao total poder do proprietário, no limite da licitude, sobre a coisa que domina; e o *externo*, relativo às prerrogativas de limitar qualquer ato ou acesso de um terceiro. A partir dessa conceituação já consagrada, perceptível que apenas o bem móvel desenvolve esse conceito em plenitude, visto que pode ser isolado, ao contrário do bem imóvel, submetido aos fracionamentos usuais e à própria condição natural.

---

[33] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro: [s.l.], 1939, p. 15-37.

Com isso, conceitua a existência de atos que reverberam, que extravasam os limites da propriedade, eventualmente invadindo a esfera de outras propriedades, sem a anuência dos outros proprietários, mas que são lícitos, e não necessariamente reprováveis. Um dos termos utilizados para tanto é “ingerência alheia”.

Se considerada tal situação, claramente haveria um conflito, de direitos, independente do conflito vicinal: haveria a oportunidade de se vislumbrar a manutenção de uma atividade prejudicial aos vizinhos, o que prejudicaria o pleno gozo da propriedade; mas o impedimento, entretanto, feriria aquele *aspecto interno* da propriedade, ao limitar o aproveitamento de um proprietário impedido de promover atividade que deseje fazer.

Vale ressaltar que, para San Tiago Dantas, apenas variantes relativas do caso em tela podem ser considerados os *conflitos de vizinhança* que denominam sua obra. Para o autor, que trata de um amplo rol de hipóteses e seus respectivos exemplos, outros desacordos não são esses conflitos específicos, ainda que por vezes seja o direito o único a solucioná-los, como nos casos de ilicitude empreendida pelo proprietário.

Excluídas, destarte, dessa categoria as hipóteses referentes a um outro e específico vínculo do direito. Os problemas atinentes às partes de um contrato de locação, por exemplo, não se encaixam primordialmente em seu estudo, restando a solução sobre o direito e sobre os termos do próprio contrato. Até mesmo a relação condominial de vizinhos de apartamento próximos é tratada de maneira divergente pelo doutrinador, que novamente remete às normas não somente jurídicas, mas atinentes ao condomínio. Estaríamos tratando, pois, não de conflitos de vizinhança, mas de *colisão de direitos*.

Para novamente limitar corretamente o escopo da vizinhança e de seus conflitos, de acordo com o entendimento histórico da vizinhança brasileira na primeira metade do século XX, afastada a chamada *interferência imediata* da *mediata*, fazendo estudo da doutrina de Jhering e de Rippert quanto ao tema.

Enquanto a *imediata* se refere a qualquer ingerência direta, causada propositalmente pelo despejo de algum resíduo decorrente de atividade do proprietário na propriedade alheia; seria a *mediata* gerada pelo despejo dentro da própria esfera da propriedade do agente produtor e levada ao outro domínio pela natureza.

Desse modo, para San Tiago Dantas, apenas a variante *mediata* se insere na espécie bem delimitada de conflito de vizinhança. As ingerências *imediatas* representam afronta declarada e invasão inapropriada de outro dominante, devendo ser solucionadas de maneira simples e diferente, tamanha a violação percebida, bem como acompanhada de responsabilização pelos danos causados aos outros proprietários.

A doutrina e a jurisprudência inglesas do período histórico estudado, outrossim, já eram consolidadas sobre o direito de vizinhança e, ademais, no que tange às noções de *interferências mediata* e *imediata*. A partir do conceito de *nuisance*, que representaria a chamada *interferência nociva*, trataria Blackstone do tema – para o autor não importa se deve ser aceita a ingerência, mas se seus atributos a caracterizam como algo que pode ser proibido, o que evidencia a *nuisance* como a *interferência imediata*, intolerável.[34]

Segue, ainda, o autor ao distinguir a interferência entre as *imissões* e as *repercussões in alieno*. É dito que no período do livro o conceito de imissão já abrangia mais que apenas as interferências físicas, mas que seriam estas as mais intimamente constantes na origem do termo. Não se restringia, ao tempo do livro, entretanto, a imissão à variante *corpórea* (tradicional), englobando a *incorpórea*.

Para diferenciar a *imissão* da *repercussão in alieno*, utiliza-se o doutrinador de exemplos, além de inserir ambas no contexto das interferências mediatas. Na hipótese de *imissão* haveria invasão, ainda que incorpórea (incluindo aqui a imissão de calor, por exemplo).

Já quanto à *repercussão in alieno* ocorreria uma privação com consequências, ainda que sem haver sequer invasão incorpórea, como no exemplo fornecido de um proprietário que, armazenando produtos inflamáveis, ameaça a segurança de seus vizinhos mesmo dentro de seus domínios. Alertava, desde então, o autor para a diminuição de casos, naquele período, atinentes às repercussões *in alieno*.

Cabe citar, a fim de registrar historicamente como se dava o desenvolvimento das relações vicinais, independentemente dos conflitos nelas presentes, o início das indústrias e a sua inserção no ambiente de outros proprietários, até mesmo residentes em plena situação descrita. Entre outros tantos trechos em que versa o autor sobre o tema, consta aqui o inicial:

> Já se observou que os problemas sociais do nosso tempo, convergem para um ponto central que é a 'propriedade'. Não existe porem um problema da propriedade, e sim vários, relacionados uns aos outros, e suficientemente autônomos para deles se fazer estudos especiais. Entre os que mais insistentemente reclamam nos dias de hoje, um tratamento jurídico adequado, está o conflito entre o que podemos chamar a *utilização industrial* e a *utilização domiciliar* da propriedade.
> O desenvolvimento mecânico da indústria moderna, o emprego do vapor e da eletricidade, fizeram, desde o século passado, a vizinhança das fábricas e oficinas nociva, às casas de moradia, aos escritórios e a certos estabelecimentos, onde o repouso relativo é indispensável à vida e ao trabalho. Nos dias que passam, o comércio, os meios de transporte, de comunicação e de propaganda, todo o equipamento da vida nos grandes centros urbanos, veio somar a sua influência à das indústrias, e generalizar, si podemos dizer, os incômodos que outrora só nas imediações dos estabelecimentos fabris se faziam sentir. O

[34] BLACKSTONE, William, *Commentaries on the law of England*, Lewis: Philadelphia, 1900, p. 1202.

> *sossego*, condição indispensável à vida domiciliar e a certos ramos de atividade do homem, tornou-se raro nas cidades, e ao mesmo tempo que ele, um outro bem entrou a periclitar por influência de causas semelhantes: a *saúde*.
> Não se pode pretender, é verdade, que a vida moderna tenha tornado as cidades mais insalubres do que eram, tanto mais quanto são de hoje as grandes medidas de defeza sanitárias postas em prática nos centros civilizados. A questão mudou de aspecto, entretanto. A insalubridade deixou de ser consequência de práticas negligentes e condenáveis, para se tornar inevitável efeito de atos permitidos, conduzidos com cautela e até segundo regras técnicas especiais; mas os benefícios que a sociedade retira desses atos, não permitem que se pense em lhes interromper a realização.
> Do mesmo modo a vida moderna diminue a *segurança* da existência, creando riscos que as épocas passadas não conheceram senão em diminutas proporções. Os que mais insistentemente se nos patenteiam, são os derivados dos transportes e de outros serviços mecanizados de utilidade comum, mas os há em grande número derivados da indústria e de outras utilizações da propriedade. Uma fábrica em que são manipuladas substâncias inflamaveis constitue, pelo perigo de incêndio, uma diuturna ameaça aos prédios circunvizinhos, e o mesmo se poderá dizer de um depósito de explosivos, onde o risco é de todo instante.
> Ora, saude, segurança, sossego, conforto, intimidade ("privacy"), são bens de que todos precisamos cercar, em medida maior ou menor, a nossa existência e a casa de moradia é o logar por excelência em que os devemos disfrutar. E nos grandes conglomerados que são as cidades de hoje, o ar se carrega de poeiras, de emanações, de germens nocivos à saude, a segurança diminue em face dos riscos ordinários da vida que se avolumam, o sossego se perde, como o conforto, pelos rumores que de toda parte chegam até nós, e nas moradias que se comprimem umas às outras, a intimidade se entrega ao público ou pelo menos se desvenda aos vizinhos.
> (...) São de fato imissões, os atentados que a vida moderna inflinge ao direito de propriedade, a cada momento. Imissões oriundas sobretudo da indústria, de ruido, de odôres, de fumo, de humidade, de águas, repercussões do estado de insegurança exterior à nossa propriedade. Cada vez que a imissão provem de uma causa geral, de um ato não relacionado com o uso de outro imovel, é a proteção administrativa a única com que se pode contar. Mas cada vez que a imissão parte de um prédio, delinea-se uma relação puramente privada entre imitente e imitido, gera-se o conflito de vizinhança, e impõe-se a sua solução.
> (...) Digamos então que a "vizinhança industrial" é o *aspecto típico* do problema das relações inter-vicinais no direito de hoje. Tem grande importância no estudo e solução de qualquer problema jurídico, conhecer o aspecto sob o qual ele se apresenta com maior relevo e frequência, pois é em torno desse *tipo* que todo trabalho teórico se vai erguer. A doutrina procede sempre, conciente ou inconcientemente, desse modo, e a melhor prova disso é na evolução das teorias sobre a vizinhança que vamos encontrar.[35]

Tratando, agora, de abordagem histórica referente ao desenvolvimento legal, novamente cara a lição de San Tiago Dantas que, juntamente com seu estudo preciso das relações vicinais e de seu desenvolvimento, viveu em época que lhe permite naturalmente tratar do aparato que cuidava dos conflitos de vizinhança de maneira presente.

A iniciativa de unificar como *Direitos de Vizinhança* as restrições aos bens imóveis no âmbito da propriedade começa com os alemães. A distinção entre a previsão legal das limitações e a relativização oriunda da convenção (nos termos do doutrinador seriam as chamadas *servidões legal* e *natural*) não haveria ocorrido no ordenamento pátrio remoto.

---

[35] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, op. cit., p. 31-34.

Entre as primeiras previsões legais, possível destacar a constante na Ord. L. I, t. 68, §§ 22, e seguintes. Intitula-se *Edifícios e Servidões* o conjunto de dispositivos a tratar das funções dos denominados almotacés. Cumpre mencionar que outro mestre civilista, Teixeira de Freitas, procurou incluir a temática em sua *Consolidação*, no avanço da edição de normas civis na constância do Império, com o mesmo nome advindo das Ordenações. Não se encontra, com exceção da doutrina concomitante, o exame simultâneo das concessões voluntárias com os dispositivos de lei, exame esse caro a San Tiago Dantas.

Com o advento do Código Civil Napoleônico, permitiu-se que Corrêa Telles conseguisse fazer remissão à divisão francesa em três categorias, quais sejam: *legais*, *naturais* e *convencionais*; no denominado *Digesto Português*. Na época, os direitos de vizinhança no ordenamento pátrio não eram vistos exatamente como parte do direito de propriedade, mas como limitações do referido domínio, como o fez Borges Carneiro.[36]

Para Borges Carneiro, haveria, assim, além de *ampliações* as *restrições*: servidão; emulação; e uma eventual restrição ordenada por lei, costume ou estatuto – essa restrição seria algo mais próximo do direito de vizinhança. No que tange às servidões, adviriam não somente por contrato, mas também por prescrição, adjudicação ou até testamento.

Com o passar do tempo e o interesse por editar um Código Civil, diploma norteador e de disciplina independente, a doutrina se debruça cada vez mais sobre o tema, como Lacerda de Almeida, que se arrimando em Voet, Waechter e Lafayette, distingue as servidões do direito de vizinhança – alcança finalmente o direito vicinal o status de característica intrínseca da propriedade, ao contrário da servidão.

Consolida-se, destarte, no ordenamento pátrio, a noção de Direito de Vizinhança, com arrimo inclusive no Código Civil anterior (de 1916), que em seus artigos 554 a 588, com destaque aos dois primeiros artigos, versa sobre as relações vicinais.

Vale ressaltar, ainda, como parte do aparato legal que se desenvolve a fim de amparar o Direito da Vizinhança, as normas administrativas referentes à vizinhança industrial, sendo possível citar, no âmbito do direito comparado, as Leis de 21 de setembro de 1791 e de 30 de frimário do ano XIII (essa já sob a égide do calendário revolucionário); bem como o Decreto Napoleônico de 15 de outubro de 1810; Lei de 19 de dezembro de 1917; Leis de 20 de abril e de 18 de maio, ambas de 1932; e Decretos (30 de agosto de 1934 e o de 29 de abril de 1936); todos da França.

---

[36] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, op. cit., p. p. 112-131.

Há, ainda, variados decretos na Itália e algumas leis inglesas, todas da década de 1930 ou mesmo anteriores. No caso brasileiro, possível destacar o *Regulamento de Saude Pública* (nome comumente dado ao Decreto n° 16.300, de 31/12/1923); o chamado *Código de Obras do Distrito Federal* (Decreto Municipal n° 6.000, de 1°/07/37, recordando que era a capital federal o Rio de Janeiro); o *Código de Obras Arthur Saboya* (Lei n° 3.427, de 19/11/1929) e o Decreto Municipal n° 165, de 1°/09/1933, ambos de São Paulo; e o *Regulamento Geral de Construções*, da Prefeitura de Belo Horizonte.

3 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITO À PROPRIEDADE

3.1 Distinção Clássica entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade no Brasil: Lafayette Rodrigues Pereira e os autores modernos

No Prefácio de seu *Direito das Coisas*, Lafayette Rodrigues Pereira já confere uma definição à propriedade, entre as várias nuances que se pode encontrar na mesma obra e fora dela. Estabelece que é um complexo de coisas corpóreas, suscetíveis de apropriação.

Interessante constatar como a referida conceituação, ao mesmo tempo, distancia-se e se aproxima, tanto do direito *à* propriedade como também do direito *de* propriedade. Denota, por sua vez, parentesco com a noção de patrimônio, e mesmo da metonímia que faz do objeto apropriado o que se denomina propriedade. Percebe-se claramente o que representava a propriedade para o célebre doutrinador, não havendo dúvidas se prevalecia crítica ou elogio:

> Nas condições da vida humana, neste mundo que KANT chamava – fenomenal, – a propriedade, isto é, o complexo de coisas corpóreas susceptiveis de apropriação, representa o papel de um elemento necessário. A subsistência do homem, a cultura e o engrandecimento de suas faculdades mentais, a educação e o desenvolvimento dos germes que a mão da Providência depositou em seu coração, dependem essencialmente das riquezas materiais.
> Daí o caráter sagrado da propriedade. Ela é sagrada porque tem a sua razão de ser, a sua finalidade, nos elevados destinos do homem.[37]

Enuncia o doutrinador, que viveu a maior parte de sua vida no século XIX, que qualquer escola de pensamento, de qualquer tempo, aceitou a existência e a legitimidade da propriedade, ocorrendo divergência, apenas, no que tange a sua organização. Já havia, sim, entrado em contato com Proudhon e Rousseau, todavia, declara que as críticas por eles feitas atingiam a legislação, e não o princípio de propriedade.

Mas, se o conceito de propriedade parece inato a alguns, servindo a justificá-lo como instituto imutável, mesmo os autores que o tratam de forma abrangente condicionam o seu *modus operandi* ao contexto histórico.

De acordo com Radbruch,

> (...) se o direito de propriedade corresponde a uma categoria *a priori*, já o mesmo não se pode dizer, por exemplo, da propriedade *privada* ou *colectiva* como suas formas concretas, possuidoras dum determinado conteúdo.[38]

---

[37] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. 1 v, p. IX-X.

[38] RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 268.

Quanto ao direito à propriedade, Lafayette Rodrigues Pereira não deixa dúvidas: em uma de suas declarações a respeito do direito de propriedade, que seria direito individual sob proteção estatal, pronuncia que é um direito suscetível de ser adquirido por toda e qualquer pessoa, física ou "moral", por *causa mortis* ou entre vivos, gratuitamente ou a título oneroso. Prossegue versando sobre outras características, entre as quais a divisão do domínio, e finaliza sua afirmação declarando que o Direito Romano assim construiu o direito de propriedade.

Visível, destarte, alguns elementos que refletem a forma com que Lafayette Rodrigues Pereira encarava a propriedade. Havia um direito *de* propriedade, com contornos bem definidos, e que, como um de seus atributos maiores, como parte de sua descrição, continha uma definição de direito *à* propriedade.

Diga-se, contudo, que mesmo com tantas considerações abrangentes e grande relevância à propriedade, todos esses aspectos eram relativos e aplicados ao seu tempo, é dizer, o século XIX. Cumpre ressaltar essa matização pois, apesar de vislumbrar um direito à propriedade robusto e mesmo contido na definição do direito de propriedade, valorizava o Conselheiro sobremaneira o atributo individual da propriedade e o Direito Romano.

Como era comum à época, tratava o doutrinador do direito de Roma com tanto afinco pelo fato de que a doutrina, nos séculos XVIII e XIX, pensava a consolidação do conceito de propriedade burguesa apenas como um retorno ao Direito Antigo, relação essa entre "direitos de propriedade" que não deveria ser automática, pois diferentes os conceitos e expectativas do instituto, como sobredito nos trechos atinentes à história do direito de propriedade. Ilustra tal formação teórica e pessoal a seguinte passagem:

> Esta organização não é o produto da cogitação abstrata do filósofo, é o resultado lógico da natureza moral, intelectual e física do homem e das necessidades inelutaveis da coexistência em sociedade.
> Todas as tentativas no sentido de tirar à propriedade o caráter de direito individual e de subordiná-la diretamente ao império da vontade coletiva – Estado ou simples comunidade – tem se esbordoado diante da experiência. Vico já dizia que as instituições humanas são impotentes para reter e conservar as coisas fora do seu estado natural, pensamento que Horacio com a liberdade de poeta exprimia nesta pintura tão viva e tão energética:
> *Naturam expellas furca, tamen usque recurret,*
> *Et mala perrumpet furtim fastidia victrix*
> O Direito civil moderno dos povos cultos em matéria de propriedade se construí sobre as bases do Direito Romano.[39]

Tanto é verdade a firmeza de suas declarações e o pertencimento ao seu tempo que, nas ocasiões em que trata da alteração do contingente populacional europeu, responsável por modificar, outrossim, o direito vigente, declara que a miscigenação foi prejudicial,

---

[39] PEREIRA, Lafayette Rodrigues, op. cit., p. XI.

tendo sido um dos motivos que causou a degeneração jurídica, comentário que seria problemático se produzido durante parte dos séculos XX e XXI.

Como não poderia ser diferente, faz duras críticas ao sistema feudal. Interessante perceber como o autor enxergava a propriedade, em detrimento das visões contemporâneas. Considerava o feudalismo uma falha histórica, pois atentava contra a dignidade humana, é dizer, era para ele o direito à propriedade direito fundamental, e pensava que a propriedade no âmbito burguês representava igualdade, ao contrário do mesmo instituto no sistema feudal, esse sim, a seu ver, representante de um "individualismo selvagem".

Para Lafayette Rodrigues Pereira, não somente a igualdade, mas também a democracia estava profundamente ligada ao direito *de* propriedade, adicionando, ainda, às contribuições, que segundo ele fizeram da propriedade algo ainda melhor, a moral cristã. Conferia tamanha relevância ao Direito Romano e à interferência bárbara no feudalismo que enaltecia Portugal, país que acreditava possuir exame proprietário fortalecido pela quase ausência de feudalismo.

Propagou o doutrinador que Portugal, em suas Ordenações, mantinha a propriedade romana intacta, legado que deixou ao Brasil, enquanto a França teve desenvolvimento separado, de modo que apenas a democracia e as ideologias modernas possibilitaram, nesse país e em tantos outros inspirados pelo seu Código Civil, fórmula segura de propriedade.

O apego ao Direito Romano se dá, ademais, por outro motivo, também atrelado à época em que viveu o Primeiro Ministro.

Essa variante pregressa valorizava a norma escrita, variados princípios e institutos mais bem definidos. Todo esse panorama contrastava com a realidade brasileira que, em pleno auge do período da Codificação, ainda não possuía uma legislação civil unificada e sistematizada, como a que Lafayette gostaria de ver absorvida no Brasil, daí também seu elogio ao *Code Civil* francês e aos estudos jurídicos de países como a Alemanha.

Assim considerava o domínio, ou seja, conceituava dessa forma o direito *de* propriedade em sentido estrito, amparado em Savigny:

> (...) O *domínio* (direito de propriedade no sentido estrito) é o direito real em toda a sua compreensão, ou antes é a síntese de todos os direitos reais; manifesta-se por todos os atos que o homem pode praticar sobre a coisa corpórea: é a *plena potestas*, o império exclusivo e absoluto da nossa vontade sobre a coisa.[40]

---

[40] PEREIRA, Lafayette Rodrigues, op. cit., p. 24.

Em sentido geral, define o direito *de* propriedade como conjunto de todos os direitos que formam o patrimônio. Especifica, pois, com limitação, qual seja, de que esses direitos possam ser reduzidos a valor pecuniário. Tanto que, nessa hipótese, direitos reais e pessoais, direitos de propriedade sobre bens corpóreos e sobre o que chamamos, hoje, de propriedade intelectual, estariam todos contemplados.

Utilizando a nomenclatura até então amealhada em outros doutrinadores, para Lafayette Rodrigues Pereira há duas formas de definir o direito *de* propriedade: lato e estrito. Em seu sentido lato, o direito de propriedade é qualquer direito com natureza patrimonial. Já em seu sentido estrito, o direito de propriedade é o que se entende hoje como *domínio*. O direito *à* propriedade, por sua vez, é parte da definição de direito *de* propriedade em seu cunho ideológico e filosófico, como lhe é mais comum.

O domínio era, em sua doutrina, ilimitado, pois lhe poderia ser praticado qualquer ato dentro dos alcances naturais, o que não se confundia com a possibilidade de restrições, e mesmo limitações, existirem por força de lei, além da vontade de quem exercesse o domínio, ou seja, fosse senhor do bem. Era, ainda, o domínio exclusivo, tendo nessa faceta relação com a eficácia *erga omnes*.

Isso tudo referente a direito proprietário que julgava intrinsecamente ligado à noção de domínio: o direito de fruir, ou gozar da coisa que lhe pertence. Havia, outrossim, direitos decorrentes do "direito de domínio", quais sejam:

> 1. Direito de *possuir*, de deter fisicamente a coisa.
> 2. Direito de fazer dela os usos e empregos a que se presta.
> 3. Direitos a todos os seus frutos, rendimentos e produtos.
> 4. Direito de transformá-la e desnaturá-la.
> 5. Direito de dispor dela, isto é, de aliená-la em todo ou em parte, por título oneroso ou gratuito, de gravá-la com onus reais e de abandoná-la.
> 6. Direito à substância da coisa (*nuda proprietas*).
> 7. Direito:
> a) De defendê-la contra as violências e injúrias de terceiro;
> b) De *reivindicá-la* do poder de quem quer que injustamente a detenha;
> c) E de haver a satisfação dos danos que se lhe causarem.[41]

[41] PEREIRA, Lafayette Rodrigues, op. cit., p. 106-108.

3.2 Breves Comentários sobre a Distinção entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade na Doutrina Francesa

Importa ressaltar, ainda, a relação que há entre os Direitos Reais e, portanto, o Direito de Propriedade com a ideia de Direito Patrimonial. Há distinção entre os conceitos, de modo que a noção de patrimônio é mais abrangente para Jean Carbonnier. Elucida o doutrinador que o Direito Patrimonial é composto da junção entre o *Direito dos Bens* e o *Direito das Obrigações*: a diferenciação entre direito real e direito pessoal, por sua vez, é a responsável por delimitar o alcance do Direito dos Bens.

De acordo com a doutrina francesa, assim, compõe o patrimônio uma totalidade, uma universalidade de direito, que inclui, até mesmo, o potencial de haver bens futuros. Sua composição implica um ativo e um passivo, sendo o ativo a reunião de bens que possui o proprietário. Já o passivo é condição indispensável para permitir a existência de um patrimônio e, assim, para defini-lo: é outra face, as obrigações, cobranças e débitos.

Além do fato de serem o ativo e o passivo itens não opostos, mas sim complementares, fundamentais para a compreensão do que vem a ser patrimônio, atente-se, desde já, que o caminhar das definições aponta para uma faceta já delineada: o direito *à* propriedade.

A distinção entre termos absolutamente presentes no cotidiano jurídico e forense, termos esses com relevância da mesma magnitude, sempre foram cuidados por juristas fundadores do pensamento nacional. Imprescindível se debruçar sobre o ensinamento de Vicente Ráo:

> Assim é que, sob o aspecto jurídico, chama-se bem, em sentido amplo, o objeto dos direitos; ou, com maior precisão, diz-se objeto dos direitos o bem sobre o qual o titular exerce os poderes que a ordem jurídica lhe reconhece.
> O direito não disciplina a aquisição e o exercício do poder das pessoas sobre todos os bens da vida; contempla, ao contrário, apenas aqueles cuja incidência na ordem jurídica se faz necessária para a manutenção e o progresso da ordem social.[42]

E isso porque a doutrina francesa, entre ela a de Carbonnier, não consegue disfarçar o quão atrelada está a imagem de patrimônio a conceito mais abstrato. Seria o patrimônio, na verdade, não a totalidade de bens, e sim o conjunto de *direitos* que tem um titular. O direito de ter direitos, pois, relacionado ao direito *à* propriedade, está ínsito ao ideal de patrimônio.

---

[42] RÁO, Vicente, op. cit., p. 835.

O Direito Patrimonial, ainda assim, é visto pelo mesmo autor como ramo jurídico que trata de direitos com caráter econômico e traduzíveis em pecúnia, em oposição aos chamados Direitos Extrapatrimoniais, que abarcam, entre outros, principalmente o que denominamos no ordenamento pátrio de Direitos da Personalidade. Tampouco a força de trabalho comporia o patrimônio, por sua natureza intrínseca, apesar de sua repercussão patrimonial.

Para o autor, o patrimônio diverge da noção pura de possuir ativo em um determinado período. Sua natureza abstrata se manifesta sob duas perspectivas. Primeiramente porque, independentemente da flutuação dos elementos que o compõem, o patrimônio permanece o mesmo. Assim exemplifica o doutrinador:

> (...) *Un bien peut être aliéné, un bien peut être acquis: le patrimoine demeure. La Conséquence est que les tiers qui ont un droit sur le patrimoine, par ex. les créanciers chirographaires (non pourvus de sûretés spéciales), qui ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur (a. 2092, 2093), ne peuvent plus prétendre à rien sur le bien aliéné (du moins s'il n'y a pas eu fraude à leur égard, a. 1167), et peuvent en revanche s'attaquer au bien nouvellement acquis. C'est que leur droit ne porte pas sur des biens à titre particulier, mais sur une universalité, et celle-ci n'est pas stéréotypée (à leur profit ou à leur encontre) dans son état au jour où la créance est née, elle reste une masse mouvante, sujette à des transformations jusqu'au jour où la créance s'exécutera*.[43]

A segunda característica que demonstraria a universalidade e a abstração patrimonial seria o fato de que os bens futuros compõem igualmente o patrimônio, sejam eles adquiridos gratuitamente ou a título oneroso. Ilustraria tal situação a expectativa do credor em relação ao patrimônio do devedor. Na hipótese de patrimônio incipiente, não podendo o devedor saldar sua dívida, aguarda-se até que possua condições de quitar seu débito. Aubry et Rau vislumbravam, pois, no patrimônio, o poder de adquirir o "quanto a fortuna adquirisse".

Mais um exemplo de como o patrimônio é complexo, dotado não apenas de um ativo, mas também de um passivo, bem como de limitação maior que a dotação de bens, está na forma em que se dá a sucessão do patrimônio. O herdeiro recebe, além de eventuais bens, todos os créditos e débitos do falecido, relacionados todos de forma indivisível. O patrimônio não deixa de existir pela magnitude de seu passivo, apenas é classificado em positivo e negativo, a depender do caso.

---

[43] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, monnaie, immeubles, meubles. 12. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1988, p. 13. "Um bem pode ser alienado, um bem pode ser adquirido: o património permanece. A Consequência é que terceiros que tenham algum direito sobre o patrimônio, por exemplo, os credores quirografários (não dotados de garantias especiais) que têm um direito de penhor geral sobre o patrimônio de seu devedor (a. 2092, 2093), não podem mais possuir pretensão sobre o bem alienado (ao menos se não tiver havido fraude contra si), mas eles podem contra-atacar, interferindo sobre o bem recém-adquirido. Isso ocorre porque seu direito não se relaciona com o bem por título particular, mas com uma universalidade, e isto não é estereotipado (em seu benefício ou contra eles) no estado no dia em que a dívida surgiu, ela continua sendo uma massa em movimento, sujeita a transformações até o dia em que o débito será executado".

A doutrina francesa, quando trata das características do patrimônio, possui certa diversidade, porquanto os autores do século XX encontram mais exceções e menor rigidez, fazendo oposição a correntes majoritárias do século XIX, essas consolidadas, majoritariamente, sob a égide de Aubry et Rau.[44]

Representantes fiéis de sua época, é dizer, da prevalência de um Liberalismo então latente, definiam Aubry et Rau, categoricamente, o patrimônio como uma emanação da personalidade. A pessoa do titular era a estrutura primordial que possibilitava a existência de direitos e obrigações para si. A unidade de coisas tão distintas só seria possível porque submetidas a uma mesma vontade.

Três eram as afirmativas que fundamentavam a teoria dos autores. Justificavam suas declarações pelo fato de que todas as pessoas possuem um patrimônio, ainda que ele seja composto apenas de dívidas. Complementa tal hipótese a ideia de direito de patrimônio ligada ao direito à propriedade, visto que o poder de adquirir direitos, de ser sujeito de direito, é elemento fundamental da primeira afirmativa. É possível que os autores acreditassem nessa tese sem visualizar o direito ao patrimônio como se enxerga hodiernamente, em que o direito à propriedade se robustece ao tempo em que se opõe a preceitos liberais.

A segunda afirmativa de Aubry et Rau para justificar a definição de patrimônio estabelecia que somente as pessoas poderiam ter um patrimônio, mas ressaltado, com passar do tempo, que isso é válido tanto para as pessoas físicas como para as pessoas jurídicas, principalmente para essas, já que é o fato até mesmo requisito de existência, já que o patrimônio destacado permite seu surgimento.

A terceira afirmativa, a comprovar que o patrimônio emana da personalidade, diz respeito ao fato de que a relação entre da pessoa e de seu próprio patrimônio não se exprime em um direito sobre o patrimônio. Seria o indivíduo titular de seu patrimônio, e não proprietário, pois o patrimônio é ele próprio.

As críticas principais, evidentemente, preceituam que o exato oposto, ou seja, o patrimônio não emana da personalidade. Para parte da doutrina, é um conjunto de bens "afetada a uma meta, um objetivo". Tal definição, apesar de parecer singela, conta com valores, outrossim, distintos, pois versa, automaticamente, que só há patrimônio onde existem bens passiveis de apropriação. Retira-se a pessoa da esfera patrimonial com outros interesses, entre eles, o de possibilitar o patrimônio sem sujeito e, em certos ordenamentos, as fundações.

---

[44] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 15 et seq.

Duas características oriundas da compreensão do patrimônio como algo emanado da personalidade, entretanto, permaneceram. São elas a indivisibilidade e a "incessibilidade".

Se a personalidade, entre tantas características que possui e que são resguardadas no rol dos Direitos da Personalidade, é indivisível, também o é o patrimônio. Uma pessoa, independentemente de seus bens, de seus débitos e de suas condições, possuiria, obrigatoriamente, um patrimônio apenas.

Essa tese foi bastante combatida pelos críticos de Aubry et Rau, que utilizavam a própria lei para refutar os juristas. Se é fato que a lei, quando trata do patrimônio autônomo matrimonial em hipótese de comunhão parcial de bens, por exemplo, e de períodos específicos no Direito Sucessório, vislumbra mais de um patrimônio por pessoa, não se sabe em que medida a lei, na verdade, justifica a tese, já que apenas quando o texto legal excepciona é possível perceber uma divisão patrimonial, em que uma pessoa tem mais de um patrimônio. O caso das Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada parece oferecer uma solução aos críticos dos doutrinadores do século XIX.

No que tange à impossibilidade de o patrimônio ser cedível, Jean Carbonnier prefere dividir a presente temática entre *Cessão entre Vivos* e *Cessão por Morte*.

Afirma que é interditada a cessão da totalidade patrimonial entre vivos, pois isto anularia a personalidade do cedente. O autor diferencia tal ato de ceder a totalidade de bens dos quais a pessoa é proprietária, e isso porque diz que o patrimônio é virtualidade e poder de adquirir novos direitos. Vincula, pois, a noção de patrimônio ao direito *à* propriedade, mais que ao direito *de* propriedade, em harmonia com autores nacionais que nele se inspiraram, entre eles, Luiz Edson Fachin.

Quando se trata, a seu turno, de cessão por morte, evidentemente plausível em qualquer ordenamento que permita o Direito de Sucessão, por exemplo, a transmissão do patrimônio, o qual, aliás, inclui ativo e passivo, sendo possível transmitir dívidas além de bens. Com o falecimento, cessaria a personalidade e a titularidade do patrimônio, que prosseguirão, de uma forma distinta, nos sucessores, daí a teoria do patrimônio como emanação da personalidade.

Mas o sistema proposto por Aubry et Rau, apesar de certas obsolescências que lhe são creditadas por seu ponto de vista ideológico, não está totalmente superado, sobretudo na França, tratando do tema Planiol, Ripert e Guinchard. Há, ademais, outros exemplos que demonstrariam a veracidade das teorias de Aubry et Rau, entretanto, esses argumentos nem sempre são recordados quando se trata da presente questão.[45]

---

[45] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 11-22.

Entre os exemplos que Jean Carbonnier traz a fim de justificar as teses clássicas francesas, relaciona a *Teoria Civil* e a *Teoria Fiscal*, é dizer, por meio do Direito Tributário francês busca ilustrar a unicidade do patrimônio. Outra faceta interessante seria o que chama de *patrimônio secreto*: da mesma forma que a pessoa é dotada de uma vida privada, que merece respeito em sua discrição, também o patrimônio, independentemente de divulgações a seu respeito, é parcialmente inviolável, portanto, bastante ligado ao conceito de personalidade.

A distinção entre capital e renda, a seu ver, também justificaria a sistemática de Aubry et Rau, não apenas pela relação que há entre as rendas que, oriundas dos bens, passam a compor o patrimônio. É como se capital e rendas fossem verdadeiramente duas realidades, paralelas, que apresentam dimensões diferentes do mesmo patrimônio, uma delas já existente, a do capital, e a outra projetada, com certa caracterização especulativa, com consequências na face passiva patrimonial.

Mais um ponto, por fim, que explicaria a questão teórica colocada pelos doutrinadores franceses do século XIX, seria a abordagem do que Carbonnier chama de *patrimônio do proletário*. Discute-se, além da condição daquele que não possui bens, para saber se essa pessoa possui ou não patrimônio, principalmente a questão da força de trabalho dessa mesma pessoa, ou seja, se a força de trabalho é tão relevante ao patrimônio, cumpre lembrar que ela naturalmente emana da personalidade.

A divisão entre direito real e direito pessoal é, pois, consolidada há muito na doutrina, e é por meio da diferenciação entre esses conceitos, bem como sua complementaridade, que se forma um ideário do que vem a ser o Direito Patrimonial.

Enquanto o direito pessoal inter-relaciona duas pessoas diretamente, porquanto versa sobre o direito que uma delas possui nessa relação, vendo-se a outra *obrigada* e gerando, assim, o Direito das Obrigações, o direito real representa o direito que possui o indivíduo sobre determinada coisa.

De acordo com Carbonnier, o direito real se constitui por um poder jurídico, pertencente a uma pessoa, de retirar utilidades econômicas de algo, total ou parcialmente.[46] O contato entre coisa e pessoa é imediato, mas, atenta, desde que sob o controle do Estado, de onde derivam suas próprias garantias. A pessoa acolhe parte da subjetivação da coisa para si, metaforicamente, visto que as noções de sujeito ativo e sujeito passivo divergem.

---

[46] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 61-72.

Coloca o autor francês a propriedade em caminho paralelo a outros direitos reais, em sua maioria, direitos reais de gozo sobre coisa alheia, para que formem juntos os Direitos Reais Principais, atrelados à ideia de que neles se ostenta a própria materialidade da coisa. Já os Direitos Reais Acessórios estão mais bem relacionados com o valor pecuniário da coisa. O doutrinador os divide por sua aplicação: sobre imóveis, contando principalmente com o que consideramos direitos reais de garantia; e sobre móveis.

O direito pessoal, por sua vez, é homogêneo em suas variantes, pois reduzíveis ao mesmo denominador monetário. Como a obrigação, via de regra, nasce com dívida representada em pecúnia, só se valendo de outros meios na ausência desses recursos para sanar o débito, sua natureza é constante. Denota o direito pessoal a simultaneidade entre uma Obrigação e um Direito de Crédito. Nos dizeres de Jean Carbonnier:

> *Le droit de créance est le pouvoir juridique qu'a une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation, un service, consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (cf. a. 1101, 1126). Réciproquement, l'obligation est le lien de droit par lequel le débiteur est astreint – sous la garantie et le contrôle de l'État – à fournir une prestation au créancier.*[47]

A estrutura de ambos os direitos também diverge, por sua própria natureza. O direito real envolve duas variantes: pessoa e coisa; enquanto o direito pessoal traz dois polos de uma mesma variante substancial, é dizer, duas pessoas. Os efeitos do direito real possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, são oponíveis a qualquer um, sem distinção, ao contrário do direito pessoal que, salvo exceções, é relativo, limitado às partes.

O direito pessoal apresenta intersubjetividade, de modo que nem mesmo o credor pode renunciar seu crédito de forma unilateral, já o direito real permite que o proprietário abandone seus bens. Por fim, o direito real exige a individualização e a própria existência da coisa em questão. Por sua vez, o direito pessoal não confere a mesma relevância, importando, de fato, a situação dos sujeitos. Ressalte-se, ainda, que o direito real possui duas características que faltam ao direito pessoal: o direito de sequela e o direito de preferência.

Planiol elucidava o direito real como dotado de uma obrigação passiva universal, interligando as naturezas dos direitos, como reação a declarações doutrinárias que tentavam, entre outros aspectos, colocar a própria coisa como sujeito

---

[47] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 64. "O direito de reivindicação, de responsabilização, é o poder jurídico que possui uma pessoa (o credor) de exigir de outra pessoa (o devedor) uma prestação, um *service*, que consiste em dar, fazer ou não fazer algo (cf., 1101, 1126). Por outro lado, a obrigação é a relação jurídica pela qual o devedor está vinculado – sob a garantia e controle do Estado – a proporcionar uma prestação ao credor".

passivo no âmbito dos Direitos Reais; que o Direito só existe na relação entre pelo menos duas pessoas; que o contato imediato entre pessoa e coisa seria apenas situação de fato, e não de direito.

Confirma, pois, a tradição *erga omnes* do direito real, ainda que seja revista por alguns, que percebem um certo exagero individualista na referida teoria, por desconsiderar o Estado em detrimento de um sujeito passivo indeterminado e individualizado. Matizam, ainda, a assertiva, pois ela seria mais um dever geral de respeito à propriedade alheia que propriamente uma restrição concreta imposta ao polo passivo dessa "obrigação".

Já outros autores diferenciam o direito real e o direito obrigacional sob outro ponto de vista, fazendo com que a obrigação seja *reduzida* a um direito real. O crédito se ligaria cada vez mais ao patrimônio do credor, e não a sua pessoa, "despersonalizando" a obrigação, outrossim, em relação ao devedor.

A obrigação se aproximaria, pois, a um direito dos bens, deixando de ser direito pessoal no próprio sentido literal da palavra. Haveria "obrigação entre patrimônios", e não entre pessoas, visão consolidada na doutrina, mais discutida na prática jurídica e na legislação.

Quanto ao direito *de* propriedade, amplamente considerado como direito real em sua plenitude, foi desenvolvido de forma semelhante em inúmeros países, seja pela influência do Direito Romano, seja pela doutrina similar, apesar de suas particularidades. No caso francês, o artigo 544 do Código Civil estabilizou um conceito de propriedade duradouro, definindo, outrossim, as restrições ao direito de propriedade.

A propriedade é, arrimando-se no artigo 544 do *Code Civil*, o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta. Como anteriormente tratado, além do fato de que propriedade e domínio são considerados distintos, em sentido estrito, também cumpre ressaltar que o dispositivo legal inova em sua nomenclatura.

Anteriormente, o Direito preferia o termo domínio, ligado ao senhorio, alterando-se, com o *Code Napoléon*, para o termo propriedade, que, como já demonstra o nome, é pertinente à noção de exclusividade, do que é próprio.

Mesmo a palavra direito, presente textualmente no artigo, foi considerada um avanço, diferenciando-se da posse, situação de fato, e tornando concreto o novo Direito do Homem e do Cidadão. Sobre o tema, explica Jean Carbonnier:

> *La définition a pris par là une résonance idéologique. En affirmant que la propriété est un droit, le C. C., en harmonie avec son individualisme fondamental, nie implicitement qu'elle soit une fonction. De nos jours, au contraire, des auteurs (DUGUIT et son école), préoccupés de socialiser le droit civil, voudraient que la propriété fût définie comme une fonction sociale, non*

> *comme un droit individuel: le propriétaire aurait avant tout le devoir (et, pour être en mesure de remplir ce devoir, le pouvoir) d'employer sa chose à la satisfaction des besoins humains.*[48]

Outro elemento facilmente perceptível ao jurista brasileiro diz respeito à omissão de um dos pilares da trilogia proprietária, vislumbrado seguramente no Direito Romano, sem a interferência ideológica moderna que via no Direito Antigo o início de certos valores: o direito de uso. O *ius utendi*, além de pressuposto relevante e primordial, torna-se cada vez mais indispensável nas teorias contemporâneas que fundamentam a propriedade. É um dos atributos que permite que correntes ideológicas bastante díspares concordem, daí sua importância.

Já o *ius fruendi* se vê contemplado no direito de gozar da coisa sujeita à propriedade. O *ius abutendi* está, outrossim, presente, no verbo dispor, como é a praxe jurídica. O direito de dispor está intimamente relacionado com o ato de alienar a propriedade, embora também possa representar o direito de consumir o objeto e, até mesmo, em casos extremos, desde que observados limites, de destruir a própria coisa, bem como de não alienená-la se assim desejar.

Alguns doutrinadores criticaram a incompletude do Código Civil francês não apenas pela falta da referência ao direito de uso, mas também pelas ausências de atributos atinentes à forma como se pode exercer o direito de propriedade, que não é somente absoluta:

> (...) *Le texte annonce ici le contenu du droit, les attributs qu'il comporte. Mais ils vont être énumérés incomplètement. Selon une trilogie classique des romanistes, la propriété devait s'analyser comme jus utendi, fruendi, abutendi, elle était le faisceau de trois attributs: usus, fructus, abusus. Or, le premier terme, l'usus, a été omis par l'a. 544 (peut-êtrre, parce qu'il a semblé virtuellement contenu dans jouir). L'usus (l'usage) désigne cette sorte de jouissance qui consiste à retirer personnellement – individuellement ou par sa famille – l'utilité (ou le plaisir) que peut procurer par-elle même une chose non productive ou non exploitée (habiter sa maison, porter um bijoux, c'est un user).*[49]

---

[48] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 114. "A definição assumiu assim uma ressonância ideológica. Ao afirmar que a propriedade é um direito, o Código Civil, em harmonia com seu individualismo fundamental, nega implicitamente que ela seja uma função. Hoje, pelo contrário, os autores (DUGUIT e sua escola), preocupados em socializar o direito civil, gostariam que a propriedade fosse definida como uma função social, não como um direito individual: o proprietário teria acima de tudo o dever (e, para poder cumprir este dever, o poder) de empregar o seu bem para a satisfação das necessidades humanas".

[49] Ibidem, p. 114-115. "Eis que o texto anuncia o conteúdo do direito, os atributos que ele contém. Mas eles serão listados de forma incompleta. Segundo trilogia clássica dos romanistas, a propriedade deveria ser analisada como *jus utendi*, *fruendi*, *abutendi*, era o pacote de três atributos: *usus*, *fructus*, *abusus*. Ora, o primeiro termo, o *usus*, foi omitido pelo a. 544 (talvez, porque parecia praticamente contida no direito de *gozar*). O *usus* (a utilização) refere-se a esse tipo de gozo, que consiste em remover pessoalmente – individualmente ou pela sua família – a utilidade (ou gozo) que pode obter por si só uma coisa improdutiva ou não explorada (habitar sua casa, usar uma joia, ser um usuário)".

É necessário atentar ao fato, entretanto, que mesmo a palavra “absoluto”, realçada pelo termo “mais”, contrassenso permitido para enfatizar essa qualidade proprietária, não implica dizer que a propriedade é ilimitada. Se é verdade que o proprietário tudo pode fazer com sua coisa, também é caro ao estudo do tema a limitação ao direito de propriedade, tema consolidado e que se faz presente nas supracitadas restrições que o *Code Civil* possui.

Prossegue o artigo 544 do Código afirmando que o proprietário possui todos os referidos direitos, contanto que não faça uma utilização proibida pela lei ou pelos regulamentos. Não que o Código previsse uma interferência na propriedade e hipótese de desobediência, sobretudo em período tão liberal, mas mitigando qualquer proteção que o Estado poderia conferir ao bem.

Há no dispositivo, pois, verdadeira obrigação de não fazer, assim como a doutrina esboça nuances distintas, a depender do termo. Pensa que o termo “proibido” é significativamente restritivo, devendo-se ater à letra da lei para impor limites ao proprietário. Elucida, entretanto, que a interpretação literal não serve quando o artigo fala em utilização, que ultrapassa o direito de usar, silente na exposição de direitos, atingindo igualmente os direitos de fruir e dispor.

Tampouco se entende o termo “lei” de modo restritivo, de acordo com a doutrina francesa, significando qualquer regra de direito permanente e geral. Os regulamentos complementam o tema, pois sua natureza administrativa, além de relevante, sobretudo para bens imóveis, e relacionada ao poder de polícia, ocupa papel ainda mais importante na França.

3.3 Distinção entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade no Brasil Contemporâneo

Tratando, no presente momento, da propriedade em espécie, constata-se que se chega a um dilema de antemão. Como conceituar a propriedade de maneira correta e precisa, frente a tantas acepções e utilizações, em tantos campos do conhecimento, e dependendo, além disso, até mesmo de um viés ideológico. Lapidares as lições de Carlos Alberto Dabus Maluf, Nestor Duarte, Luciano de Camargo Penteado, bem como a de outros mestres que denotarão como evoluiu a noção de propriedade, culminando, por fim, com a distinção entre *direito de propriedade* e *direito à propriedade*.

A palavra propriedade já remete a uma ideia primordial, em sua etimologia: à noção de próprio, aquilo que é próprio, que pertence, que une um sujeito a um objeto, aqui considerado não apenas um objeto no sentido jurídico do termo. Até mesmo um a relação entre sujeito e um direito também se opera da mesma forma. É visão, pois, mais abrangente que os Direitos Reais, encontrando bases na Parte Geral do Código Civil e na Filosofia.

Augusto Teixeira de Freitas, no século XIX, percebeu a amplitude com a qual o termo propriedade era utilizado. Demonstrava quatro acepções, alertando que apenas a metade tinha natureza jurídica. Assim estabeleceu o jurista:

> A *propriedade* pode-se tomar em varias accepções: 1.°, como qualidade ou atributo inerente a um objecto; 2.°, como sinônimo de bem necessário à vida pessoal e social; 3.°, como patrimônio de cada um, ou complexo de seus direitos reaes e pessoaes, que tem valor pecuniário; 4.°. como sinônimo de domínio, ou propriedade corpórea. Só as duas últimas acepções são jurídicas. Os publicistas chamam – *propriedade pessoal – moral* – o direito, que cada um tem de dispor de sua pessoa e faculdades individuaes; e para designarem a verdadeira propriedade, servem-se da expressão – *propriedade real*.[50]

O primeiro sentido possível, entre os elencados por autores como Luciano de Camargo Penteado, é o de titularidade de direito. Acepção supracitada, bastante ampla e mais íntima até da Teoria Geral do Direito que de campos específicos do Direito Civil, trata da possibilidade de a pessoa alegar titularidade de uma situação jurídica. Para Planiol, Ripert e Boulanger, chega a ser considerada a propriedade sinônimo de direito subjetivo, com caráter privativo[51].

Cumpre ressaltar que essa noção proprietária ampla é relativamente recente. Apenas com os novos conceitos da Idade Moderna em diante pôde se desenvolver a ideia de indivíduo e, juntamente com ela, a de propriedade, pois aquilo que era *próprio* do indivíduo formava o conjunto de suas *propriedades*. Os artigos 11 a 20 do Código Civil vigente, ao tratarem dos denominados Direitos da Personalidade, mitigaram a confusão que poderia haver entre as inúmeras acepções, demarcando os limites do uso da palavra propriedade como sinônimo de ser titular de direitos, no caso em tela, inerentes a todos.

Importa dizer que o significado de propriedade como titularidade é muito relevante na distinção entre direito à propriedade e direito de propriedade, porquanto o direito à propriedade possui, em seu cerne, a referida acepção. O direito de ter direitos, entre eles o *de* propriedade, é fundamento que legitima a titulação, daí sua relação.

A sobredita interpretação da palavra propriedade, destarte, é indispensável para o estudo do tema, entretanto, não representa o instituto jurídico em seu sentido mais

---

[50] TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. 1 v.

[51] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 159 et seq.

específico e muitas vezes utilizado nas leis. Tampouco é familiar ao conceito de direito de propriedade, em oposição ao direito à propriedade.

Necessário afirmar, ademais, que, como anteriormente dito, a propriedade possui forte cunho ideológico. Isso se deve não apenas a questões filosóficas de orientação econômica, o que trataria, por sua vez, de discutir a existência de modos de produção e a apropriação da riqueza. A natureza ideológica da discussão se refere ao fato de como a propriedade envolve a filosofia no que diz respeito à política e à compreensão das identidades.

O Liberalismo, por exemplo, não teve apenas faceta econômica, mas também política e em variados campos do conhecimento. Entre suas declarações, é perceptível a noção de que a propriedade é uma continuação quase corpórea do indivíduo, que, portanto, possui sobre ela direitos inquestionáveis.

No campo do direito, alguns consideram esses axiomas como pilares do Jusnaturalismo. O primeiro dispositivo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento-base da Revolução Francesa, momento histórico expoente de toda essa realidade, atribui à propriedade condição de direito natural.

Mas essa faceta natural da propriedade não é propriamente moderna, como ilustra Marco Fábio Morsello, ao tratar da propriedade no âmbito de sistemas políticos amparados em religiões, principiando pela islâmica, para a qual, segundo o autor:

> (...) se reconheça o direito à propriedade privada, inclusive como Direito Natural (...). (...) verifica-se que as influências do hinduísmo são marcantes na sociedade (*indiana*), reconhecendo o direito à propriedade, como emanação do Direito Natural, beneficiando determinadas castas sociais, com conformismo daquelas não contempladas, com esteio no 'carma' para posterior evolução em outras reencarnações. Referida peculiaridade tem sido modificada, lentamente, uma vez que, conquanto o conformismo do sistema de castas seja um entrave para a perspectiva desenvolvimentista, não poderia ser modificado de inopino, já que serve de freio para eventuais revoluções, diante dos marcantes contrastes econômicos entre as classes sociais daquele país.[52]

A reação às amarras feudais, como previamente exposto em abordagem histórica, resultaram numa tentativa de conferir direitos aos servos presos à terra, que, com sua propriedade, agora se viam completos.

Ainda que seja questionável a transposição de institutos, pelos perigos a que a diferente interpretação cronológica reporta, como o problema que pode haver em acreditar que os romanos viam a propriedade exatamente como os liberais do século XVIII, pode-se afirmar que essa civilização já vislumbrava esse imanentismo teórico. O patrimônio e a personalidade eram quase que unificados, como nos revela a própria etimologia do termo *patrimônio*. Nos dizeres de Luciano de Camargo Penteado:

---

[52] MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 103-104.

> Não à toa, a palavra *patrimônio* traz a raiz da que evoca a presença do pai, *sui iuris*, que na 'maxifamília' romana incorporava em si todos os direitos subjetivos do clã e mesmo um poder sobre as pessoas e, portanto, também sobre realidades não econômicas. O patrimônio, na cultura romana, é o *munus* do *pater*.[53]

Outra acepção possível da palavra propriedade a considera como qualquer direito com natureza patrimonial. Todo direito subjetivo conversível em pecúnia seria uma propriedade. Ilustra, no ordenamento, essa aplicação o texto do artigo 222, *caput*, da Constituição Federal, que, ao tratar de empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de empresas jornalísticas, versa sobre a *propriedade* sobre essas empresas. Também os artigos 621, 909, 922, 923, 924, 1.011, 1.665 e 1.684, todos do Código Civil, utilizam a palavra propriedade com o mesmo significado.

Interessante notar como a grande maioria desses dispositivos não se dedica a regular Direitos Reais, e sim outras áreas do Direito Privado. Nem em Direito Civil se pode falar, pois muitos deles estão presentes na regulamentação de gestão negocial e empresas, e não é de forma alguma pacífica a fusão entre Direito Comercial e Direito Civil, muito menos entre Direito Empresarial e Direito das Coisas, mesmo desde o Código Civil de 2002.

Em todos os casos, o direito de propriedade que se tem não recai sobre a atividade comercial em si, mas sim sobre os direitos patrimoniais decorrentes do exercício das atividades propostas ou de outros fenômenos jurídicos constantes dos artigos de lei remanescentes de outros temas, como o Direito de Família. Aqui sim há forte conteúdo econômico na acepção de propriedade, que se aplica não ao direito de ter direitos, mas à possibilidade de aferir ganhos sobre diversos direitos.

Menos abrangente que os dois significados pregressos, mas ainda assim, razoavelmente amplo, há outro sentido, considerando a propriedade como direito real. Nesse, caso, qualquer dos componentes do Direito das Coisas seria, por metonímia, propriedade. Inclui-se, outrossim, a posse, regulando o termo propriedade, sendo, no presente caso, situações de fato.

Entre os dispositivos legais que admitem tal acepção estão os artigos 97, 307, 609, 1.225, 1.229 e 1.269, todos do Código Civil, bem como o artigo 15, § 4°, da Lei n° 9.985, do ano 2000.

Nessas regras, entre outras que se pode encontrar no ordenamento pátrio, em verdade, também está contemplado o proprietário. A diferença, que demonstra como o uso da palavra propriedade nessa hipótese é mais abrangente é que visivelmente os dispositivos

---

[53] PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 162.

não se dirigem apenas ao proprietário. Tanto o possuidor como aquele que é titular de direito real de gozo sobre coisa alheia também estão sob as ordens legais descritas. Há casos mesmo em que até direitos reais de garantia são admitidos no rol que aborda o proprietário.

Diminuindo o escopo da palavra propriedade, pode também ser ela interpretada como um direito real pleno, nos dizeres de Luciano de Camargo Penteado.[54] Alerta o autor, inicialmente, para que não se confunda tal acepção com o conceito de domínio, o qual, apesar de semelhante, não é sinônimo. A distinção entre os termos, por sua relevância, é feita adiante. Os artigos 64 e 1.225, I, ambos do Código Civil, são exemplos de dispositivos em que o termo propriedade é entendido dessa forma, clássica e mais restrita, como direito *de* propriedade em sua plenitude.

Ainda no âmbito da propriedade como direito, é possível encontrar referências ao instituto como síntese de direito híbrido em sua natureza, compilando o aspecto patrimonial, é dizer, concreto e o aspecto das criações intelectuais, de caráter abstrato. Relaciona-se, pois, à matéria civilística do Direito do Autor e à primeira acepção, qual seja, compreender a propriedade como um direito a possuir outros direitos. Importante ressaltar que, como o entendimento lapidar da propriedade sobre qualquer coisa, o direito de propriedade intelectual é oponível a terceiro, com requintes no direito de sequela.

Mesmo esse conceito de Propriedade Intelectual, além de ser distinto da propriedade cuidada no presente trabalho, é dividido. Quando sobressai sua natureza econômica e pragmática, constitui a Propriedade Industrial, com patentes e modelos, atrelados ao Direito Comercial. No momento em que são vislumbradas as artes e a literatura, entre outras áreas do engenho humano, forma a propriedade o supracitado Direito Autoral. Há leis específicas a respeito do tema, tamanha a sua autonomia, entre as quais é possível citar a Lei n° 9.279/99 (Lei da Propriedade Industrial) e a Lei n° 9.610/98 (Lei do Direito do Autor).

Mas a propriedade não é enxergada apenas como formas diferentes de se representar um direito, como tratado até o presente momento. Por nova metonímia, em que a relação entre a parte e o todo se denominam de formas similares, também é corriqueiro perceber como o objeto, a coisa a que se refere um direito real acaba igualmente sendo chamada de propriedade. No artigos 5°, XXVI, e 176, ambos da Carta Magna, e até mesmo nos artigos 1.331 e 1.339 do Código Civil é possível encontrar tal acepção de propriedade.

---

[54] PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 167-169.

Como na oportunidade se tenta diferenciar conceitos a partir de acepções usadas, por vezes, como sinônimas, é possível agora, distante de outras discussões, diferenciar os termos propriedade e domínio.

Atente-se, entretanto, que de fato representam ideias semelhantes, havendo razoável parentesco científico e um processo histórico que norteou tendências de nomenclatura, especialmente na doutrina, que, com o tempo, foi preferindo o termo propriedade em detrimento de seu par.

A doutrina, quando diferencia ambos, parece unânime em compreender que o domínio é mais restrito, é espécie de um gênero propriedade mesmo quando esse instituto já não possui a amplitude de alguns usos supracitados:

> Do ponto de vista jurídico, cumpre desde logo salientar as duas acepções do direito de propriedade. Num sentido amplo, este recai tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas. Quando recai exclusivamente sobre coisas corpóreas tem a denominação peculiar de domínio. A noção de propriedade mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio. Aquela representa o gênero de que este vem a ser espécie.[55]

O domínio está mais intimamente ligado a uma situação de fato, de modo que sua etimologia e a primeira impressão que deixa, assim como a noção de "próprio" na propriedade, é de poder, subordinação, relação com a continuidade familiar, ser senhor.

Mas tanto é verdade que *domínio* e *propriedade* são relacionados que se admite que sejam considerados sinônimos, desde que todos os direitos decorrentes do domínio, constantes das definições mais usuais de propriedade, estejam contidos na pessoa do proprietário.

Se o direito de usar, fruir, dispor e o direito de sequela estiverem nas mãos do proprietário, ele possui, ao mesmo tempo, o domínio e a propriedade, de maneira que, nessa hipótese, os termos podem ser sinônimos. Já em caso de direito real sobre coisa alheia, parte da doutrina compreende que está o domínio com o beneficiário, enquanto o proprietário, apesar de todas suas prerrogativas e direitos, não detém o domínio.

Da mesma forma que o domínio está intimamente ligado ao fato, mesmo quando recoberto por um direito, a propriedade é, acima de tudo, um direito, ainda que esteja unida a um fato. O proprietário é, destarte, acima de tudo, um titular de direito, independentemente de seu poder, seu *domínio* sobre a coisa. Se é dito que a propriedade é ilimitada e exclusiva, necessário se atentar a sua estrutura, que denota "o que é próprio", ou seja, privilegia o caráter exclusivo. Já o domínio deve ser ilimitado, dando plenitude a sua natureza.

---

[55] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 96.

No que tange à propriedade em seu aspecto constitucional, necessário mencionar a posição paradigmática que ocupa no âmbito dos Direitos Reais. Referência para outros institutos do Direito das Coisas, norteia-os no sopesamento das normas a partir de princípios oriundos da Carta Magna. Estabelece Luciano de Camargo Penteado:

> Nos sistemas jurídicos contemporâneos, os espaços público e privado se imbricam a tal ponto que se torna difícil separar as questões de interesse jurídico. Mas um fenômeno que é universalizado é *a constitucionalização da propriedade*, com isso se pretendendo afirmar que o direito de propriedade apresenta, em termos de norma jurídica, uma estruturação politica na carta magna dos diferentes países.
> A propriedade não é apenas uma questão de tutela dos patrimônios constituídos, mas também de adjudicação de bens e proteção deles em vista de valores que a sociedade estrutura em sua vivência jurídico-constitucional.[56]

A indispensabilidade em comentar a perspectiva constitucional da propriedade se deve não apenas a sua importância ou à razoável mudança que seu exame constitucional causou no ordenamento, mas sim pela relação intrínseca que o estudo constitucional da propriedade possui com a distinção que se pretende ser feita, é dizer, diferenciar *direito à propriedade* e *direito de propriedade*.

Mais de uma vez, no artigo 5° da Constituição Federal, cláusula pétrea do referido documento, aparece a palavra propriedade. Se no inciso XXII se garante o *direito de propriedade*, no *caput* assegura-se, com eficácia de garantia fundamental, o *direito à propriedade*. O inciso XXIII condiciona a propriedade a sua função social. Já o inciso LIV estabelece que, sem o devido processo legal, não pode o proprietário ser privado de seu bem.

É possível, ademais, que sejam consideradas regras, e não princípios, daí a necessidade de sua plena satisfação. A respeito dessa distinção, impossível fugir da lição de Robert Alexy:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
> Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.[57] (grifo no original)

---

[56] PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 184.

[57] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90-91.

De acordo com a doutrina, o texto do artigo 5°, *caput*, da Carta Magna privilegia o direito de se ter bens, enquanto o inciso XXII do mesmo dispositivo é uma das formas de fazer valer esse direito, já pré-estabelecido na cabeça do artigo, garantindo a estabilidade dos bens que já se possui, daí a relevância do direito *de* propriedade aliado a direito *à* propriedade.

Apesar da oposição ideológica que por vezes se faz à propriedade, sua proteção, em nível constitucional, é indiscutivelmente cara às contribuições que pode oferecer ao cidadão, não ao acaso a declaração de sua paridade com valores como segurança e liberdade, no artigo 5°, caput, da Constituição Federal: Augusto Teixeira de Freitas, no século XIX, percebeu a amplitude com a qual o termo propriedade era utilizado. Demonstrava quatro acepções, alertando que apenas a metade tinha natureza jurídica. Assim estabeleceu o jurista:

> Apesar da enunciação capitulada no CF 5.°, conceitualmente, há mesmo uma inter-relação entre os direitos, reconhecida inclusive por decisões de tribunais constitucionais europeus. Liberdade, segurança e propriedade estão profundamente entrelaçadas. Ordinariamente, a verificação deste fenômeno é mais frequente na propriedade imobiliária, em que se visualiza, no imóvel de moradia, de residência, o local de liberdade, a segurança da pessoa e um espaço de desenvolvimento livre de sua personalidade.
> Há razões que justificam a atribuição da propriedade ao particular, que parecem bastante razoáveis para sustentar um regime de propriedade privada sem que isto seja uma proposta política de liberalismo, ávida por captar patrimônio alheio. Se a propriedade consubstancia um direito fundamental para cada cidadão, é justamente à vista de que se concebe como privada, isto é, como pertencente a todos e a cada um.[58]

No sistema econômico hodierno, é justamente por meio do trabalho, mais especificamente de seus frutos, que se pode obter bens, o que interliga a propriedade com a tentativa de equalizar as condições de vida humana a partir do trabalho, o qual deve ter seu acesso facilitado continuamente, a fim de oferecer oportunidades similares a todos. Essa a contribuição trazida com as revoluções do século XVIII e com o declínio do feudalismo.

O inevitável valor conferido à propriedade também está relacionado com a forma que se desenvolveu o próprio pensamento ocidental. Toda a distinção entre “eu” e “outro”, a noção atomizada, sinônimo de indivisível, a perspectiva filosófica de substância, o indivíduo e o próprio conceito de sujeito de direito está atrelado ao favorecimento da ideia de indivíduo e de sua proteção e valorização frente ao coletivo. A propriedade, sobretudo imobiliária, seria, pois, a concretização espacial desse indivíduo, que necessariamente deve ser protegida.

---

[58] PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 185.

Inerente, ademais, a discussão a respeito da legitimidade numa construção sociológica como a previamente descrita. É dito, por parte da doutrina, que não é de forma alguma aqui diminuída, mas à qual se tenta complementar, que a propriedade também se legitima pelo fato de que os cuidados e a produtividade de algo são mais bem implementados se individualizados, pelo zelo que se desenvolve:

> Quando as coisas são atribuídas a sujeitos individualizados, tende a haver maior produtividade. Os indivíduos cuidam melhor daquilo que é seu, especialmente quando sabem que o resultado reverterá a seu favor. Não sem razão, um dos mecanismos constitucionalmente estabelecidos para apurar o implemento da função social da propriedade é a verificação de sua produtividade (CF 186 I). A potência geradora de bens, caracterizadora de uma classe (ou bens de produção), entretanto, não se confunde com o argumento da produtividade aqui versado. A produtividade se refere à ordinariedade de cuidado, de cautela, de rendimento ampliado. As coisas absolutamente comuns tendem, fortemente, a não ser de ninguém.[59]

Essa teoria é extremamente válida, todavia, não é uma constante. A coisa comum, de fato, pode tender a cair no abandono, ou se organizar caoticamente, mas isso depende da forma como uma determinada sociedade possui uma cosmovisão. Em grupos sociais em que a noção de indivíduo diverge do ponto de vista ocidental, a ideia de coletivo é mais robusta, daí aferir exemplos de como o patrimônio "público", em certas sociedades, é tão bem cuidado.

Diga-se, pois, que na verdade se coaduna com a visão do autor citado, mas apenas ressaltando que a propriedade é sobremaneira relevante no Ocidente, e assim deve permanecer, se aceitado o desenvolvimento de todo um aparato filosófico construído ao longo de séculos.

Todo esse fenômeno, relacionando propriedade e indivíduo, propriedade e liberdades, e até mesmo propriedade e segurança tem se intensificado nos últimos anos, sob a égide de um consumo significativo e uma grande mudança sociológica e filosófica, gerando as chamadas "sociedade de consumo" e "modernidade líquida", nos dizeres de Zygmunt Bauman.

Se essa nova sociedade ainda não está consolidada, fato é que pode preocupar, não apenas por valorizar o indivíduo de acordo com seu potencial de compra, mas também, sobretudo, pela situação brasileira, em que sempre se faz necessária uma inclusão social. A propriedade, destarte, no Ocidente e no Brasil, prossegue, sendo instituto necessário ao desenvolvimento individual e devendo ser assegurada, como direito fundamental que é, a fim de se atingir equilíbrio adequado entre *direito de propriedade* e *direito à propriedade*.

---

[59] PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 187.

O direito à propriedade ganha relevância, então, pois sua condição de direito fundamental demonstra uma tentativa contínua de avanço, intercalando a personalidade com os direitos patrimoniais do sujeito. Por todo esse aparato teórico, não se vislumbra a propriedade apenas como um instrumento econômico isolado, mas sim como um contexto social e cultural, pelo que adquire a natureza de verdadeiro direito fundamental.

Assegura-se, no direito à propriedade, nos termos do artigo 5°, *caput*, da Constituição Federal, o direito de se ter bens, o direito ao acesso à propriedade. Relaciona-se, ainda, à primeira acepção do termo propriedade tratado anteriormente, ou seja, o direito de ter direitos. Também a função social da propriedade, conceito cada vez mais recorrente e do qual trata o presente trabalho, também está profundamente relacionada à faceta do direito *à* propriedade.

Cumpre ressaltar, ademais, que o direito à propriedade, por sua estreita relação com a função social, os direitos da personalidade e o direito a ter direitos pode ser vislumbrado com certa aura teórica, mas está, outrossim, profundamente relacionado a questões práticas, porquanto o direito à propriedade visa a assegurar o oferecimento de condições de vida digna para todos. Desde os tempos mais remotos até hoje busca o homem moradia, de modo que garantir o direito à moradia pelo direito ao acesso a bens possui caráter utilitário direto.

O direito *de* propriedade, por sua vez, além de se tornar elementar no artigo 1.228 do Código Civil, é colocado em evidência no artigo 5°, XXII, da Constituição Federal, em que se encontra a proteção a direito real por excelência ao tempo em que se protege o direito de ser titular do bem. É direito subjetivo, enquanto o direito *à* propriedade denota expressão dinâmica orientada a ponto, desejo específico.

Entre os diplomas legais que privilegiam o direito *de* propriedade, é possível citar a Lei n° 8.009/90, ou Lei do Bem de Família, que protege o patrimônio já constituído e promove o desenvolvimento individual; os artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil, tratando de busca e apreensão de bens; além do próprio Código Civil, destacando os artigos 1.210, e seguintes, em que o patrimônio é visto de maneira abrangente, antes mesmo da titularidade, pois também é defendido por meio de ações possessórias. A pequena propriedade rural também é resguardada, de acordo com a regra do artigo 185, I, da Carta Magna.

Já o direito à propriedade está arrimado nos artigos 157, 179, 317 e 478, todos do Código Civil, visando a blindar o acesso a qualquer tipo de bem por meio da relevância da pequena empresa, do impedimento à lesão e de um correto desenvolvimento do fluxo contratual. A usucapião, instituto que trata da aquisição de propriedade e, pois, do direito à

propriedade de forma lapidar, é defendida no artigo 10 do Estatuto da Cidade, assim como na regra contida nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal.

3.4 Distinção entre o Direito De Propriedade e o Direito À Propriedade no âmbito patrimonial: Luiz Edson Fachin e o Patrimônio Mínimo

Luiz Edson Fachin, em sua tese pela Titularidade, também versou sobre o tema, ainda que sob outro ponto de vista. Sua obra, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, resultado da publicação de seu trabalho acadêmico, aborda os direitos *à propriedade* e *de propriedade* a partir de perspectiva civil constitucional, a fim de, por meio do estudo do conceito de *patrimônio*, tratar de uma desejada *personalização do direito*.

O autor traça, inicialmente, um paralelo entre características inerentes à pessoa humana e sua condição e o próprio Direito Civil. Afirma que, da mesma forma que a pessoa natural possui arcabouço protetivo inerente e inalienável, assim também a interpretação mais recente do Direito Civil contemporâneo cria uma esfera protetiva, baseada, no caso em exame, pela garantia de um patrimônio mínimo. Essa vertente patrimonial, de posse necessariamente assegurada e de natureza inexpropriável, é pautada mediante os limites de uma vida digna.

Interessante perceber como a palavra *princípio* norteia as declarações a respeito do patrimônio mínimo e de suas garantias. O doutrinador utiliza o termo propositalmente, porquanto prevê que as prerrogativas que defende, além de serem relevantes, não podem sucumbir à alegação de que não são contempladas pelo texto legal.

Cumpre ressaltar, ainda, que, no Estatuto, resta clara a distinção entre patrimônio e propriedade, de modo que se trata, majoritariamente, do conceito de patrimônio propriamente dito, e não da propriedade, como se procura fazer no presente trabalho. Necessário, entretanto, vislumbrar a obra, que fornece, ainda assim, importantes noções a respeito do estudo do direito de propriedade e do direito à propriedade.

Não tergiversa o doutrinador a respeito de suas opiniões, mostrando-se, no mínimo, avesso a variadas construções teóricas de autores contemporâneos. Em suas palavras:

> Não se sustenta aqui, por conseguinte, paridade entre os direitos da personalidade, em especial o direito à vida e à liberdade, com a propriedade, dado que a propriedade individual não é o centro das atenções deste trabalho. São valores ou realidades inconfundíveis e não podem ser colocados em um mesmo patamar.[60]

---

[60] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

O direito *à* propriedade, pois, mesmo sendo tão caro ao autor quando analisado sob enfoque diferenciado, é visivelmente mitigado na sua interpretação, assim como o direito *de* propriedade sofre processo de relativização constatável, ainda que de forma bastante moderada.

A propriedade, ademais, é percebida de maneira modificada justamente por conta de sua visão à luz da interpretação do patrimônio mínimo, é dizer, a propriedade que se robustece em suas afirmativas se relaciona ao patrimônio mínimo, personalizando-se, por assim dizer, e lhe tirando um caráter tradicional que não agrada o professor paranaense, qual seja, a titularidade das coisas. Repudia, pois, existência do direito que considera abstrata, autônoma e formal, descolada da pessoa natural, real fim do direito, a seu ver.

Tanto é verdade que alguns dos dispositivos mais tratados a fim de se estabelecer o estatuto do patrimônio mínimo são o artigo 5°, XXVI, da Constituição Federal, que regulamenta a pequena propriedade rural, a Lei n° 8.009/90, a respeito da impenhorabilidade do bem de família, e os empecilhos à doação integral pelo pródigo. Até mesmo no âmbito da empresa essas perspectivas são fortalecidas, pois o negócio deve ser, para si, socialmente útil.

Para Luiz Edson Fachin, sob a influência de inúmeros autores, como Orlando de Carvalho, Barcellona, Sessarego, entre outros, a propriedade, pois, é submetida ao patrimônio. O patrimônio, por sua vez, subordina-se à pessoa. A respeito do tema da titularidade, diz a doutrina francesa:

> (...) *deux conceptions du droit de propriété se sont opposées, spécialement entre partisans du droit naturel et partisans du volontarisme. Tous affirment la nécessité de la propriété privée; mais ils ne fondent pas tous celle-ci de la même manière. Les temps modernes ont perpétué le débat, dans lequel la réflexion philosophique éclaire singulièrement les orientations du droit.*
> *Une conception extensive et même absolutiste des prérrogatives composant le droit de propriété peut donc aller de pair avec le rejet d'un rattachement à l'idée du droit naturel. Aussi bien existe-t-il un courant puissant selon lequel la propriété n'est pas de droit naturel. Est-il, à cet égard, meilleur exemple que celui de Grotius, pour qui toutes les choses sont à l'origine communes; mais, les hommes ayant cessé de 'vivre dans une grande simplicité' et 'dans une grande amitié', le développement de la societé obligé à reconcer à cette communauté expressément par voie de partage ou tacitement par reconnaisance des droits du premier occupant. La propriété est donc le résultat d'um accord; elle n'est pas de droit naturel; son fondement est de type volontariste.*
> *A l'opposé, hostile à l'explication contractualiste, Locke apparaît comme le philosophe qui a le mieux exprimé la tendance favorable à une explication de type jusnaturaliste. Il y est parvenu en reversant l'ordre des facteurs, se demandant non pas si les choses sont naturellement des biens,*

> *mais si l'homme est naturellement un propriétaire et, en definitive, ce qu'est l'homme.*[61]

O patrimônio mínimo, a seu ver, contudo, não pode ser percebido de maneira autônoma, contrassenso que seria de toda a sua construção teórica, contrária a qualquer patrimônio, mesmo o mínimo garantido, destacado da pessoa. O que busca consiste numa matização do crédito, o qual julga exacerbado, em detrimento do ser humano.

A tese de titularidade do doutrinador foi defendida originalmente ao tempo da vigência do Código Civil de 1916. Dois aspectos emergem dessa afirmação, ficando impregnados no texto. Primeiramente, as críticas, por vezes positivas, por vezes negativas, ao então projeto de Código, convertido no atual Código Civil, o qual se distanciava do Código de Bevilacqua em determinados pontos, o que apreciava o autor, mas mantinha certos preceitos do diploma anterior, o que relativamente o desagradava.

O outro aspecto atinente ao Código diz respeito à maneira como se dedicou o autor a estudar o Código Civil de 1916 no contexto de sua edição e das ideologias que então prevaleciam. Como já se espera a partir do que foi dito, associa o Código e sua formação no século XIX ao Liberalismo puro, ao formalismo, ao positivismo, a certa ignorância em relação ao que define como necessário "compromisso social de transformação da realidade". [62]

Enuncia o doutrinador, que viveu a maior parte de sua vida no século XIX, que qualquer escola de pensamento, de qualquer tempo, aceitou a existência e a legitimidade da propriedade, ocorrendo divergência, apenas, no que tange a sua organização.

Há interesses, na interpretação de Fachin, que prevalecem no processo de interligar autonomia privada e propriedade, de maneira que a imposição de limites seria necessária. Diga-se, atinente a essa afirmativa específica, que se concorda com a necessidade de se

---

[61] TERRÉ, François. L'évolution du droit de propriété depuis le Code Civil. *Droits Revue Française de Théorie Juridique*. Paris, 1985, p. 47. "(...) duas concepções do direito de propriedade se opuseram, especialmente entre os partidários da lei natural e os partidários do voluntarismo. Todos afirmam a necessidade da propriedade privada; mas eles não a fundamentam da mesma maneira. Os tempos modernos perpetuaram o debate, em que a reflexão filosófica ilumina singularmente as orientações do direito.
Uma concepção extensiva e mesmo absolutista das prerrogativas que compõem o direito de propriedade pode, portanto, acompanhar a rejeição de uma conexão com a ideia de direito natural. Existe também uma corrente poderosa segundo a qual a propriedade não é um direito natural. A este respeito, não há exemplo melhor que o de Grotius, para quem todas as coisas são originalmente comuns; como os homens, entretanto, deixaram de 'viver com grande simplicidade' e 'em uma grande amizade', o desenvolvimento da sociedade obrigou-lhes a conciliar a comunidade de maneira expressa, compartilhando ou tacitamente ao reconhecer os direitos do primeiro ocupante. A propriedade é, portanto, o resultado de um acordo; não é lei natural; seu fundamento é voluntarista.
Por outro lado, hostil à explicação contratualista, Locke aparece como o filósofo que melhor expressou a tendência favorável a uma explicação de forma jusnaturalista. Ele conseguiu reverter a ordem dos fatores, não se perguntando se as coisas são naturalmente bens, mas se o homem é naturalmente um proprietário e, em última análise, o que o homem é".

[62] FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 16.

impor limites à propriedade, já que a dignidade humana os impõe assim como a própria natureza sempre impôs, todavia, o desligamento da propriedade e da autonomia parece demasiadamente audacioso, sobretudo se tirado de contexto. A propriedade, se não é a mesma em todos os períodos históricos, guarda em si preceitos perenes, que devem ser resguardados.

Concorda-se, por sua vez, com assertivas como a de que as garantias da propriedade são importantes justamente porque protegem os frutos do trabalho, proteção material, e não apenas formal. O direito *de* propriedade, pois, além de relevante nessa hipótese, serve ao direito *à* propriedade, reconhecido por Constituição Federal que se dedica ao desenvolvimento humano.

4 ABUSO DO DIREITO

4.1 Introdução ao Abuso do Direito

A noção de abuso do direito, de fato, não traz dificuldade ao primeiro olhar, pela clareza da expressão e das palavras que a compõem. Em expressão livre e simplificada, pode ser definida como a repressão que se faz, há alguns séculos, às situações em que o titular de um direito excede os limites a ele peculiares.[63] Conceitua, outrossim, de forma lapidar, o abuso do direito Francisco Augusto Cunha de Sá, no âmbito da doutrina portuguesa:

> Quem abusa não actua, pelo menos aparentemente, sem direito: actua dentro do seu direito – e por aqui é que se poderá vir a aceitar e a defender a existência de uma figura jurídica *a se*, de uma qualificação jurídica autónoma perante a pura ilegalidade (carência de direito) ou ilicitude formal.
> (...)
> A figura do abuso do direito não se traduz, assim, nem numa delimitação *indirecta* dos direitos subjectivos, nem tão pouco, ao contrário da formulação de Dabin, é o *correctivo de moralidade* que a legalidade postula, ou, ainda, um mero *fenómeno sociológico* inerente às mutações do devir histórico-social, em face do circunstancialismo concretamente situado no espaço e no tempo que a lei previu, à maneira de Rotondi – mas sim uma específica qualificação jurídica, dotada de autonomia dogmática, dentro de uma perspectiva e segundo um critério estritamente jurídicos. [64] (grifos no original)

Tal definição sofreu críticas ao longo do tempo, sendo possível citar Planiol como um expoente dessa oposição. Para o autor francês, somente se pode falar em uso do direito, que é legítimo. Se é abuso, não é direito, porquanto: "*si j'use de mon droit, mon act est licite; et quand il est illicite, c'est que je depasse mon droit et que j'agis sans droit, injuria, comme disait la loi Aquilia*".[65]

Da mesma forma que a teoria relativa ao abuso floresceu na Idade Média, desenvolveu-se na França e em outros países europeus, ainda que de forma gradativa, pois vale ressaltar que o Direito não se descola de sua realidade social, é dizer, nos momentos em que os valores liberais e burgueses eram realçados, havia a previsão do instituto, mas da forma hodierna.

O direito de propriedade está inserido no âmbito dos direitos que dialoga de forma direta com o abuso do direito, entretanto, sua limitação tardou durante a era Contemporânea, pelos mesmos motivos da maneira em que se dava a interpretação do abuso nos outros campos do direito.

---

[63] BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2006, p. 31.

[64] SÁ, Francisco Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, 1973, p. 18-19.

[65] PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultes de droit*, p. 280-281, *apud* BOULOS, Daniel M, op. cit., p. 32. "Se eu uso meu direito, meu ato é lícito; e quando ele é ilícito, ultrapassei meu direito e ajo sem direito, *injuria*, como dizia a *Lex Aquilia*".

Importava, sobremaneira, no período, o brocardo *jurídico neminem laedit, qui suo iure utitur*, é dizer, o uso, o mero exercício do direito, legitimado, não prejudica ninguém, não pode afetar, tampouco ser repelido.

Foi então o abuso do direito, sobretudo quanto ao direito de propriedade, construído aos poucos, debruçado na doutrina e na jurisprudência, sobretudo na França pós-napoleônica, em que o Code Civile não possuía um número razoável de dispositivos atentos a qualquer tipo de limitação. Não foi possível, destarte, justificar a coibição do uso abusivo do direito com base em artigos de lei.[66]

A aparente incompatibilidade é antiga, perceptível, talvez, desde a Antiguidade. Isso se deve, sobretudo, ao fato de que os direitos subjetivos, por sua própria natureza, não podem ser limitados, sob risco de se ameaçar seu exercício, mesmo sua identidade.

Mas o raciocínio de tal modo excludente não é compatível com a realidade, o que se constata facilmente na realidade, e isso por razões evidentes, até mesmo físicas. O direito subjetivo de uma pessoa entra em contato com de outra, e, a não ser que se admita a autotutela e a invasão de um direito sobre o outro, todos deverão ter o seu direito subjetivo respeitado. Haverá, então, encontro, e inevitável limitação. Que o seja, de acordo com o entendimento mais aceito, pelo ordenamento.

O desenvolvimento das teorias se deu, assim, com a finalidade de estabelecer critérios, métodos, modelos de juízo para o abuso do direito nos diferentes casos existentes.

A chamada Teoria Subjetiva, como a própria nomenclatura evidencia, pauta-se sobre o sujeito, o autor do abuso. Relevantes, nessa teoria, o critério técnico, ou seja, a culpabilidade do autor, no campo da Responsabilidade; bem como o aspecto emulativo, é dizer, a intenção de prejudicar o outro, intenção essa, por vezes, direcionada única e exclusivamente ao prejuízo.

Ainda que os dois critérios estejam relativamente consagrados na doutrina, existem autores que admitem classificação parcialmente diversa. Francisco Amaral aceita os dois elementos como importantes subcritérios dentro da abordagem subjetiva. Subsistem, contudo três elementos a fundamentar a teoria, de forma destacada, quais sejam: o exercício do direito; a intenção de causar dano; e a inexistência de interesse econômico.[67]

Essa Teoria foi amplamente aceita na jurisprudência francesa, tendo adeptos, outrossim, na doutrina, entre eles, o próprio Josserand.[68] Tal entendimento, entretanto, não

---

[66] BOULOS, Daniel M, op. cit., p. 35.
[67] AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 244-245.
[68] BOULOS, Daniel M, op. cit., p. 40.

se mostra razoável, por motivos que lhe são intrínsecos. Se a Teoria até hoje é válida, a depender das hipóteses, torna-se muito difícil em outros casos.[69]

Não é possível, sempre, conhecer plenamente a consciência do outro, tampouco julgá-la, sob pena de se cometer uma injustiça ao aplicar o direito em casos corriqueiros. Não bastasse, fundamentando uma decisão sobre um exercício psíquico.

No que tange à Teoria Objetiva, também denominada Finalista, há clara inversão do polo de atenção, conforme o nome denuncia. Não mais o sujeito da ação, do exercício do direito, mas sim o próprio exercício, em si, constitui a análise de todo o abuso do direito. O aspecto subjetivo subsiste, pois é necessário matizar em que medida a finalidade do exercício condiciona o método da ação, entretanto, recai o foco sobre a ação mesma.

Nessa Teoria, outrossim, Amaral enxerga, inspirado em Castan Tobeñas, dois subcritérios: um, econômico, que se manifesta no exercício do direito para satisfação de interesses ilegítimos, e outro, funcional ou finalista, segundo o qual o direito não se exerce de acordo com sua função social.[70]

Uma terceira via, como é usual ocorrer, surgiu, buscando ser uma ponte, intermediária, entre as duas correntes. A Teoria Mista procura conciliar os aspectos objetivo e subjetivo, com suas respectivas relevâncias, a fim de buscar novo entendimento próprio do abuso geral.

Outra questão, a par das teorias supracitadas, que denota grande relevância no estudo do tema, diz respeito à distinção entre ato ilícito e ato abusivo. Referido tema importará sobretudo quando for centrado o estudo sobre os artigos do Código Civil que versam sobre a ilicitude e sua relação com os atos referentes ao exercício de um direito.

Igualmente caro ao estudo do abuso do direito, quando já aplicado ao direito de propriedade, é constituído pelo chamado Direito de Vizinhança. Este aspecto também será tratado em capítulo específico, dada a importância do conflito vicinal à presente dissertação.

Variável é a sanção que visa a coibir o abuso do direito, considerada a natureza e os limites do direito maculado pelo abuso. Procura-se, como é usual no ordenamento, a restauração às condições pregressas. Na hipótese de impossibilidade de se retornar ao estado original, impõe-se indenização ao lesado.

---

[69] ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 338 et seq.
[70] AMARAL, Francisco, op. cit., p. 245.

Relacionando a teoria do abuso à função social, Carbonnier, estabelece a segunda como um desdobramento da primeira, versão que serve como consequência dos excessos no uso:

> *Ce serait une autre conception du droit subjectif: le droit fonction sociale, conféré à l'individu non pas dans son intérêt égoïste, mais pour lui donner les moyens de rendre service à la collectivité. Il est des droits qui se laissent facilement construire sur ce modele: ainsi, l'autorité parentale qui est aujourd'hui conçue pour les besoins de l'enfant et de son éducation, plutôt que dans l'intérêt des père et mère (a. 371-2). D'autres s'y prêtent moins, ainsi le droit de propriété, quoique l'on ait souvent parlé, dans la doctrine moderne, de la propriété fonction sociale.*[71]

4.2 Abuso no Âmbito do Direito de Propriedade

A noção de abuso do direito, pois, é relevante e abrangente, adaptando-se, com características próprias, em inúmeros ramos jurídicos. O abuso, pois, pode ser estudado no Direito Civil; é possível se avançar à minúcia, alcançando os Direitos Reais; e, por fim, no instituto do Direito de Propriedade. No fim do terceiro quartel do século XX, a isso já se fazia referência, em Portugal:

> Relativamente ao direito de propriedade, seguindo na esteira das únicas aplicações que, quanto a ele, os nossos tribunais têm feito do abuso de direito, a Relação de Lisboa no seu já citado acórdão de 10 de Março de 1965, decidiu que há abuso desse direito quando ele for exercido *com o propósito exclusivo de prejudicar terceiros*, agindo com um *fim emulativo* ou exercendo-o sem *interesse próprio*.[72] (grifos no original)

Tal definição sofreu críticas ao longo do tempo, sendo possível citar Planiol como um expoente dessa oposição. Para o autor francês, somente se pode falar em uso do direito, que é legítimo. É interessante notar que o estudo do tema do abuso do direito de propriedade está intimamente ligado a outro tema tratado no presente trabalho, não apenas na propriedade em si, qual seja, o chamado Direito de Vizinhança.

Carbonnier, por exemplo, ao versar sobre a temática, denominando-a, em tradução livre, de "responsabilidade do proprietário por abuso do direito de propriedade", insere-a no estudo das "obrigações de vizinhança".[73]

---

[71] CARBONNIER, Jean. *Droit civil introduction*. 18. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1988, p. 318. "Esta seria uma outra concepção do direito subjetivo: o 'direito função social', conferido ao indivíduo não em seu interesse egoísta, mas para dar-lhe os meios para prestar serviço à comunidade. Existem direitos que podem ser facilmente construídos sobre este modelo: assim, a autoridade parental que é hoje concebida para as necessidades da criança e sua educação, e não no interesse do pai e da mãe (a. 371-2). Outros se prestam menos, como o direito à propriedade, aquele muitas vezes falado, na doutrina moderna, qual seja, a 'propriedade função social'".

[72] SÁ, Francisco Augusto Cunha de, op. cit., p. 261.

[73] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 256-257.

Menciona o Código Civil francês os “deveres de boa vizinhança”, entre eles, a vedação do ato de prejudicar o vizinho, bem como o de causar desconfortos intoleráveis.

Há sanções previstas, insertas no âmbito da Responsabilidade Civil. Naquele ordenamento, quando aplicado o abuso à propriedade, comete o proprietário uma falta, uma falha, na hipótese de, dentro dos limites materiais da propriedade, realizar ato que não tenha outro objetivo senão o de prejudicar seu vizinho[74]. Vê-se, no caso, a positivação dos valores referentes aos atos emulativos.

Os elementos constitutivos do abuso do direito de propriedade seriam, destarte, o dano causado; o fato de ato, ainda que abusivo, faltoso e mal-intencionado, decorrer do próprio direito de propriedade; a intenção unicamente direcionada a prejudicar, descartando, portanto, hipóteses de imprudência e negligência; e, por fim, a ausência de interesse legítimo, verdadeiro contraponto do terceiro elemento – da mesma forma que a intenção era unicamente a de prejudicar, deve ser perceptível a ausência de vantagem do proprietário.

Constatado o abuso do direito de propriedade, na França, a reparação é medida que se impõe. Como é comum ao melhor entendimento da Responsabilidade Civil, valoriza-se, primordialmente, o retorno às condições iniciais, a destruição de obra que prejudica o vizinho, por exemplo. Sendo impossível, admite-se a indenização.

Superada a abordagem emulativa, há, ainda assim, a possibilidade de o vizinho ser prejudicado por conta de atos realizados pelo proprietário que não visem à emulação, ou seja, o ato é legal, permitido e compõe atividade legítima. O ato, contudo, causa inconvenientes ao vizinho afetado.

O artigo 1.382 do Código Civil da França foi historicamente interpretado para legitimar a imposição de reparação nesses casos, medida primordial em detrimento do restabelecimento do *status* quo se entendida a atividade como legítima, porquanto os atos do proprietário, se acolhidos pela legalidade, não são vedados, sob risco de se afetar sobremaneira os direitos do proprietário em seus próprios domínios.

São vislumbradas certas condições para se caracterizar a responsabilidade[75]. A primeira seria a desvalorização econômica do bem, incluído aqui o bem causador da diminuição financeira a todos os imóveis.

Não apenas a atividade industrial é memorada para tanto. Qualquer estabelecimento ruidoso pode ser qualificado como bem com atividade que desvaloriza uma região. Até mesmo as condições naturais da propriedade, envolvendo flora e fauna, podem, outrossim,

---

[74] CARBONNIER, Jean. *Droit civil tome 3*: les biens, op. cit., p. 257.
[75] Ibidem, p. 259.

obstruir instalações e qualidades do bem, sendo observadas essas condições naturais para eventual responsabilização.

Segunda condição, para alguns, seria a noção de culpa, todavia, não há consenso a respeito, sobretudo pela difícil conceituação e percepção da culpa no caso concreto. Não há intenção, *a priori*, de prejudicar os vizinhos, já que o *animus* da atividade é legítimo. Apenas a negligência ou a imprudência, pois, poderiam implicar tal condição, ausentes as precauções.

Os assim chamados "fatos justificativos" também importam, é dizer, o respeito a normas administrativas, quando se tratar de atividade insalubre ou perigosa, que coloque em risco os vizinhos. Estariam as normas restritivas, em verdade, atreladas a responsabilidade penal, e não à civil. De outra banda, o mero respeito às normas eximiria o proprietário, impedindo os vizinhos de responsabilizá-lo.

Em caráter geral, como previamente estabelecido, o dano é indenizável, como consequência dos danos causados pelo abuso do direito de propriedade. E o prejuízo será reparado, civilmente, nas hipóteses de atividade legítima, porém depreciativas do valor da propriedade afetada.

Carlos Alberto Dabus Maluf também relaciona invariavelmente o Direito de Vizinhança, quando afetado pelo abuso do direito, como uma das modalidades possíveis de limitação à propriedade.

Em seus dizeres:

> (...) aquele que não usa da sua propriedade de modo ordinário, segundo as condições normais da situação do imóvel, do tempo e do lugar, mas antes procede com abuso do seu direito, sem o respeito devido à esfera de ação e aos interesses dos vizinhos, sem proveito próprio sério e legítimo, com mero intuito malévolo, ou por espírito de chicana, bem assim aquele que cria um risco novo, exercendo uma atividade legítima, mas nociva a terceiros, será responsável pelos danos que produzir a estes e às coisas destes.[76]

A teoria envolvendo o abuso de direito aplicada à propriedade reverbera, outrossim, de forma direta, em outro conceito caro ao presente trabalho, em sua variante edilícia, qual seja, o condomínio. Vilson Rodrigues Alves também se dedicou para tanto, buscando saber se o uso nocivo da propriedade constituiria ou não abuso do direito.

Conceitua o abuso do direito como fato não-ilícito, em sentido amplo, e ilícito em restrito.[77] Seria exercício lesivo do direito, com desvio de finalidade, ao tempo em que afasta hipótese que considera que o uso abusivo descaracteriza, desnatura, por si só, a noção de direito.

---

[76] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

[77] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 337.

De fato, justamente por se tratar de abuso no exercício, somente é possível, nesse caso, considerar que o abuso existe no âmbito do direito. Não pode haver alteração em sua matéria, em sua natureza íntima. Opõe-se, claramente, pois, às interpretações de Planiol e Rotondi, bem como à de Jorge Joaquín Llambías.

Não admite Vilson Rodrigues Alves, ao contrário de inúmeros autores, (entre eles Dabus Maluf), o abuso do direito como limitação ao direito, seja ele limitação ao direito de propriedade, oriundo das relações vicinais, seja limitação a outros direitos.[78]

De acordo com o autor, "como esclarece Pontes de Miranda, algumas reações doutrinárias, aos abusos – regras reativas ao abuso do direito – passaram às leis, vale dizer, tornaram-se limitações, passando para o campo das regras limitativas do conteúdo do direito".[79]

Valoriza, entretanto, a doutrina, sobretudo nas espécies do Direito que não foram eminentemente regulamentadas por normas.

Da mesma forma que afasta o estudo das limitações ao direito de propriedade ao gênero do abuso do direito, Vilson Rodrigues Alves se opõe à identificação do mau uso da propriedade à noção de abuso do direito.

Contrariando inúmeros autores, diz que sua doutrina:

> (...) não observa a distinção que há entre as hipóteses fático-jurídicas em que houve incidência de regra jurídica limitativa e aquelas em que, não a tendo havido e não a havendo, se aplica a teoria do abuso do direito.[80]

Seria o mau-uso da propriedade, em seu ver, ato-fato. Não ato jurídico em sentido estrito, tampouco negócio jurídico ou fato jurídico, não relevando o aspecto psíquico, a vontade no cometimento do ato, mas representando, sim, nocividade. É ilícito, todavia, não é dotado, necessariamente de culpa.

Quanto ao Direito Estrangeiro, em que pese o desenvolvimento constitucional e infraconstitucional próprio de cada ordenamento, há ampla previsão da proteção ao Direito de Propriedade. Desigual, outrossim, a previsão das nuances que envolvem sobredito direito, sobretudo devido, por exemplo, às influências a que se submeteram inúmeros países.[81]

Os Estados Unidos da América, a Austrália, o Japão, a França e a Holanda preveem o direito de propriedade, cada um a seu modo, de forma que pode ser considerada mais conservadora, malgrado o cuidado aos direitos fundamentais, extensos.

---

[78] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 342.
[79] Ibidem.
[80] Ibidem.
[81] MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 100-116.

Nesses ordenamentos, não há previsão, ao menos expressa, de qualquer relativização, ainda que seu desenvolvimento humano, aliado a uma economia diversificada, permita que a qualidade de vida não seja necessariamente afetada por um direito de propriedade sem grandes restrições.

Já o Reino Unido, o Canadá, Cingapura, a Argentina, o Peru, a Alemanha, a Bélgica, a Suíça e a Áustria são dotados de posição intermediaria, é dizer, não contam com previsão expressa de mitigação, como na posição mais conservadora atinente à propriedade, entretanto, permitem interpretação ampliada, em consonância aos direitos fundamentais.

Interessante ressaltar que outra vertente dessa posição intermediária não necessariamente atrela a propriedade aos direitos fundamentais, mas, seja por meio de políticas públicas, seja por previsão constitucional, conferem relevância ao "direito de moradia", em todos os sistemas supracitados, com exceção da Argentina e do Peru, conceito evidentemente importante e que assegura a dignidade da pessoa humana por meio difuso.

A Nova Zelândia permite a chamada "tributação-sanção às propriedades improdutivas". A Coreia do Sul, o Paraguai, o Uruguai, o Chile, a Colômbia, o México, a Itália e a Espanha, por sua vez, preveem expressamente, assim como no ordenamento pátrio, o conceito de "função social".

Mais uma vez, notável característica ressalta-se, por si só, revelando como a familiaridade dos sistemas é promovida por uma história comum, com acontecimentos paralelos e respostas ideológicas similares. Os países latino-americanos, juntamente com os países latinos, por excelência, da Europa, expressam seus anseios por uma "função social da propriedade", com destaque à previsão em suas respectivas Cartas Magnas.

4.3 Abuso no Âmbito da Constituição Federal e do Código Civil

O conceito de abuso do direito, assim como tantos outros institutos jurídicos, evoluiu no Brasil não apenas de acordo com a doutrina e a jurisprudência, mas também seguindo as tendências que nortearam todas as alterações do ordenamento, em seus distintos níveis.

Relevante, pois, ao estudo do tema, refletir como as alterações ideológicas trouxeram sensíveis mudanças à Constituição Federal e ao Código Civil, que, por sua vez, não passam despercebidas no sistema do abuso do direito, sobretudo em um sistema jurídico pautado na norma como principal fonte.

O Código Civil de 1916, como previamente tratado no presente trabalho, era produto de todo um sistema pautado em ideais liberais, oitocentistas e burgueses, de modo que a noção de abuso no sobredito diploma legal foi profundamente influenciada por esse meio.

Também textos constitucionais antigos eram dotados de visão muito bem definida, consoante o pensamento europeu a eles contemporâneos. Estabelecia o artigo 179, XXII, da Constituição de 1824 que era "garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização".

Semelhante o tratamento na Carta Magna seguinte, com pouca referência ao abuso do direito ou mesmo a sua limitação. Arrimando-se no artigo 72, § 17, da Constituição de 1891, "o direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia".

Como esperado, os textos se inspiravam em tendências majoritárias. Dessa forma, o texto da Constituição de 1934 já trazia alterações importantes, dadas as mudanças ocorridas na Europa, na então União Soviética e em outros lugares do mundo. O ideal liberal é mitigado por uma noção "social", que está claramente positivada.

O artigo 113, 17, da Constituição de 1934 dispunha que se garantia "o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização".

Em 1937, sob a égide da ditadura e do Estado Novo, mais um texto constitucional se faz presente. A inversão estatal e ideológica causa nova alteração perceptível. O artigo 122, n° 14, da Constituição de 1937 é similar aos dispositivos supracitados, entretanto, suprime a condição de sua natureza ao exercício que leva em conta o interesse coletivo ou social.

Nova inversão diametral prossegue na Carta Magna seguinte. Lê-se no artigo 147 da Constituição de 1946: "o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 146, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual propriedade para todos". A edição da Lei n° 4.132/62 e da Lei n° 4.504/64, tratando, respectivamente, da desapropriação por interesse social, e constituindo o "Estatuto da Terra", comprovam a evolução do conceito.

A função social, a limitar variantes do abuso do direito de propriedade, prosseguiu na atual Constituição Federal, promulgada em 1988, e, de modo talvez surpreendente para o senso comum, nas Constituições de 1967 e de 1969.

Se o artigo 5°, XXII, da Constituição Federal vigente assegura, textualmente, o direito de propriedade, já no inciso seguinte estabelece que a propriedade deverá atender sua função social. A desapropriação não somente por necessidade pública, mas também por interesse social, é positivada no inciso XXIV.

Não se olvide que a disposição desses direitos, no rol inscrito nos incisos do artigo 5°, caracteriza-os como direitos fundamentais, direitos "contra os abusos que possam ser cometidos pelo Estado ou pelos particulares", que "(...) prevalecem sobre os interesses público e particular e os interesses do Estado".[82]

Tais assertivas, consideradas por Nery & Nery como a regra, também admitem exceção, qual seja, a necessária mitigação entre os próprios direitos e garantias fundamentais.

Ao comentar, de maneira geral, a cláusula pétrea, tratam os autores, outrossim, do chamado "Princípio da Proibição do Excesso", relevante ao presente estudo, como o próprio nome já indica. Se é verdade que o direito à propriedade e suas repercussões são garantidas pela Carta Magna, igualmente importante a questão do abuso do direito, bem como a de que sua existência impõe série de condições ao exame da matéria:[83]

> O *princípio da proibição de excesso* também é identificado com o *princípio da proporcionalidade* em sentido lato. Sua existência é ínsita ao Estado Constitucional e é fundamental para o controle da atuação dos poderes públicos no *Verfassungsstaat*, assumindo, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual. Para a doutrina, esse princípio comporta subdivisão em três elementos ou subprincípios: a) *idoneidade (ou adequação)*, b) *necessidade* e c) *proporcionalidade em sentido estrito*. Na sua atribuição mais comum, o *subprincípio da idoneidade* consiste em que as medidas restritivas em causa sejam aptas a realizar o fim visado com a restrição ou contribuíram para o alcançar. O subprincípio da *necessidade* preconiza que, entre todos os meios idôneos disponíveis e igualmente aptos a perseguir o fim visado com a restrição, deve-se escolher o que produza menos efeitos restritivos. Por sua vez, o *princípio da proporcionalidade* diz respeito à justa medida ou à relação de adequação entre os bens e interesses em colisão, ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela almejado (Novais, *Princípios*, II, n. 1.3, pp. 161/163). A proibição de excesso é garantia fundamental. (grifos no original)

Cumpre ressaltar que a não só a propriedade privada, mas também sua função social, estão estabelecidos paralelamente na Constituição Federal em outro dispositivo.

---

[82] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172-173.

[83] Ibidem, p. 174.

Nos termos do artigo 170 da Carta Magna, "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade (...)".

Da mesma forma que a norma possui limites, sua interpretação, outrossim, não é ilimitada. De acordo com Virgílio Afonso da Silva:

> A intepretação não pode e nem deve ser compreendida como uma atividade ilimitada. Os limites desta atividade decorrem dos próprios princípios que fundamentam o sistema constitucional. Todavia, há que se ressaltar que não são limites severos e rigorosos – o que, por si só, seria incompatível com a própria natureza da atividade interpretativa, que é uma atividade criadora do direito.[84]

Ainda versando sobre a necessidade de atualizar o ordenamento constitucional, é dito que:

> (...) a atividade exegética, mais do que uma mera atividade cognitiva da vontade normativa, atua como instrumento de atualização das normas constitucionais. Através desta atividade o texto constitucional acompanha os desenvolvimentos ocorridos na sociedade que acabam por demandar um novo tratamento jurídico, ou seja, uma mudança na acepção, no sentido e no alcance da norma jurídica.[85]

A Constituição não deixa dúvidas, em mais de uma oportunidade. Com sua força supralegal, condiciona de forma categórica:

> (...) a propriedade privada é um direito fundamental do cidadão desde que manifeste sua função social. A propriedade não poderá ser exercida levando-se em conta apenas a vontade do próprio *dominus*, mas também deverá ser harmonizada com o interesse coletivo, sendo a função social da propriedade a capacidade de impor 'um *poder-dever* ao proprietário sancionável por ordem jurídica'.[86] (grifos no original)

Concluem os autores, destarte, ao conferir a duplicidade do texto, assim como ao comparar sua posição no documento de 1967, que:

> (...) a função social da propriedade não pode ser vista como simples limitação ao direito de propriedade, porque provoca alteração material no conceito de propriedade. (...) não possui caráter programático. Sua posição na ordem constitucional (...) permite sua aplicação imediata pelo Judiciário, independentemente de qualquer outra regulamentação ou complementação.[87]

Facilmente constatável, destarte, apenas na leitura dos dispositivos constitucionais correspondentes, como a função social e as divergentes visões acerca da propriedade ampliam a noção de abuso do direito, agora atrelado à forma que se dá ao uso do bem, ao tempo em que relativizam o direito de propriedade quando levado em conta esse abuso. Não se pode falar em entendimento imutável a respeito do abuso na Constituição.

---

[84] SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.* In: SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 161.
[85] Ibidem, p. 162-163.
[86] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p. 641.
[87] Ibidem.

Quanto ao Código Civil de 2002, faz referência evidente ao abuso do direito de propriedade. Estabelece o artigo 1.228, § 2°, do Código que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem".

Nos dizeres de Francisco Eduardo Loureiro,

> (...) trata-se da hipótese clássica do abuso do direito, mediante prática de atos emulativos do proprietário que, não custa repetir, reflete apenas uma das faces de quebra dos deveres proprietários. (...) O dispositivo apenas reforça e sanciona o modelo mais visível de propriedade sem – ou contra – a função social.[88]

O artigo 187 do Código Civil, por sua vez, estabelece que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Tal dispositivo legal, a sua maneira, confirma, de modo geral, ainda que também se aplique à espécie do direito de propriedade, como o abuso do direito pode ser punido de acordo com o ordenamento vigente. O entendimento foi apenas positivado, porquanto, de acordo com a doutrina, é sabido de longa data.

> A repressão ao ato ilícito como violação a um direito capaz de causar dano a outrem mostrou-se insuficiente, ao longo do tempo, para a tutela das relações sociais. Já os romanos haviam verificado que o exercício de um direito subjetivo, tal qual previsto no ordenamento positivo, pode, muitas vezes, contrariar a própria finalidade, a própria função daquele direito e a ideia de direito como um todo. Não era outro o sentido da conhecida expressão *summum ius, summa injuria*.[89]

Evidente que o dispositivo, reduzido de forma abrangente, aplica-se a inúmeras áreas do Direito Civil. Cumpre, outrossim, sua finalidade de servir ao seu aspecto prático acima da necessidade de conceituar, teoricamente, o abuso, missão que se estende hodiernamente.

A respeito da conceituação e dos limites da licitude do ato no âmbito do abuso do direito, discorre Heloísa Carpena que:

> (...) os limites contidos nos direitos subjetivos são determinados pelo elemento axiológico-normativo, o qual lhe constitui e serve de fundamento. Delimitam-se assim os contornos da juridicidade pela valoração da conduta, frente ao sentido teleológico dos direitos, impostos pelo ordenamento.[90]

Da mesma forma, prossegue Rosalice Fidalgo Pinheiro, autora do paradigma civil-constitucional, para quem:

---

[88] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

[89] BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES; Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 3 v, p. 340-341.

[90] CARPENA, Heloísa, *apud* BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES; Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 332 e 341.

> (...) a teoria do abuso do direito deixa de se configurar como mero limite externo ao exercício dos direitos subjetivos e passa a se configurar como limite interno, despindo-se de um caráter excepcional.[91]

Na mesma linha, prossegue Heloísa Carpena, ao dizer que:

> (...) exercer uma legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui esse mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso de direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, revitalizando-o.[92]

Cumpre, ainda, ressaltar que o artigo 187 possui influência direta do artigo 334° do Código Civil de Portugal, bem como que foi inovador. "A norma portuguesa, a seu turno, teve como inspiração o Código Civil grego, em seu artigo 281".[93]

Não que o abuso direito não estivesse contemplado no Código Civil de 1916, mas que sua edição, na forma em que foi redigida, represente grande avanço no desenvolvimento legal do abuso do direito.

Gustavo Tepedino lamenta, apesar de encontrar avanços na norma, o que considera uma identificação entre o abuso do direito e o ato ilícito,[94] sobretudo pelo fato de que a punição ao abuso estava condicionada à necessidade de provar a culpa. Tal interpretação visivelmente relaciona o artigo à *aemulatio*, o que nem sempre é fácil, mas tampouco é regra na aplicação do dispositivo.

Interessante afirmar, outrossim, que o artigo 187, ao versar sobre a boa-fé e os bons costumes, esbarra na questão da ordem pública, matéria essa que ficou estabelecida de maneira expressa em outro dispositivo do Código, tratando, explicitamente, da propriedade.

Assim dispõe o artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil: "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por esse Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

"Há três cláusulas gerais na norma analisada: exercimento do direito de acordo com seus fins sociais e econômicos; boa-fé; bons costumes".[95] As cláusulas, abertas, constituiriam "conceito legal indeterminado", a representar verdadeiro avanço, contendo norma geral a respeito do abuso do direito, de fácil aplicação, inclusive, no âmbito da propriedade, evitando o exercício irregular do direito.

---

91 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *apud* BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES; Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 332 e 341.

92 CARPENA, Heloísa, *apud* BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES; Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 332 e 341.

93 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p. 368.

94 BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES; Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 342.

95 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p. 368.

Cumpre ressaltar, ainda, na lição de Nery & Nery, amparado em Pires da Lima e Antunes Varela, que a norma contida no artigo 187 imputa ao ato abusivo a natureza de ilícito, um "ilícito objetivo", porquanto constatável a ilicitude independentemente da existência de dano: basta que o ato contrarie o que seria esperado por parte do titular do direito para que se configure o abuso em sua conduta. Mas, apara tanto, o abuso deve ser "manifesto".[96]

Ainda que haja outros dispositivos legais especiais, o artigo 187, da Parte Geral, amolda-se, indubitavelmente, ao direito de propriedade, e não apenas ao direito obrigacional, contratual ou geral propriamente dito. Imputa, ainda, por interpretação complementar a outros artigos (art. 186), a obrigação de indenizar. Assim dispõe, nesse aspecto, Nestor Duarte:

> Em diversas outras passagens, o Código Civil coíbe o abuso de direito, a saber, nos arts. 421 e 422, 1.228, §§ 1° e 2°, e 1.648, bem como a legislação extravagante, a exemplo da hipótese de limitação ao direito de o inquilino purgar a mora nas ações de despejo por falta de pagamento (art. 62, parágrafo único, da Lei n. 8.245/91). No campo do direito constitucional, várias são as condenações de conduta abusiva (arts. 14, §§ 9° e 10, e 173, § 4°, da CF). No âmbito do direito processual, o litigante que abusar das faculdades que lhe são concedidas responde por isso (arts. 14, parágrafo único, 17, 18 e 538, parágrafo único, do CPC).
> Não exige a lei o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar, para a caracterização do abuso de direito, bastando que seja distorcido o seu exercício.[97]

Extrapolando o ramo do abuso do direito, e comunicando-o a outras facetas do direito de propriedade, relaciona a doutrina o referido artigo 187 ao direito de vizinhança, porquanto defende que a teoria do abuso do direito seria "sustentadora das restrições da vizinhança". [98]

Sílvio de Salvio Venosa vai além, interligando, por meio do artigo 187, o abuso do direito à disciplina da responsabilidade civil. O uso além do limite, abusivo, deve indenizar ou cessar sua conduta, pelo que distintas áreas do direito se tornam comunicáveis.[99]

Recorda o sobredito autor que há duas subespécies de teoria do abuso do direito nas relações de vizinhança:

> (...) as situações de *uso excepcional da propriedade* e a *teoria dos atos excessivos*. Na expressão *uso excepcional da propriedade*, procura-se fixar em cada caso o uso ordinário da coisa. (grifos no original).
> Se o proprietário a utiliza de forma excepcional, deve suportar os encargos desse uso que, em última análise, nada mais é do que abusivo, abstraída toda espécie de culpa.

---

96 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p. 368.
97 DUARTE, Nestor, op. cit., p. 142.
98 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das coisas. Posse. Direitos Reais. Propriedade. Artigos 1.196 a 1.368. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. 12 v, p. 343.
99 Ibidem, p. 343.

> Pela teoria dos atos excessivos, têm-se em mira o limite de exercício e a finalidade da propriedade fixados pelo ordenamento. Excedido esse limite, o agente está obrigado a reparar os danos, cessar a moléstia ou repor a situação no estado anterior. Se a extrapolação do exercício é imbuída de má-fé, a conceituação passa para a de ilícito.[100]

Assim dispõe Daniel Boulos a respeito da relevância do artigo 187 no âmbito do abuso do direito de propriedade na legislação vigente:

> Ao figurar estrategicamente na Parte Geral do novo Código – que, como o antigo, filiou-se à corrente de sistematização germânica do Direito Civil –, o artigo 187 projeta os seus efeitos para cada um dos compartimentos da sua Parte Especial, atingindo, com colorido todo especial, o Livro de Direito das Coisas. Ao alçar os seus efeitos neste Livro, alcança desde logo e de forma impactante o direito de propriedade.[101]

De fato, conforme descrito pelo autor, a diretriz da Sociabilidade, sobre a qual se pauta todo o Código Civil de 2002, afirma-se no artigo 187, inserindo-se de maneira inevitável na interpretação e no alcance da norma prevista no artigo 1.228 do mesmo Código.

Complementa ao discorrer acerca do artigo 1.228, § 2°, que, ao seu ver, no que tange ao abuso do direito de propriedade na lei,

> (...) representa a repressão expressa à mais clara e inequívoca forma de exercício abusivo dos direitos: aquela em que o respectivo titular, além de não tirar proveito algum do exercício, ainda atua com *animus nocendi*.[102]

Estabelece o artigo 1.228, § 2°, do Código Civil que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem".

Afasta o doutrinador, por fim, interpretação que julgue desnecessária e repetitiva a redação do Código vigente, ao encontrar paralelo entre o artigo 187 e o artigo 1.228, § 2°, que represente verdadeira redundância. Não apenas por reforçar a noção de abuso do direito no âmbito da propriedade, mas também por "precisar, sem margem de erro, a consequência advinda da configuração, no caso concreto, da hipótese descrita na norma ora analisada".[103]

---

[100] VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 343.
[101] BOULOS, Daniel M, op. cit., p. 266.
[102] Ibidem, p. 270.
[103] Ibidem, p. 271.

5 GARANTIAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

5.1 Garantias Constitucionais e Legais no Brasil

Tanto a Constituição Cidadã de 1988 como a própria doutrina principiológica do direito civil, aliadas às alterações legais concernentes ao tema, definem a propriedade e seus limites (cada vez maiores), bem como boa parte dos elementos relacionados à vizinhança e ao condomínio edilício consta do ordenamento em nível infraconstitucional.

A Constituição vigente, estabelecendo princípios mais tardios e de cunho social, qual a função social da propriedade, já traz, no fundo grande mudança no paradigma, imposto com o advento do Constitucionalismo e da necessidade da edição de uma Carta Magna. No início, o Liberalismo, contemporâneo ao movimento que impôs a limitação constitucional ao poder, prevalecia, condicionando a ideia de "propriedade".

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, na ideologia liberal, atrelada ao utilitarismo,

> (...) o indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens, e daí que a capacidade política seja considerada como uma invenção humana para protecção da propriedade do indivíduo sobre a sua pessoa e os seus bens. Consequentemente, para a manutenção das relações de troca, devidamente ordenadas entre indivíduos, estes eram considerados como proprietários de si mesmos. Trata-se, no fundo, do individualismo ideológico do liberalismo econômico.[104]

O entendimento da Carta Magna no que concerne à propriedade inclui, pois, dispositivos bastante diversificados, incluindo mecanismos gerais e específicos. Interessa citar, inicialmente, o fato de a propriedade constar como cláusula pétrea da Constituição Federal, porquanto o artigo 5° dispõe, em seus incisos, de diretrizes fundamentais desse instituto, ainda que sempre esteja condicionado a sua função social.

Antes mesmo do estudo dos incisos, percebe-se que o *caput* do artigo 5° já trata da propriedade, garantindo sua inviolabilidade, elemento que, isolado de seu contexto normativo, poderia representar sérios entraves à limitação da propriedade. Tal previsão, contudo, insere-se no conjunto de preceitos que incluem a dignidade da pessoa humana e a redução de desigualdades, que precedem o artigo 5°, denunciando desde já características que atualmente são inerentes ao conceito consolidado de propriedade.

O entendimento a respeito do direito de propriedade, em que pese sua necessária atualização e interpretação ampla, encontra lapidar definição feita por Marco Fábio Morsello:

---

[104] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 111.

> Muito embora o princípio da dignidade da pessoa humana denote importância primordial, é curial que a despatrimonialização não propicia aplicação indistinta no Direito de Propriedade, bem como na totalidade dos negócios jurídicos. Cumpre-nos apenas reconhecer que, no denominado direito à moradia, em ordenamentos europeus ocidentais, a dignidade da pessoa humana passa a ocupar caráter preferencial, revisando o caráter programático da norma, para exigir implemento concreto do Estado-Social, entendimento que perfilhamos nesta seara específica.[105]

O inciso XXII é categórico, assumindo o direito de propriedade como garantia constitucional e parte dos direitos fundamentais. Percebe-se, ainda, a noção de princípios formadores desse próprio instituto, não mais visto como isento de qualquer natureza – como previamente estabelecido, a função social demarca a propriedade, por meio do inciso seguinte.

Por sua vez, os incisos XXIV e XXV tratam do interesse público, assim entendido de forma mais direta e institucional do que a função social, submetendo a propriedade às hipóteses de desapropriação e perigo público, respectivamente. Reiterado, destarte, o entendimento de que não resta sem qualquer exceção a norma atinente à inviolabilidade em sentido amplo, pois observada, em regra, apenas a defesa contra invasão injustificada.

O artigo 5°, XXVI, trata da pequena propriedade rural, ao tempo em que traz garantia protetiva. A medida estabelece regra quanto à impossibilidade de penhora dessa propriedade trabalhada pela família, a fim de promover o desenvolvimento fundiário e social como parte do escopo conferido pela Carta Magna aos valores que a orientam.

Cumpre ressaltar que as garantias supracitadas formam as bases de orientação maiores, possuindo a Constituição da República outros artigos relevantes e há, ademais, diplomas legais que devem ser examinados em conjunto com a cláusula pétrea.

Os artigos 182 a 191 da Carta Magna ilustram disposição que visa a amparar, de forma específica, os preceitos gerais e rígidos elencados no artigo 5°. Enquanto os artigos 182 e 183 versam sobre a política urbana de território e domínio, os artigos 184, e seguintes, cuidam da política agrícola e fundiária e da reforma agrária. Destaca-se a atenção às pequenas e médias propriedades rurais, além da produtividade da propriedade, pela lição de sua função social (art. 185), afastando a desapropriação.

Entre as normas comuns ao exame da política do espaço público é possível vislumbrar os dispositivos atinentes ao direito de usucapião, entre eles os artigos 183 e 191. Válido, ainda, ressaltar a existência de outros textos legais. Sem mencionar o Código Civil, que será especialmente analisado, aplicáveis o Estatuto da Terra (Lei n° 4.504/64); a Lei n° 8.629/93, alterada pela Medida Provisória n° 2.183-56/01; e a Lei Complementar n° 76/93, entre outros diplomas legais.

---

[105] MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 123.

Assegurados os valores sociais nas duas variantes de propriedade (rural e urbana), de acordo com a norma dos artigos 182, § 2°; e 186, *caput* e incisos, todos da Constituição Federal. Conquanto se considere sempre a dimensão social, está isenta de absoluta soberania a compreensão individual por outros elementos, como a preservação ambiental, sobretudo no meio rural.

Cara, outrossim, a interpretação específica e direcionada de termos utilizados, como a *produtividade* declarada para fins de afastamento da desapropriação. De outra forma, os preceitos que norteiam a reforma agrária estariam esvaziados. Assim discorre sobre o tema o professor Tepedino:

> Ambos os preceitos impõem ao Estado deveres precisos, cujo conteúdo não se pode dissociar da efetivação da função social, nos termos anteriormente examinados. De outra parte, a força desses dispositivos não pode ser atenuada em virtude de uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Afirmou-se que tal dispositivo constituiria um grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação, em favor dos proprietários rurais e dos latifundiários, da tutela constitucional contra a desapropriação desde que a propriedade se apresentasse acrescida de qualquer forma de produtividade.
> À luz, todavia, dos princípios constitucionais e 'dos objetivos da República', a objeção não colhe. A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em conseqüência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos – constitucionalmente estabelecidos – da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.[106]

Outros aspectos quanto à recepção dos institutos variam de acordo com a visão doutrinária. Gustavo Tepedino não só trabalha a conduta dos civilistas entre a promulgação da Constituição e o advento do Código Civil de 2002, mas também denota a divergência decorrente da leitura do texto constitucional. Para o doutrinador, tal distinção é gerada pelo momento e pelo processo em que se deu a Constituinte, sendo necessário ignorar esse contexto histórico ao analisar a norma da Carta Magna, é dizer, o que é intelectual em detrimento do que é jurídico.

Noção elaborada na mesma obra de Gustavo Tepedino trata a propriedade como relação jurídica complexa. Por meio dela, evidencia que não basta a edição de norma

---

[106] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 331.

intervencionista num panorama social de ideologia parcialmente diversa (liberal). Tal embate não anula, todavia, a demanda fundamental de alterações, que são inevitáveis por conta do processo que ocorre no seio de determinada sociedade:

> O temperamento de tais posições, assim contrapostas, encontraria justificativa axiológica, provavelmente, no ordenamento pré-constitucional, quando os movimentos sociais e o desenvolvimento industrial deram lugar a um conflito praticamente insanável entre o instituto construído e tipificado pela tradição liberal e a realidade fática – o contexto político – que reclamava um Estado intervencionista. A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil de 1916, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988 (...).
> Entra em crise, com efeito, um conceito que, cristalizado pelas conhecidas fórmulas dos códigos do século XX (dos quais o Código Civil Brasileiro de 1916 não era mais que um reflexo), identificava-se com o aproveitamento e a disposição da coisa 'da maneira mais absoluta', (...).[107]

Mais um elemento que conflitaria com a propriedade, para o mesmo doutrinador, seria a existência dos *contradireitos*. Nessa medida, interesses contrários aos subjetivos previamente existentes poderiam ser reconhecidos.

Ilustra o referido conceito a relevância cada vez maior dos direitos difusos e dos interesses referentes ao meio-ambiente, em oposição a um eventual comportamento subjetivo embasado no interesse pessoal e subjetivo do proprietário, independentemente da questão econômica, para ambas as partes. Para a doutrina francesa, além da validade desse pensamento, ele realçaria e fortaleceria os próprios interesses subjetivos.

Há visão ampla da doutrina, com principal apoio, tanto de Tepedino como de outros autores citados em sua obra, no sentido de reafirmar os *contradireitos* contra os excessos da exacerbação do individualismo, no que tange à propriedade. Qualificam-nos, ainda, como elemento jurídico protegido em nível constitucional.

Entre outros dispositivos constitucionais adicionais à temática, possível citar os termos dos artigos 20 e 176, ambos da Constituição Federal. Os referidos artigos tratam do conjunto de bens da União, de forma a limitar a propriedade, porquanto os direitos sobre o bem imóvel ainda são amplos no ordenamento pátrio. Há conjunto de bens, entretanto, que mesmo se encontrando em propriedade privada, pertencem a União. Exame específico sobre esse direito será feito no estudo sobre as normas em espécie no Código Civil.

Passando agora para as *garantias legais*, amparadas pelo Código Civil, legislação extravagante e pela própria doutrina, vislumbra-se o conjunto de garantias e de princípios que não estão necessariamente inseridos na Carta Magna.

---

[107] TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 341.

Inúmeras teorias buscam enunciar todos os elementos concernentes à propriedade, bem como aos direitos reais. Além de interpretação legislativa, auxiliará o estudo do tema a classificação de princípios utilizada por Francisco Eduardo Loureiro.[108] Cite-se, primeiramente, o chamado *absolutismo*, ou seja, a qualidade especial *erga omnes* do direito real (o termo *direito das coisas* também pode ser utilizado, mas não se confunde, pois mais abrangente, ao incluir a posse), pelo domínio real incisivo.

Mais um princípio, derivado do referido *absolutismo*, é denominado de *publicidade*. Um direito real deve ser publicado e conhecido, porquanto seu alto grau de oponibilidade a terceiros somente poderá ser exercido em sua plenitude com a ciência de todos. Elemento, outrossim, relacionado aos supracitados, diz respeito à *sequela*, é dizer, o direito de "seguir", ou perseguir o bem contra quem estiver com a coisa em seu poder (o termo *coisa* seria espécie do gênero *bem*).

Por sua importância, já denotada, os direitos reais são dotados de *tipicidade* e *taxatividade*. Apenas o que se retira da letra da lei constitui tal variedade do direito das coisas, bem como só pela criação legislativa é possível estabelecer um direito real, sendo o conjunto desses direitos *numerus clausus*. Formando esse conjunto tão fechado, vale ressaltar que o rol de direitos é taxativo, delimitado pelas normas legais.

Mais um atributo versa sobre a *especialidade*, demonstrando o direito real como dotado de um objeto plenamente determinado. Complementa a referida noção o princípio da *exclusividade*, a elucidar apenas um direito sobre um bem, sem a possibilidade de haver o mesmo e exato direito sobre a mesma coisa – na hipótese de condomínio, não há confusão, ocorre a *exclusividade* com o parcelamento das frações ideais.

O conceito de *atualidade* demonstra a necessidade de existência da coisa na constância do domínio, o que não se confunde, em regra com a demanda de ser o bem corpóreo, havendo exceções. Consta, ainda, do direito das coisas o *privilégio*, ou *preferência*, porquanto a garantia real faz prevalecer determinado credor em caso de concurso de credores. O termo *preferência* poderia ser também atinente à primazia da aquisição do bem em relação a outrem.

Existe, ademais, o instituto da usucapião, que admite a aquisição da propriedade em condições próprias e relacionadas à *prescrição aquisitiva*, em oposição à *prescrição extintiva* e à privação pela ausência de uso. Vislumbra-se, ainda, no conjunto de direitos reais, a possibilidade de *posse* e do *abandono* das coisas.

---

[108] LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, César (Coord.). *Código civil comentado*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 1147 et seq.

E toda a noção de direitos reais, de fato, é possível dizer, sem exagero, orbita em torno do relevante direito de propriedade. Nos dizeres de Gustav Radbruch,

> (...) é evidente que não é possível reduzir a multiplicidade de todas as possíveis relações entre os homens e as coisas a um certo número fixo de *direitos reais* com um conteúdo determinado; mas não é menos evidente que todos esses direitos pressupõem necessariamente um certo direito subjetivo que habilita o seu titular a dispor da coisa sem limitações, ou seja, um direito a proferir a *última palavra* acerca da coisa. Este direito é precisamente o direito de propriedade.[109]

5.2 Disposição das Normas que Versam Sobre os Temas no Código Civil

O Código Civil de 2002, principal documento legal a regular o Direito Privado, não poderia ignorar a questão suscitada. Trata, de maneira extensa, da propriedade e do direito de vizinhança com o novo escopo constitucional.

A presente análise se aterá prioritariamente aos dispositivos relacionados de maneira mais íntima aos temas estudados. Acrescente-se, ainda, que quando a lei reproduzir mecanismo anteriormente previsto o texto de 1916 será evidenciado, com a finalidade de ressaltar novamente a contribuição histórica para a evolução jurídica, além de situar preceitos doutrinários supracitados no ordenamento antigo.

Um dos primeiros artigos é o 1.225, que evidencia o rol de direitos reais assegurados em seus incisos. A propriedade (I), apesar da aparente equivalência com outros institutos, destaca-se desde então a partir de classificação doutrinária que a qualifica como direito real sobre coisa própria, em oposição a todos os incisos seguintes, relativos a direitos reais sobre coisa alheia. Dispõe o artigo 1.227, por sua vez, sobre a transmissão ou aquisição de direitos reais sobre imóveis, regulando registros, ao tempo em que exige formalidade.

A partir do artigo 1.228, há o exame específico da propriedade. O referido artigo denota as diretrizes fundamentais do instituto: a faculdade de usar, fruir e dispor da coisa em questão (*utendi, fruendi et abutendi*); bem como a previsão da sequela. No Código Civil de 1916, o dispositivo correspondente era o artigo 524.

Alteração significativa é o termo *faculdade*, que substitui a noção prévia de *poder*. Para a doutrina, notadamente na lição de Francisco Eduardo Loureiro,[110] essa mudança representa, ainda que sem definição explícita, o panorama da propriedade após a Constituição Federal de 1988 e o câmbio da visão absoluta do domínio por uma noção atrelada a deveres implícitos do proprietário e à função social da propriedade.

---

[109] RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 268.
[110] LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, César, op. cit., p. 1212-1223.

Sobre a função social da propriedade, em detrimento de sua natureza individual inevitável, assentou Radbruch:

> (...) a função individual do direito de propriedade pertence ao direito natural; a sua função social, à qual se acha sujeito o modo de usar da propriedade, pertence à Ética, sendo portanto inútil qualquer discussão sobre se o dever ético social do proprietário se acha ou não expressamente formulado pelo legislador. O legislador é quem com autoridade pode e deve regular o uso do direito de propriedade em vista das exigências do bem comum (...).[111]

O presente artigo é dotado de parágrafos, a grande maioria sem qualquer remição a dispositivos do Código Civil anterior. Tal fato se deve ao desenvolvimento da doutrina influenciando a edição da norma. Preceitos defendidos no sentido de limitar a propriedade já se tornaram cogentes, ao conferir validade à proteção ambiental e ao patrimônio histórico e artístico (§ 1°), além de cuidar de maneira lapidar do abuso de direito (§ 2°).

Importa ressaltar que, na interpretação de Loureiro, o que se retira do parágrafo 2° não possui pertinência apenas com os *atos emulativos*, que serão futuramente tratados no que tange aos princípios que regem o direito vicinal. Juntamente com o elemento volitivo de prejudicar o vizinho e o aspecto objetivo de ausência de ganhos com a conduta praticada, propõe a leitura combinada com o artigo 187 do Código vigente. Por meio dessa visão, mais abrangente, prevê o afastamento da finalidade social como complementar aos *atos emulativos*, daí a amplitude do *abuso de direito* evitável.

Tampouco os parágrafos 4° e 5° possuíam correspondência no âmbito do Código Civil de 1916. De cunho moderno, conferem relevância à posse de boa-fé em detrimento da propriedade, em determinados casos, ainda que vislumbrando indenização para tanto. O parágrafo 3°, similar aos artigos 590 e 591 do Código anterior, diz respeito à desapropriação e a outras limitações de ordem pública, ao tempo em que é amparada, outrossim, na Carta Magna (art. 5°, XXIV).

Mais um artigo, sem enunciação anterior e plenamente arrimado na Constituição Federal hodierna, versa sobre o já comentado princípio limitador que confere à União direitos sobre bens inseridos na propriedade imóvel (art. 1.230), em resposta ao artigo 1.229, que estabelece os limites físicos da propriedade. Sobre esses dispositivos, versa Nestor Duarte:

> No Código de 1916 também se incluíam ‘o espaço aéreo e o subsolo’ (art. 43, I), cuja propriedade, entretanto, não se harmoniza com a Constituição Federal (art. 176, §§ 1° a 4°), mas o Código vigente estabeleceu o compasso ao dispor que ‘a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais’ (art. 1.230), sem embargo de que ‘a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e

[111] RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 279.

> profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las' (art. 1.229).
> A legislação especial estabelece regras acerca das águas (Decreto n. 24.643/34) e de minas (Decreto-lei n. 227/67).[112]

O artigo 1.231 traz a presunção, até prova em contrário, da plenitude e da exclusividade da propriedade. Houve mudança em relação aos artigos 525 e 527 do Código de 1916, com o termo *plena* substituindo *ilimitado*, com esse gênero pois relativo a *domínio*, enquanto hoje a palavra *propriedade* consta do dispositivo.

A modificação visa a evitar confusão, porquanto *domínio*, classicamente, referia-se a coisas corpóreas. Quanto à plenitude, novamente vislumbramos a tentativa de evitar interpretação que ignore os limites do direito vicinal. Alteração similar ocorreu na redação do artigo 1.232, que, apesar de remeter ao artigo 528 da legislação pregressa, narra *preceito jurídico* em lugar de *motivo jurídico*, enquanto dispõe sobre os frutos da coisa.

Os artigos 1.238, e seguintes, do Código Civil vigente versam sobre a aquisição da propriedade imóvel, com variadas hipóteses, com destaque ao *registro do título* e à *usucapião*. Há outros dispositivos, que tratam de especialidades da matéria de forma diversa, como a aquisição da propriedade móvel, entre outros trechos, caros ao Direito Civil, mas não aplicáveis diretamente no caso em tela.

Segue o diploma legal sob enfoque, ao examinar o direito de vizinhança. Inicia o Código tratando do *uso anormal da propriedade*, com o artigo 1.277 continuando o legado do primordial artigo 554 do Código pregresso, já referido. De acordo com a norma do artigo 1.277, é direito do proprietário reclamar de atentado a sua saúde, a seu sossego e a sua segurança, ainda que originado em propriedade vizinha, e coibir a conduta indesejável – evidente a noção de interferência na *esfera interna da propriedade*, com arrimo na doutrina de San Tiago Dantas.

O parágrafo único, repetindo o conceito de *interferência*, complementa o ideal de zoneamento e de parcimônia da doutrina no que tange às limitações observadas, declarando, ainda, o termo *tolerância* abertamente, acepção consagrada nas lições dos civilistas do século XX, como o próprio Dantas. Há destaque para a forma como foi redigido o parágrafo, ao definir de modo mais exato a *normalidade*. Outros conceitos, além dos mencionados na abordagem histórica, constarão do estudo sobre o direito de vizinhança em espécie.

---

[112] DUARTE, Nestor. In: PELUSO, César, op. cit., p. 82.

O doutrinador possui tamanha relevância que teve efeito decisivo na elaboração do artigo 1.278. Se o interesse público é perceptível, por vezes deve prevalecer sobre as prerrogativas da propriedade. Os elementos incômodos, entretanto, não são plenamente justificáveis, o que permite entender a necessidade de indenizar: há relativização da propriedade, mas sua proteção resta assegurada.

Também o artigo 1.279 consagra a doutrina consolidada, sendo dispositivo inédito, como o artigo 1.278. Elucida o conceito de *tolerabilidade*, bem como a busca pela diminuição do incômodo a fim de beneficiar a conservação da propriedade. Somente ao se tornar impossível a melhora na situação ocorre a necessidade de tolerar o incômodo ou, em hipótese extrema, a previsão do artigo 1.278 prevalece.

Importa ressaltar a condição temporária dos termos apresentados, é dizer: a indenização persiste, em tese, até quando continuar os agentes do incômodo. A diminuição dos distúrbios representaria o fim de obrigação indenizatória, sujeito até mesmo o vizinho à devolução da quantia paga após a diminuição das interferências.

O artigo 1.280 reproduz a matéria principal do prévio artigo 555, o que comprova sua solidez. Evidencia a eventual prerrogativa de exigência da demolição ou reparação de prédio vizinho que ameace o proprietário ou possuidor que pode sofrer dano iminente. Seu artigo seguinte (1.281) remete ao de número 529 do Código pregresso, versando sobre garantias exigíveis do autor de uma obra, por parte do proprietário ou do possuidor, contra os prejuízos decorrentes de dano iminente causado pela mesma obra.

Na ordem registrada na lei, os artigos seguintes regulam questões mais específicas, e muitas vezes previamente estabelecidas. Ilustra o fato referido a disposição de artigos sobre as árvores limítrofes (arts. 1.282 a 1.824 – correspondentes aos artigos 556, 558 e 557 do Código pregresso, respectivamente); a passagem forçada, ou artigo 1.285, referente aos antigos 559 e 560; a passagem de cabos e tubulações, arrimando-se nos artigos 1.286 e 1.287, esses inéditos, assim como a maioria dos dispositivos referentes às águas (arts. 1.288, e seguintes). Segue o diploma legal, ao regulamentar: os limites entre prédios e os direitos de tapagem, nos artigos 1.297 e 1.298; o direito de construir, nos artigos 1.299, e seguintes.

Aspecto igualmente caro ao caso em tela diz respeito ao condomínio edilício. Importa, ainda, iniciar essa abordagem eliminando a remição ao Código Civil de 1916. O relacionamento das normas codificadas, quando ocorrido, identifica-se com a Lei n° 4.591/64.

O dispositivo que principia o capítulo referente ao condomínio edilício é o artigo 1.331, o qual reproduz a norma contida entre os artigos 1° e 21 da referida lei de 1964. Questiona-se, devido à dedicação do Código em regular os limites do condomínio edilício, se houve revogação da lei supracitada. De acordo com a doutrina majoritária, os artigos 28, e seguintes, da legislação especial persistem, enquanto os outros dispositivos, em sua maioria, estariam derrogados, com destaque aos artigos de lei posterior divergente.

Em seu *caput*, o primeiro artigo temático define a consagrada, todavia problemática fórmula do condomínio edilício: um complexo dotado de porções sob o controle de propriedade exclusiva, combinadas com áreas comuns de propriedade. Os parágrafos propiciam outros detalhes, entre eles o fato de que as partes comuns estão sujeitas a divisão em frações ideais, pertencentes a todos os proprietários.

Há conceitos de natureza doutrinaria e jurisprudencial aplicáveis ao exame em tela. Afasta-se, sempre, a aplicação de normas atinentes ao direito do consumidor, porquanto da relação condominial não se retira qualquer fornecimento de serviço ou bem que permita perceber relação de consumo.

Ainda quanto à aplicação da norma, diz Maximiliano:

> Para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adstrito ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira. Há casos em que esta se adota com a maior amplitude; outros, em que se exigem restrições cautelosas. A Hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o *alcance*, a *extensão* de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato.[113]

Existem, ainda, julgados que visualizam a figura de um "condomínio de fato", regulando, outrossim, a possibilidade de cobrança de quantias referentes a despesas das frações comuns. Não se fala em personalidade jurídica do conjunto nesse instituto, entretanto, é cogitada a interpretação de que, por capacidade processual, seria o condomínio edilício dotado de personalidade no âmbito jurídico.

A relevância da publicidade, entre outros pontos comuns aos direitos reais, está presente na instituição do condomínio edilício, regulado pelo artigo 1.332 do Código Civil, relacionado ao artigo 7° da Lei n° 4.591/64. Os incisos qualificam requisitos para constituir a propriedade nesse contexto: além de delimitar as frações exclusivas e comuns, demanda-se declaração sobre a finalidade conferida à unidade exclusiva.

---

[113] MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 16.

O artigo 1.333, por sua vez, trata da convenção, que constitui esse condomínio, quando anterior ao seu próprio registro imobiliário. Como dispositivo semelhante, há o artigo 9° da Lei Especial de 1964. Rege, ainda, o quorum mínimo para subscrever a convenção, qual seja, dois terços dos proprietários.

No que tange ao artigo 1.334, vislumbramos complemento à regra contida no artigo 1.332, versando sobre a convenção condominial e correspondendo ao artigo 9°, § 3°, da legislação especial. O entendimento hodierno complementa outros dispositivos do Código além de complementar a lei anterior.

A partir do artigo 1.335, há série de regras essencialmente ligadas ao estudo tema. O referido dispositivo elucida os direitos do condômino, quais sejam: as faculdades constantes no artigo 1.228 quanto à propriedade exclusiva e seus limites; o direito de uso das porções comuns; e o direito de exercer voto em assembleias, se estiver quite. Não apenas os artigos seguintes, mas a própria jurisprudência se encarrega de limitar tais direitos, que não são absolutos. As ameaças à saúde, ao sossego e à segurança, bem como o respeito à finalidade relativa à unidade devem ser impedidas, tendo, ainda, a *tolerabilidade* como referência para as condutas do vizinho.

O artigo seguinte, 1.336, traz os deveres aos proprietários do condomínio. Há incisos no sentido de coibir mudanças físicas que comprometam a unidade do edifício e de exigir contribuição atinente a despesas proporcionais à fração ideal. Principal termo consta do inciso IV, que trata dos recorrentes conceitos de saúde, sossego e segurança, adicionando o respeito aos bons costumes.

Prevê o artigo 1.337 sanção, é dizer, multa pelo descumprimento dos deveres por parte do condômino, enquanto o parágrafo único constrange o proprietário com conduta reiteradamente antissocial, fazendo aumentar a quantia devida. Esse artigo será novamente trabalhado, por sua fundamental importância na resolução do caso em tela. O diploma legal prossegue, regulando a relação vicinal de maneira extensa e específica. Já citados, entretanto, os dispositivos mais intimamente relacionados com a matéria.

5.3 Sopesamento das Normas Perante o Vizinho Antissocial

Área dentro do estudo jurídico de relevada importância, o Direito Constitucional se faz presente não somente no debate em que se insere o presente trabalho, transbordando a quase todas as especificidades jurídicas. A existência dos Tribunais Constitucionais, que se relaciona, ainda, a um estudo crescente da doutrina alemã, é a prova patente desse conceito, que se torna mais forte na segunda metade do século XX e avança incessantemente no Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988.

Da mesma maneira que importa a qualquer saber jurídico a relevância do Constitucionalismo e suas consequências políticas e sociais, há dúvida mais pragmática, a saber: como ocorre, no caso concreto, o sopesamento, a relação de supremacia e submissão, da norma legal ou constante da Carta Magna, sobretudo na hipótese de normas cogentes e conceitos milenares e elementares do Direito.

No caso em tela, lapidar a mudança de conceitos trazidos pela Constituição Federal. A temática da propriedade, como quase tudo que é regulado pelo Estado brasileiro, também passou por alterações, apesar de todas suas peculiaridades. A propriedade, como se verá mais adiante, já não é vista exatamente como antes, mesmo que em Roma fossem vislumbrados alguns limites à propriedade.

Necessário, portanto, debruçar-se sobre os ensinamentos de Konrad Hesse, a fim de complementar a noção de força normativa da Constituição, e compreender melhor em que medida a nova Carta Magna alterou o instituto da propriedade e, consequentemente, o exame das atitudes em relação ao vizinho antissocial.

Desde o princípio, Hesse, tratando de Lassalle, traça um binômio, que permeia toda diretriz que busque relacionar lei e Constituição, podendo ser considerado mesmo anterior a essa relação: o binômio da Constituição real; e da Constituição jurídica. Percebe, assim, a importância da Constituição ao expressar relações de poder, sendo elemento político, e não jurídico, como um leitor da norma em si entenderia primordialmente.[114]

O raciocínio polêmico envolve a submissão a Constituição jurídica à real e o afastamento do Direito Constitucional como ciência jurídica, pensamento que o autor busca afastar durante o tratado. Inicialmente, procura-se afastar a oposição crua entre a norma e realidade gerada pelo apego unilateral à norma, sob risco de a realidade se fazer prevalecer a qualquer momento. Desde que o documento contenha não apenas a forma de poder, sob hipótese de ser redundante, mas contenha, outrossim, normas gerais que

[114] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9-12.

contenham o entendimento do povo acerca das questões naquele período histórico, está garantida a Carta Magna.

Afirma, ainda, o autor que, conquanto uma Constituição (real ou jurídica) não se submeta inteiramente à outra, devem se relacionar para a manutenção correta de ambas, daí a relevância de condicionar a Constituição jurídica a um panorama histórico. Inúmeros, aliás, os exemplos de como a outorga autoritária de um documento jurídico sem expressão do povo, nem tampouco do período em que se insere, impede a existência de uma Constituição.

Essa Constituição que se relaciona com a realidade, entretanto, não pode se limitar a repetir a realidade, ou somente em nível abstrato, mas sim exigir tarefas e outros meios de se fazer forte no ordenamento – não haveria somente a "vontade do poder", mas também a "vontade da Constituição". Acerca da vontade da Constituição, estabelece:

> Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem conseqüência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas pó ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo.[115]

Os pressupostos básicos para a melhor existência e aplicação da Constituição jurídica seriam: expressar, o melhor possível, o contexto em que está inserida, ao tempo em que é feita para se adaptar a eventuais mudanças durante sua vigência; o respeito cotidiano a sua prática e a sua forma, para consolidá-la cada vez mais; e o cuidado com a adequação da interpretação durante a vigência da Carta Magna, a fim de torná-la dinâmica, com limites.

Finaliza o doutrinador justamente com os questionamentos da hierarquia constitucional, denotando, além da submissão eminentemente jurídica, da submissão política na esfera institucional ao texto constitucional. Demonstra, ainda, a ampla abrangência e competência dos Tribunais constitucionais, sem olvidar de mencionar explicitamente o Direito Civil, ao dizer que antes era área que gozava de maior isolamento,

---

[115] HESSE, Konrad, op. cit., p. 19-20.

enquanto que no momento do texto, e no local de que se trata no texto, há tribunais que valorizam de maneira intensa a Constituição e as normas que contempla.

As agruras que envolvem a aplicação da norma constitucional, não se pode olvidar, devem se adaptar à realidade brasileira, assim como àquela da hierarquia das normas. Diz Virgílio Afonso da Silva:

> Desenvolver uma teoria da constituição aplicável (pelo menos também) à Constituição Brasileira não significa que métodos ou pontos de vista desenvolvidos alhures não possam ser aplicados na interpretação da Constituição Brasileira. Significa apenas que o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional. Significa, além disso, que cabe ao teórico constitucional fundamentar a compatibilidade de uma determinada concepção de nossa Constituição com um determinado método. Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado.[116]

Em nossa Constituição Federal atual, denota-se a presença dos direitos e princípios de Terceira Geração (ou Dimensão) e o relevante conceito de Função Social, elemento esse que não encontrava guarida no Código Civil de 1916 – a propósito, o documento não produzia uma definição direta da propriedade, apenas versava quanto às faculdades conhecidas do instituto (*utendi*, *fruendi* e *abutendi*; sequela).

No campo do Direito Civil de cunho constitucional, a lição de Gustavo Tepedino elucida como dispositivos do Novo Código Civil de 2002 já se veem carregados das instruções constitucionais do novo contexto político nacional. Ilustra a afirmação a inclusão do parágrafo 1° no artigo 1.228, que complementa a antiga diretriz da propriedade, bem como sua aceitação como faculdade de quem a possui.

O autor afirma, ainda, que outras cartas constitucionais, entre elas as de 1946 e de 1967 (em seu art. 160, III), já conferiam importância à função social, todavia a inclusão de tal matéria como garantia elementar ocorre no artigo 5°, XXII, da CF corrente.

O modo com que a opinião política e econômica interfere no ponto de vista de análise da Constituição e de sua ingerência na propriedade, variando de vê-la como conservadora a intervencionista – o que pode prejudicar uma sadia relação entre Constituição, lei e doutrina, essa necessária independentemente da visão que for adotada.

Diga-se, entretanto, que mesmo os que são considerados conservadores, entre os próprios liberais, por respeitar a propriedade sobremaneira, encontravam, pois, limites, derivados do controle sobre a conduta abusiva. Para Dworkin, interpretando John Stuart Mill, a liberdade absoluta poderia ser limitada em algumas situações,

---

[116] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 143.

> (...) ocasiões relativamente raras em que se pede a um governo que proíba algum ato pela única razão de que o ato é perigoso para quem o pratica, como dirigir uma motocicleta sem capacete. (...) o princípio não recomenda que o governo respeite (...) a liberdade de protesto à custa de danos à propriedade, ou a liberdade do que utiliza a terra à custa da perturbação que isso causa aos direitos de outros (*nuisance*).[117]

Trata o professor Tepedino justamente das possíveis maneiras de conciliar as normas constitucionais e legais:

> Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificarão, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de ´despatrimonialização´ do direito privado.[118]

E segue, no que tange ao real e cotidiano exercício forense e doutrinário brasileiro:

> Tal perspectiva, todavia, encontrou por muito tempo rígido obstáculo nos profissionais do direito. (...). Todavia, a prioridade e a imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constitucional são proposições que se revelam mais do que nunca inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, ´incorrendo no freqüente erro de ler a Constituição à luz do código, ao invés de ler o código à luz da Constituição´; a segunda, ´herança da concepção tradicional´, não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito.[119]

Perceptível, destarte, como o advento da função social modifica algumas dimensões seculares da propriedade, trazendo a Carta Magna um aparato completo que modifica os paradigmas anteriores, o modo de ver a lei civil, e a doutrina recente, em consonância com as novas condições jurídicas.

Elemento primordial na mudança interpretativa se deve ao fato do condicionamento da propriedade a princípios já citados, como a função social. Conceito norteador hodiernamente, é, talvez, o principal, além de englobar outros princípios do ordenamento jurídico pátrio atual. Constante no artigo 5°, XXIII, da Constituição Federal, a noção deriva de uma evolução histórica do pensamento e da filosofia, em consonância com a política.

Da mesma maneira que houve o desenvolvimento da propriedade na sociedade, acompanhada de legitimação não apenas fática, mas também teórica e doutrinária; o histórico de abusos, aliado aos componentes social e político, tantas vezes testados em períodos de crise passados, implicaram a mudança de panorama hoje aceita – a ideia de propriedade parece ter passado por um processo de maturação; de forma igual, já não é estranho compreender que a propriedade está atrelada a um contexto supraindividual, ou que esteja delimitada.

---

[117] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 402-403.
[118] TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 333.
[119] Ibidem.

A função social da propriedade, por constituir instituto amplo, é adequada a especificidades de acordo com o bem em questão: haverá tratamento específico, sobretudo na lei (porquanto geral e principiológica a Carta Magna, ainda que com exame abrangente e próprio sobre inúmeras matérias), para observar como será aplicada no imóvel urbano, no imóvel rural, sem ignorar o imóvel com interesse ambiental, o patrimônio histórico ou o cultural.

No que tange ao imóvel urbano, complementa o estudo do tema o Estatuto da Cidade, documento de 2001 que renovou o direito urbanístico e dos limites da propriedade no âmbito das cidades, bem como o Plano Diretor de cada município. É possível perceber a nova interpretação de toda a temática em termo que coaduna com o que se discute: lê-se na Carta Magna a expressão "função social da cidade".

Há resposta prevista para cada caso, cada conduta (ou mesmo ausência de ação). Para a hipótese de subutilização, vislumbra-se o parcelamento; quanto à não edificação, obriga-se o responsável a reverter a situação; já a não utilização traz a ideia de utilização compulsória, arrimando-se nos artigos 5° e 6°, todos do referido Estatuto. O denominado Estatuto da Terra é outro documento caro ao tema, com enfoque nos casos de imóveis rurais.

Interessante, acerca do tema, a conceituação de função social da propriedade, com especial enfoque às noções cartesianas clássicas de função, na lição de Luciano de Camargo Penteado. Assim trata o autor sobre o assunto supracitado:

> Dizer que a propriedade, como elemento do conjunto maior que é formado pelas diversas situações jurídicas subjetivas típicas, apresenta uma função, e que esta é social, significa dizer que a propriedade relaciona-se com um fim externo a ela, que é social. Em outras palavras, que a situação proprietária deve se referir ao interesse social, mediante direcionamento a ele. De acordo com este mecanismo, o sistema jurídico reconheceria, por um lado, a insuficiência da atribuição dominial para a regularidade e valoração da situação jurídica proprietária, e por outro, a necessidade de dar-lhe uma destinação outra, escolhida pela comunidade sociopolítica, a justificar, dialeticamente, a sua proteção. A função social, segundo esta visão específica e peculiar, *conformaria a propriedade a partir de dentro*, desenhando-a de outra forma.
> (...) A bem da verdade, a propriedade, tomada a palavra em acepção ampla o suficiente para contemplar o conjunto das diferentes situações jurídicas reais, que formariam o conjunto de elementos do conjunto de partida, refere-se, pela cláusula de função social, a um, e sempre a um elemento do conjunto de chegada, que no caso concreto, é o *interesse social*. Dizer que existe a *função social da propriedade* significa dizer que o direito real deve ser exercido no interesse individual, sim, mas que este deve coincidir, ou ao menos se direcionar, apresentar alguma relação com o interesse social, em uma relação de concorrência conjuntiva, de coincidência, de equilíbrio sistêmico, sob pena de haver perturbações na função.[120]

[120] PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 201.

Percebe-se, destarte, como o principio da função social importa à propriedade. Seu arrimo constitucional, legal, bem como a própria estrutura de princípio, em comparativo à noção de regra, tornam o instituto base para qualquer outra aplicação ou subsunção, pois elástica e superior a posição da função social, sendo tal noção, ademais, já positivada, ao que sua extensão nem sempre é necessária: já constitui o cerne da propriedade hodiernamente, em qualquer dispositivo a reger a propriedade.

6 SOBRE OS DIREITOS DE VIZINHANÇA

6.1 Posicionamentos Majoritários na Doutrina

Quando se trata do direito de vizinhança, o enfoque se torna um pouco diferenciado em comparação com o instituto da propriedade. Ainda que seja possível a análise da lei, elemento possível a partir do Código Civil, dentre outros diplomas legais, necessário o suporte doutrinário, que é principal fonte a se debruçar sobre tal variante de limitação ao proprietário.

Importa principiar, no que tange às diretrizes do direito vicinal, com as lições de San Tiago Dantas. O doutrinador produziu vasta obra sobre o tema supracitado, influenciando, ainda, grande parte dos autores posteriores e até mesmo o atual ordenamento jurídico pátrio. Não se pode esquecer a contribuição dessa literatura na edição do novo Código Civil, em que artigos inéditos e outros dispositivos apontam os esclarecimentos do professor catedrático da Universidade do Brasil.

Alguns dos critérios adotados por San Tiago Dantas envolvem princípios já referidos, além de outros que serão tratados quando focada a limitação da propriedade por meio das previsões vicinais. Um aspecto claramente norteador em sua obra aborda a *tolerabilidade*, bem como a *interferência*. Apenas a intromissão tolerável isolada não configura um conflito de vizinhança, sob risco de diminuir de forma anormal as prerrogativas dominiais.

As seguintes comparações visam a compreender as distintas interpretações, dos doutrinadores designados, de conceitos reiterados, tanto em suas similitudes como também em suas disparidades.[121]

Comungam da mesma opinião o referido autor e Vilson Rodrigues Alves, ao ressaltar, destarte, como existiria *tolerabilidade* amplamente aceita, é dizer, *ordinária* – somente ao excedê-la seria gerado conflito. Há, entretanto, pontos dissonantes a envolver os doutrinadores, demonstrando diferenças jurídicas e ideológicas, bem como existe, inerente a todas essas mudanças, um reflexo de alterações causadas pelo decorrer do tempo. Algumas orientações permaneceram de maneira firme, ao tempo em que outras sofreram um câmbio diametral.

---

[121] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 423-432; MALUF, Carlos Alberto Dabus, op. cit. e DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, op. cit.

Vilson Rodrigues Alves discorda de San Tiago Dantas, a fim de exemplificar, quanto à situação negocial jurídica – esse entende que negócio vicinal desconsidera hipótese de mau uso por parte do proprietário, já o doutrinador posterior não entende que um vínculo entre vizinhos afaste a incidência do referido mau uso.

Da mesma maneira, opõem-se as obras sobre o condomínio edilício. Enquanto o autor pretérito não vislumbra o uso nocivo nessa hipótese, em regra, pois variadas as aplicações e os casos em que há negócio jurídico entre os condôminos, Vilson Rodrigues Alves percebe possível considerar uso viciado em edifício de apartamentos.

Concordam, ainda, os autores a respeito do *animus nocendi* no âmbito do abuso de direito. Novo desacordo abrange a matéria da *imissão*. Para San Tiago Dantas, o conceito de *imissão* estaria relacionado a uma interferência de natureza *corpórea*; para Vilson Rodrigues Alves, o termo mais apropriado seria *material*, porquanto a luz, o ruído e o calor não são dimensões corpóreas, contudo, invariavelmente materiais[122].

Ocorre melhor simbiose quando se trata da destinação dos imóveis: ambos os autores versam sobre o contexto vicinal, a proposta dos imóveis envolvidos e a anterioridade relativa ao estabelecimento nesse domínio. Não se pode reclamar sobre poluição excessiva quando o proprietário decide viver em vizinhança previamente industrializada.

Apesar de os dois doutrinadores partilharem noção atinente à presença de direitos e deveres de vizinhança, simultâneos, exigidos por parte dos proprietários, divergem na sua conceituação. Assim dispõe Vilson Rodrigues Alves:

> Considerada a relação jurídica de vizinhança, as posições primeiras que se observam são o direito e o dever, aquele ativa e este passiva.
> Não há, se se apreciam os direitos e os deveres vicinais, e em geral, prioridade absoluta do direito ante o dever; nem, com mais razão ainda, deste em face daquele.
> Entre um, o direito de vizinhança, e outro, o dever vicinal, há, frisaram-no G. Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, correlatividade.
> O vizinho ‘A’ tem direito, seja ele titular de direito real imobiliário, ou não, à incolumidade físico-psíquica e ao desfrute do bem imóvel.
> Esse direito, porque vantagem vinda a ele e que nele se precisou e nele se localizou com a incidência das regras jurídicas dos arts. 554 e 555 do Código Civil brasileiro [de 1916] sobre o suporte fático em que se desenvolve a vizinhança, é chamado direito subjetivo.
> O direito subjetivo de vizinhança é mais, é *plus*, a que, passivamente enfocada a relação jurídica, correspondente menos, *minus*, o dever, sem que se haja afirmar, como inexatamente fizera Arnaldo Cândido de Oliveira, que nesse dever consista o direito do vizinho.
> O vizinho que deve é o devedor, devedor *lato sensu*, porque aqui não se está a versar relação intrajurídica de crédito/débito, e sim, relação jurídica de vizinhança.

---

[122] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 346-364 e DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, op. cit., p. 21-30.

> E é devedor, porque a ele cumpre o seu dever de não imitir, de não interferir, de não influenciar *stricto sensu*, de modo a não lesar a vizinhança, no que se refere a sua segurança pessoal/material, a seu sossego, a sua saúde e a sua utilização do imóvel, seja em conduta ativa, seja-o em omissiva.
> Entre os deveres do vizinho, deveres que se exaurem num ter que fazer e num ter que não fazer, há os deveres de tolerância.
> No entanto, é de afastar-se o entendimento de que tais deveres sejam permissões dadas pelo vizinho para que outros interfiram em sua esfera jurídica, como o expedido por San Tiago Dantas.
> Tratando-se de dever e de obrigação de tolerar, *obligatio ad patiendum*, nem sempre há permissão, podendo mesmo inexistir qualquer dever de permitir, *Gestattungspflicht*.
> Quem, vizinho, tem o dever de tolerar, não no tem apenas porque tenha dever de permitir; pode, v.g., tê-lo em virtude do dever de não reagir, de não resistir, de não se opor.
> Outrossim, mesmo nas hipóteses em que haja dever de permitir à base da obrigação de tolerar, não se pode dizer seja o dever de tolerar a permissão mesma, pois o permitir nem sempre é conteúdo da prestação positiva do vizinho, podendo-se constituir em simples meio para que a prestação negativa seja adimplida.
> É o que se passa com o dever de dar acesso à casa, em que há, contido na obrigação de tolerar, o dever de permitir, exteriorizado, por exemplo, no abrir a porta.
> Nesse caso, o dever de tolerar não é a permissão.
> Essa, como dever, está apenas contida, como início, na obrigação de tolerância.[123]

Até mesmo a utilização de termos é contraditada quando se trata de referências recíprocas no âmbito da doutrina. Rodrigues Alves prefere a fundamentação sobre o conflito de vizinhança ancorada sobre a expressão *mau usuário da propriedade*, ao passo que San Tiago Dantas simplesmente qualifica como *proprietário* o vizinho que gera os incômodos repelidos. Persiste sem prejuízo o que dispõe Dantas, pois inteligível o sentido versado e prévio seu entendimento, sem haver necessariamente fonte que encontrasse problema na distinção.

Não conjugam tampouco nas noções referentes a *quase-delito*, amparado na obra de San Tiago Dantas como ato oriundo das causas de culpa pelo agente (negligência, imprudência ou imperícia). Tal fato se deve à tese de Rodrigues Alves de que não se vislumbra culpa, necessariamente, no *uso nocivo* do domínio específico aqui estudado.[124]

Possível explicitar como ponto de acordo entre ambos doutrinadores, paralelos, ainda, a Capitant, a negação à compreensão de que a legislação criaria um vínculo obrigacional entre os vizinhos. Seria a teoria falha por confundir o fato de causar prejuízo com o uso nocivo da propriedade, o que implicaria uma qualificação equivocada do vizinho antissocial, sem mencionar os danos de uma imputação originalmente problemática.

---

[123] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 426-428.
[124] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, op. cit., p. 138.

Para efeitos de posicionamentos doutrinários próximos, citável, outrossim, como se observa o afastamento da hipótese de indenização nos casos em que a *tolerabilidade* escusar conduta vicinal de eventual reprovação.

Outro elemento díspar, referindo-se apenas à nomenclatura dos institutos, mas não ao seu cerne, envolve a abordagem do interesse público. Larga maioria dos autores examina a referida questão respeitando o interesse coletivo em detrimento do privado, ainda que alguns contestem arrimar tal discussão no conjunto de teorias que abarca o mau uso da propriedade.

Rodrigues Alves critica o termo *vizinhança industrial* de San Tiago Dantas, preferindo versar sobre *supremacia do interesse público*. A substituição tardia visa a eliminar eventuais interpretações que confundem o termo *industrial* com atividade econômica específica.

Novo desacordo existiria, ainda relativo ao tema supracitado, por aduzir San Tiago Dantas que não se poderia falar de prevalência do interesse público se a função habitacional da propriedade fosse prejudicada pelo mau uso a título de interesse público. Não partilha da mesma teoria Vilson Rodrigues Alves.

Partilha da linha doutrinária de San Tiago Dantas, em parte dos conceitos elementares, a obra de Carlos Alberto Dabus Maluf. Importa ressaltar que cada autor percebe o direito de vizinhança, bem como outros institutos, de modo a denotar um princípio prévio.

Da mesma maneira que há interpretação no sentido de delimitar a propriedade como parte de sua natureza, ao tempo em que entendem autores que é mesmo anterior à propriedade sua relativização, pois cara a função social amparada na Constituição Federal, o direito de vizinhança recebe conceituação ampla.

Entre os variados pontos que orientam o direito de vizinhança, como o *quase-contrato*, caracteriza Dabus Maluf as limitações oriundas do direito vicinal como *limitações legais*, espécie do gênero de *limitações do direito de propriedade*, às quais dedicou obra homônima. A respeito da conceituação, concorda, ainda, com Daibert. Assim divide Maluf as limitações do domínio, de forma complementar à proposta no atual Código Civil:

> Podem apresentar-se como:
> a) restrições ao direito de propriedade quanto à intensidade de seu exercício (Código Civil de 2002, *caput* do art. 1.277 e art. 1.280), regulando o seu uso nocivo;

> b) limitações legais ao domínio similares às servidões (Código Civil de 2002, arts. 1.282, 1.284 e 1.293), tratando das questões sobre árvores limítrofes, passagem forçada e águas; e
> c) restrições oriundas das relações de contigüidade entre dois imóveis (Código Civil de 2002, arts. 1.297 a 1.313), versando sobre os limites entre prédios, direito de tapagem e direito de construir.[125]

Declara grande consonância com a lição de San Tiago Dantas e, ademais, com a de Fábio Maria de Mattia. No que tange ao condomínio edilício, novamente o autor classifica as limitações com o critério da legalidade, inseridas nas condicionantes da propriedade. Valerá para Dabus Maluf, no caso em tela, a já citada doutrina de Gustavo Tepedino.

Duas diretrizes básicas orientariam a relação condominial juntamente com o Código: o Regulamento Interno e a Convenção, ambos os documentos adequados a cada realidade, possuindo eficácia que deveria ser preventiva. Perceptível como a propriedade no contexto do condomínio edilício é entendida para o autor como limitada significativamente.

Variante recente de condomínio examinada no conjunto de limitações do domínio abrange o chamado *time-sharing*. Por meio desse instituto, submete-se imóvel à propriedade apenas por um período relativamente curto, notadamente relacionado às férias. Tal processo culmina com a venda de um único objeto a mais de um proprietário. Convivem duas hipóteses de *time-sharing*: próprio, cujo período anual de titularidade é fixo; e o impróprio, em que se conhece igualmente o tamanho do prazo, entretanto, o início e o fim são indeterminados.

Como é implícito no condomínio edilício, também no *time-sharing* as partes comuns são divididas em frações ideais, assim como dispõe Gustavo Tepedino. Além dos direitos, os deveres do condômino, versados no Código Civil, são aplicáveis na hipótese recente. Quanto às vantagens para as pessoas envolvidas, Dabus Maluf afirma:

> (...) qual a vantagem desse segundo sistema [*time-sharing* impróprio] para o empreendedor?
> (...) Nessa segunda modalidade, a Administração pode manipular o período como melhor lhe aprouver, ficando com ampla liberdade para oferecer ao usuário que possui apenas uma quota um período de baixa estação, reservando ao grande quotista as melhores estações do ano.
> Para o condômino, o primeiro sistema [*time-sharing* próprio] apresenta-se com maiores vantagens, pois, sendo ele detentor de uma fração ideal de terreno, tem um direito real *erga omnes*. E, sabendo de antemão qual o número da unidade e o período de uso, pode exigir seu direito de ocupação nos dias estipulados no contrato de venda e compra. Com isso cerceia o condômino a liberdade do empreendedor e da administração do condomínio.[126]

---

[125] MALUF, Carlos Alberto Dabus, op. cit., p. 177-178.
[126] Ibidem, p. 181-182.

6.2 Os Limites do Direito de Vizinhança

Após o tratamento da propriedade e de toda sua previsão no ordenamento, passa-se a examinar especificamente o direito de vizinhança e seus limites. Essa expressão é válida em sentido amplo, ou seja, os limites do direito vicinal não são apenas relativos aos limites da propriedade em si, mas esses limites são também dotados de princípios, normas e orientações, doutrinárias ou jurisprudenciais.

A propriedade não se anula por conta do estudo de sua natural delimitação:

> (...) se a teoria da personalidade não quiser ser apenas, como no Liberalismo, uma mera possibilidade aberta aos fortes, mas se quiser ser, na Democracia, uma possibilidade igual para todos, carece de sofrer uma modificação. É preciso que dê também um lugar, ao lado do direito *de* propriedade, ao direito *à* propriedade, ou, se quisermos, a um direito *ao* trabalho.[127]

Pela magnitude da temática abordada, busca-se nesse ponto abranger apenas alguns princípios basilares da vizinhança, sendo esses os elementos primordiais para entender as situações que constituem o verdadeiro conflito vicinal, sua previsão e sua resolução.

Seria possível, destarte, elucidar termos chaves, quais sejam: *mau uso*; *abuso de direito*; *atos emulativos*; *responsabilidade*; *lesão*; *preocupação*; *tolerabilidade*; *uso nocivo*; entre outros, que se desenvolverão ao discorrer de cada um dos conceitos já supracitados.

Iniciando-se com a noção de *mau uso*, novamente cara a lição de San Tiago Dantas. Esse conceito, atrelado ao antigo ordenamento, era de difícil percepção – apesar de mencionado em inúmeras esferas, não havia sua conceituação específica, o que legava ao magistrado a profundidade do instituto. Mesmo naquele período, apesar da necessidade da convivência, a relativa incerteza diminuiu sua abrangência e ajudou a desenvolver a teoria da *tolerabilidade*.

No que tange aos *atos emulativos*, vislumbramos teoria tradicional, presente desde a Idade Média e com entendimento pátrio. Tal instituto, em síntese da doutrina já consolidada, seria: a ação de alguém, dentro de sua esfera de direitos, sem qualquer ganho com essa prática, com o único objetivo de prejudicar outrem. Novamente é perceptível, somente com a definição, ainda que tratemos mais da emulação, como é tarefa adversa identificar esses atos, pois o critério para caracterizar ato tão volitivo e desprovido de qualquer ganho por parte do proprietário é extremamente relativo e complexo.

Evidente que, desde o princípio do estudo dos atos emulativos, antes mesmo de caracterizá-los como parte do conjunto que engloba os conflitos de vizinhança, a prática

---

[127] RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 276.

desses atos é majoritariamente vedada (cada país tratava de uma maneira, prevalecendo a proibição), porquanto não pode prosperar ato que vise somente ao prejuízo de outra pessoa, sem qualquer fundamento ou necessidade no ato.

A doutrina sempre se debruçou sobre tais atos no âmbito da propriedade, pois seria esse contexto de domínio, atrelado à eventual rivalidade vicinal, tantas vezes corriqueira, a situação mais provável dos atos emulativos. Importa, ainda, ressaltar que o estudo remonta à Idade Média pelo fato de que na referida época os conflitos e rivalidades eram bastante comuns.

Já a noção de *abuso de direito* possui abordagem diferenciada de acordo com o momento em tela: por vezes, no período de San Tiago Dantas, por exemplo, era ignorada, por sua difícil identificação, assim como os atos emulativos; entretanto, quando esses atos foram considerados exageradamente subjetivos, a suposta "objetividade" da teoria do abuso fez sua aplicação aumentar significativamente; por fim, houve período em que estavam as teorias tão interligadas que se vislumbrou, de maneira interpretativa, inserida a *aemulatio* na própria previsão legal do abuso. Opta o doutrinador por declarar aplicável em seu tempo apenas o abuso de direito.

Outro princípio trabalhado, amparado sobretudo nas doutrinas francesa e italiana, diz respeito à responsabilidade sobre os danos causados a vizinhos, sem considerar os casos de culpa ou casos excepcionais – o ato, praticado nos limites da propriedade, e sem qualquer intenção negativa, causa dano, questionando-se a necessidade de reparar.

Grande parte dos doutrinadores (entre eles Capitant e Pothier) que trataram desse tema conta com outras estruturas, a classificar as relações vicinais, estabelecendo, além da extensão da culpa, relações diversas, quais sejam: *quase-delito*; *quase-contrato*; e até mesmo uma *teoria da obrigação legal de vizinhança*.[128]

Como se observa, é comum a essas interpretações associar o convívio entre vizinhos a uma relação jurídica e, a partir dela, estabelecer a necessidade de prestações pelas partes envolvidas. À doutrina brasileira do início do século XX não parece conveniente a aplicação desses conceitos, seja pela busca em se afastar da manutenção desses institutos, seja por afirmar que esses casos seriam excepcionais para o ordenamento pátrio de então.

Seguindo com os princípios que norteariam a relação vicinal, constituindo o cerne do relacionamento e do eventual conflito de vizinhança, nota-se o conceito de *lesão de direito*, para delinear quais condutas são permitidas.

---

[128] CAPITANT. *Des obligations de voisinage* e POTHIER, *Traité de contract du societe*, § 230, *apud* DANTAS, Francisco Clementino de San , op. cit.

Importa, nesse ponto, declarar que esse elemento, além de encontrar maior recepção, é parte de um binômio que inclui outro termo: a *lesão de interesse*. Enquanto a *lesão de interesse* trata de uma perda eminentemente econômica para o vizinho por ato do proprietário dentro de seu domínio, piorando, por exemplo, a vista do imóvel prejudicado, a *lesão de direito* fere incisivamente os direitos de domínio do vizinho com prejuízo.

A *lesão de direito* deve, para San Tiago Dantas, ser afastada, ao passo em que não se pode, *a priori*, evitar a *lesão de interesse*. Essa diferenciação entre os danos jurídico e econômico encontra arrimo na doutrina estrangeira. Ocorreria a *influência*, de acordo com Jhering, no caso de lesão de interesse, contudo, sem solução.

Bonfante complementa ao diferenciar a *esfera interna* da *esfera externa*. Se o ato do proprietário afeta a *esfera externa da propriedade* da vizinhança em questão, alterando a propriedade dos outros, ainda não se pode impedir. Somente quando os atos invadem a *esfera interna da propriedade* de cada vizinho é possível falar em atitude que se possa inibir.[129]

Outro elemento teórico vislumbrado na jurisprudência internacional, igualmente diminuído de sua relevância em meados do século XX e no âmbito do Código Civil prévio releva a chamada *teoria da preocupação*.

De acordo com essa doutrina, a anterioridade no estabelecimento do proprietário e da finalidade que confere ao seu domínio prevalece – dessa forma, quem primeiramente exerceu seu domínio possui um direito de preocupação, que define qual destinação é percebida como adequada para a vizinhança.

Como sempre, é necessário um cuidado especial na interpretação da preocupação, pois não se pode exigir, em um bairro com uma destinação, uma vizinhança centrada na finalidade de outra vizinhança completamente divergente, o que demanda parcimônia dos moradores.

No que tange à interpretação da norma, no âmbito do ordenamento pátrio, é possível afirmar que:

> *Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.
> (...)
> Interpretar uma expressão do Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.[130]

---

[129] BONFANTE, Pietro, Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza. *Rivista di Diritto Civile*, 1911, p. 517.
[130] MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 9-10.

Ao prosseguir com outro tema, de grande importância e citado por grande parte da doutrina, encontramos o conceito de *tolerabilidade*. Ainda que o referido tema possua, outrossim, elevada abrangência hermenêutica, com grande variação do que seria tolerável ou intolerável, tal mecanismo se mostra mais consolidado no seio da doutrina.

De acordo com o conceito supracitado, deve-se considerar a atitude do proprietário e todo o contexto da vizinhança para, a partir daí, identificar sua atividade como tolerável ou não. Apesar de constituir um estudo relativamente mais simples, é forçoso perceber que nele também reside a dificuldade para definir o que é tolerável, bem como notar a especificidade dessa noção: não se pode caracterizar qualquer *mau uso*, para citar outro elemento como exemplo, como ato intolerável.

Definir a *tolerabilidade* é algo inerente à responsabilização, relacionado a outras teorias que cuidam do vínculo vicinal e, ainda, presente em ampla doutrina, com resolução por vezes distinta de cada autor para abordar os critérios de *intolerabilidade*.

A *tolerabilidade* é tão relevante porque permeia todas as teorias e conceitos que fundamentam o conflito de vizinhança. A partir de sua evidência teórica, ela será um efeito auxiliar, em que cada teoria tomará como base se algum elemento teórico é *tolerável* ou *intolerável*, e daí concluir se há conflito de vizinhança e qual resolução é mais adequada.

Dessa forma, insere-se o termo no estudo da *imissão corpórea*, desde a Idade Média, a fim de trabalhar, em casos aparentemente similares, a *tolerabilidade* e, com isso, definir o que é tolerável. Quando se trata da emissão de fumaça, ou calor, em um conflito vicinal é possível conferir razão até mesmo ao emissor, se entendido que seus atos, na medida da normalidade, é dizer, do *tolerável* ou *ordinário*, devessem ser aceitos. Não que o vizinho restasse incólume, mas ele deveria suportar certas emissões.

No que tange à teoria que estuda o que denomina *uso normal*, prosperando inclusive em nossa jurisprudência histórica, atenta-se, inicialmente, a outro questionamento. Jhering, expoente da formulação teórica em tela, prefere substituir a *imissio* pelo termo *interferência*, pois mais adequado para o autor.

Estabelece o doutrinador o binômio *pessoa* e *coisa*, com a interferência gerando *incômodo* e *prejuízo*, respectivamente, para, posteriormente, qualificar se o *prejuízo* ou o *incômodo*, pelas formulações atinentes à interferência e à tolerabilidade, poderiam cessar a conduta do proprietário vizinho.

Outro conceito interessante abrange a chamada *receptividade abstrata*. Já observava Jhering o quão relativo seria definir a interferência e os problemas por ela causados, tanto para o magistrado como também para quem reclama seus direitos. A

receptividade, destarte, estaria condicionada às considerações dos vizinhos que desejam repelir os atos do proprietário em seu domínio, sendo a *receptividade abstrata* o limite geral do tolerável. Essa teoria condensaria, pois, a soma da *receptividade ordinária* com um uso considerado normal da propriedade.

Mais uma teoria a complementar o estudo do tema demonstra uma espécie de contestação ao *uso normal*: a teoria da *necessidade*, elaborada principalmente por Bonfante. Critica o doutrinador o subjetivismo que define *uso normal*, mesmo quando amparado pela *tolerabilidade*, alertando pela busca de novos critérios.

O romanista principia por desvincular o termo *interferência* de uma abordagem essencialmente física, trazendo noção social; ademais, sinaliza como supracitado a limitação do estudo à hipótese de invasão da *esfera interna da propriedade* do vizinho, excluindo os casos de *lesão de interesse*.

Segue, ao substituir a *normalidade* pela *necessidade*: descarta-se a qualificação de ser ordinário o uso da propriedade, mas se é fundamental para a manutenção da vida cotidiana, do ordenamento civil, e se é, em regra, conduta vista como inafastável.

Importa trazer o conceito de *necessidade geral*. Paralelo à *receptividade abstrata*, procura formular um critério seguro de delimitação, e remete ao ideal de *necessidade geral do povo*, em oposição à arbitrariedade que havia ao qualificar de necessidade geral aquela atinente a cada proprietário. Cita, como exemplo histórico, a supracitada *actio aquae pluuiae arcendae*. A teoria da *necessidade* também foi examinada com ressalva por outros autores.

Outra teoria, formulada por Brugi, é denominada de *officium iudicis*. Como se percebe a partir da nomenclatura, restaura a relevância decisória do juiz e sua importância na consolidação dos limites da propriedade, a fim de majorar a função do magistrado em comparação com a lei. Tal teoria se encontra diminuída, sobretudo hodiernamente, com o amparo legal e constitucional cada vez maior em nosso ordenamento.

O *uso nocivo*, tratado largamente e em obra específica por Vilson Rodrigues Alves, busca complementar o estudo da temática vicinal, ao cuidar de teorias como as aqui referidas e sintetizar entendimento a fim de demonstrar as características do uso, comparando-o, por exemplo, com as noções de *mau uso* e *abuso de direito*. Assim estabelece:

> Tudo, no que se refere a uso nocivo da propriedade, se passa no campo da objetividade.
> Efetivamente, é o uso nocivo da propriedade contrariedade objetiva a direito.
> Não se prescinde da conduta humana. Por isso, não se pode aludir a uso nocivo da propriedade sem que se não esteja a pressupor ato.
> Há o ato, considerado esse ato em sentido amplo. E porque o que importa é a objetividade; há o fato.
> O mau uso da propriedade é, pois, ato-fato.

> Não se trata de ato jurídico *stricto sensu*, porque no que há uso nocivo da propriedade, nenhuma relevância tem o *quid* psíquico, de nada importando o que o usuário quis expressar de sentimento, conhecimento, vontade.
> Nem mesmo, de negócio jurídico: ele e o ato jurídico em sentido restrito constituem o campo psíquico dos fatos jurídicos, o que já afasta a qualificação do mau uso como negócio jurídico. No negócio jurídico, assente a essencialidade do elemento volitivo (...).
> Não é, com toda evidência, o que se dá no suporte fático dos usos ruins da propriedade.
> Também não se trata de fato jurídico *stricto sensu*, já que nele, uso, há o ato humano *lato sensu*.
> O que ocorre, em tais suportes fáticos, é o ato; do uso humano, com o conceito dele explicitado, não se prescinde.
> Mas é também, com o ato, fato, porque se prescinde de qualquer consideração de sua não-objetividade, de dolo ou de culpa; de emulação, ou do abuso do direito, (...).
> Por isso, o uso nocivo da propriedade é ato e é fato: ato-fato.
> O *quid* psíquico, peculiar aos atos jurídicos *stricto sensu* e aos negócios jurídicos, é abstraído pelo direito, de modo que sem ele é que o ato entra no mundo jurídico. E o direito, a despeito da conduta humana, do ato, só aprecia o uso como fato (...).
> Além de ato-fato, é ele nocivo, faticamente, a bens jurídicos tutelados pelo Direito.
> É, pois, contrário a direito e, assim ilícito, mas ilícito em sentido amplo, não-culposo.
> O uso nocivo da propriedade é ato-fato ilícito, contrariedade a direito objetiva, sem culpa portanto, que obriga a indenizar em certos casos.
> Por isso mesmo, é irrelevante, dada a abstração da subjetividade do usuário, saber se ele quis ou não usar mal a propriedade; se obrou culposamente, ou dolosamente; (...).[131]

6.3 O Consenso Comunitário e as Modificações do Direito de Propriedade

Conhecidas as orientações doutrinárias e os princípios do Direito Vicinal, passa-se agora ao estudo do consenso comunitário. Nesse exame, fundamental a discussão sobre como se promove a composição do conflito de vizinhança – agora já especificado, sem abranger toda e qualquer disputa no âmbito da propriedade – e o contraste entre as possíveis soluções e o direito de propriedade.

Há, outrossim, termos básicos para a compreensão do tema, bem como um sistema sucessivo, o qual implica em determinada ordem para a resolução dos conflitos de vizinhança. Importam, destarte, as noções de: *vizinhança industrial*; *interesse público*; *cessação* e *indenização*. A propriedade também deve ser analisada de acordo com a sua mudança, porquanto o entendimento da *função social da propriedade* e até mesmo de seu retorno às tradições do direito pode alterar os mecanismos de solução dos conflitos.

As questões vicinais são dotadas de grande abrangência, podendo inclusive surpreender como seus critérios rígidos, a fim de diferenciar e elucidar os conflitos, retiram dessa esfera do direito discussões polêmicas e atinentes às normas. É possível mencionar, como exemplo, o tratamento conferido às casas de tolerância.

---

[131] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 344-355.

Ainda que haja repúdio por parte da sociedade ao uso do domínio para tal finalidade não existe, para diferentes autores supracitados, interferência que justifique reclamação ou medida judicial de natureza vicinal. Evidente que devem ser afastados os eventuais abusos cometidos por conta de exploração da atividade por outrem, contudo, apenas de dimensão jurídica diversa, como a penal, poderia se valer vizinho que discorda das condutas praticadas.

Sem incômodo intolerável, não se encontra um conflito de vizinhança no sentido estrito, interferência prejudicial essa que pode ocorrer com maior frequência no condomínio edilício, como alerta Rodrigues Alves ao tratar do *uso nocivo da propriedade*, já com maior probabilidade, no caso em tela, de repelir a finalidade.

Entenda-se, ainda, que os novos princípios orientadores da *função social* encontraram diferentes momentos e graus de positivação, pelo que, atualmente, difícil se torna a manutenção de referida atividade no imóvel após a notificação do que realmente ocorre, isso sem mencionar a vedação aos atos contrários aos bons costumes contida no artigo 1.336 do Código Civil.

De igual rigor se trata quanto às edificações que contrariem os preceitos residenciais de um bairro. Hipótese de construção não é única, apenas mais clara. De tal modo, questionável a atividade comercial, em certos casos, em região de cunho residencial, não apenas pelo fluxo de pessoas que altera as características vicinais, mas também pelas interferências de ruído aos imóveis próximos.

Vale ressaltar, novamente, que o elemento diferencial e lapidar da questão diz respeito à *tolerabilidade*. Sempre haverá interferência, ou mesmo imissão – que além de material, é essencialmente corpórea – enquanto houver alguma variedade de contato entre propriedades distintas, mas somente as intoleráveis e adequadas aos preceitos já citados de *uso anormal* são cabíveis de repúdio comunitário fundamentado e ação para afastamento de condutas.

Cada variante de propriedade implica um relacionamento entre os vizinhos e, consequentemente, o consenso comunitário, sua convenção formalizada e suas reclamações. É inevitável o contato entre os proprietários, ou mesmo usuários da propriedade, nas relações vicinais, mas é notável um contato maior no condomínio edilício. Assim versa sobre o tema, e o conceito de *affectio*, Vilson Rodrigues Alves:

> (...) há vizinhos ligados e não, livres, no condomínio em edifício.
> Decorre, isso, das próprias dimensões espaciais em que se inserem na comunhão. Tal circunstância acarreta aos vizinhos comunheiros maior

> intimidade do que se verifica entre os vizinhos comuns, não-comunheiros, de rua ou de fundos.
> Por isso mesmo, essa vizinhança, especial em relação à outra, apresentando situações que não se verificam na outra, comum, demanda um regramento mais extenso.
> Exemplificam-no: a restrição, na dimensão do tempo, do exercício do uso da propriedade, com o fechamento do portão de acesso ao logradouro público às 22h e a abertura às 6h; a restrição quanto à audição de aparelhos de som.
> No entanto, não chega essa peculiaridade a configurar *affectio*, afeto entre os comunheiros.
> Comunhão *pro diviso* não é sociedade, ainda se familiares são os comunheiros; a *affectio societatis* é elemento acidental nas comunhões *pro diviso* e, pois, nos condomínios em edifícios.
> Por outro lado, se não se chega à *affectio*, vai-se além do que se observa nas relações de vizinhança não-comunheiras. Nelas, com efeito, em face da maior intimidade verificada entre os vizinhos, incluem-se, como pessoas vinculadas, não somente os que sejam, também os que estejam vizinhos, tais os meros freqüentadores do edifício.[132]

A parcimônia relativa ao *tolerável* persiste no contexto do condomínio edilício, bem como nas qualificações legais que tornam caros o sossego, a saúde e a segurança, em inúmeras esferas da convivência mútua do edifício.

Ocorre, destarte, o *uso nocivo* em cada unidade do condomínio edilício, ainda que na esfera privada, desde que os atos causem interferências intoleráveis aos vizinhos. Muitos edifícios residenciais, sobretudo hodiernamente, permitem que os proprietários possuam animais de estimação, entretanto, uma série de características deve ser respeitada para que o animal seja aceito, desde o tamanho e a saúde até a intensidade dos ruídos que produz.

De igual maneira, não influencia, necessariamente, a falta de higiene do condômino, exceto quando acontece nas partes comuns do edifício. Ainda assim, se a negligência com a higiene, dentro do espaço privado, prejudica os vizinhos e sua saúde vedada a conduta pelas normas constantes do Código Civil.

Os preceitos de segurança e sossego são assegurados, bem como os bons costumes, conquanto seja problemático delimitar a noção de *bons costumes*. Atualmente, repreensível uso contrário ao *pudor* aceito socialmente, sem mencionar qualquer outra conduta criminosa, visto que a hipótese não seria exatamente de conflito vicinal, mas de natureza penal, submetida ao direito, mas com medida diversa.

A jurisprudência varia quando o Judiciário é questionado para resolver os conflitos, ao que haverá capítulo especial para o exame do entendimento forense. San Tiago Dantas propõe sistemática ordenada e sucessiva para a solução, a saber:

---

[132] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 283-284.

> (...) pode o juiz compor de tres modos o conflito de vizinhança:
> 1.° – verificando que os incômodos são normais, e que não o seria privar o interferente da livre prática dos atos reclamados, o juiz mandara tolerar os incômodos, atuando o direito de vizinhança, gratuitamente concedido a todos os proprietários, de terem as suas imissões toleradas pelos proprietários dos prédios vizinhos;
> 2.° – verificando, porem, que os incômodos são excessivos por ser anormal o uso da propriedade que lhes dá origem, o juiz indagará si a supremacia do interesse público legitima este uso excepcional; si legítima, e si a ofensa à saude, segurança ou sossego não é de molde a inutilizar o imovel prejudicado, o juiz manterá os incômodos inevitaveis, e pela expropriação que assim inflinge ao proprietário incomodado, ordenará que se lhe faça cabal indenização (direito oneroso de vizinhança);
> 3.° – si, porem, o interesse público não legitima o uso excepcional, é de "mau uso" que se trata, e o juiz o mandará cessar.[133]

Cumpre ressaltar, ademais, que os critérios supracitados de San Tiago Dantas poderiam ser admitidos atualmente, de acordo com a regra do artigo 1.277 do Código Civil de 2002, porquanto se refere a teoria ao correspondente artigo 554 do Código Civil de 1916.

Percebe-se, no doutrinador, a preocupação corrente em distinguir a dimensão privada do interesse público, porquanto a vizinhança industrial demandaria previsão diversa, tendo em vista sua aplicação ampla. Tão significativa se revela a questão econômica, aliada aos atos administrativos, que há classificação especial aos casos de vizinhança industrial:

> (...) Nenhum ato da administração está isento de ser revisto pelo poder judiciário, e por conseguinte deante do conflito submetido ao seu julgamento, tem o juiz tres soluções para eventualmente oferecer às partes:
> 1.ª – mandar tolerar as interferências verificadas;
> 2.ª – manda-las cessar;
> 3.ª – manda-las tolerar, obrigando porem o *proprietário interferente* a pagar ao *interferido* uma indenização.[134]

Todos os elementos que formam a noção de consenso comunitário e de sua inserção no debate que procura fundamentar, ou mesmo resolver, os conflitos de vizinhança são parte de um contexto maior, que trata da conceituação da propriedade em diferentes períodos históricos, daí a necessidade de novamente se debruçar sobre o instituto de direito real.

Como previamente tratado, após evolução doutrinária, a propriedade desenvolveu, em nível legal e constitucional, novas características e princípios. É a partir da adoção da *função social* como diretriz, entre outros pontos limitadores, que se aumenta a possibilidade de compreender a propriedade dotada de contornos não mais

---

[133] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, op. cit., p. 329-330.
[134] Ibidem, p. 218-219.

sujeitos ao individualismo pleno. Há, simultaneamente, estudos que abordam a tradição jurídica, de modo a complementar a propriedade com natureza híbrida.

Serve, a título de ilustração da variedade interpretativa, a lição do doutrinador espanhol Jose Luis de Los Mozos. Em fase de estudo do direito de propriedade no ordenamento de seu país, conceitua o instituto jurídico de maneira a vislumbrar divergência entre suas características e seus atributos, ao tempo em que versa sobre as alterações sofridas pelo domínio com o tempo.

As características representariam o caráter da propriedade em seus variados escopos, é dizer, esse domínio tem caráter dotado de *abstração*, *generalidade* e *elasticidade*, o que consta de sua natureza intrínseca e indissociável. Já no que tange aos atributos, a propriedade é *exclusiva*, *absoluta* e *perpétua*. Conferem os níveis de proteção aos direitos sobre o bem, passando, outrossim, por significativa mudança no transcorrer do desenvolvimento jurídico.

Impressiona a plena conciliação que alguns desses termos, todavia de amplitude de poder, possam ter com as mudanças do direito de propriedade. O conceito supracitado de *generalidade* demonstraria, em tese, relevância maior à propriedade em detrimento de outros direitos reais, por abarcar todos os poderes por ela garantidos em relação ao bem. Quando cita Lacruz, no entanto, revela que o mesmo preceito de *generalidade* é responsável por tornar a *função social* tão perene no âmbito do domínio:

> *La consecuencia más importante, desde el punto de vista de la protección del derecho de propriedad de esta nota de generalidad, es la presunción de libertad del dominio. No formulada específicamente en ningún precepto de Código civil, pero contenida en otros muchos artículos (arts. 350, 358, 540, etc.). Esto supone que mientras el dominio se presume libre de cargas y gravámenes, el derecho limitado y, por ello, limitativo del dominio, queda como la excepción a la regla general y debe ser probado. En la gestación del concepto moderno propriedad como 'dominium plenum' y en la lucha por la eliminación de vinculaciones y amortizaciones de origen feudal, este principio se expresaba como el de la libertad de los fundos, concepto que todavía recoge la Ley Hiptecaria (arts. 38 y 225) y en su Reglamento (art. 51, 7.ª).*
>
> *Finalmente, es oportuno indicar que, como dice J. L. Lacruz, 'su potencial generalidad hace asimismo del dominio el paradigma del derecho sobre las cosas. De ahí que, en principio, la crítica de la actitud del legislador frente a la relación hombre-cosa se haga en relación con la propriedad. De ella se dice que cumple (o no) una función social; mientras que apenas se habla de la socialidad o antisocialidad del régimen del usufructo o de las servidumbres, pese a que el uso y el goce de las cosas en virtud de tales*

> *derechos en muchos aspectos no difere del que se realiza en ejercicio de la propriedad'.*[135]

Tampouco a qualificação como *absoluto* retira as limitações da propriedade, nem lhe distancia do panorama em que se insere, pelo que se absorve do seguinte trecho:

> (...) *'Esta concepción [de que qualquer limitação à propriedade seria estranha] nacida del individualismo liberal de la segunda mitad del siglo XIX, revela, como mucho, un ideal filosófico, pero jamás ha sido de Derecho positivo. Jurídicamente, la propriedad no se define más que surgiendo de límites, mojones y restriciones.' Tampoco venimos diciendo otra cosa (...) a la vista del desenvolvimiento de la tradición jurídica y de su cristalización en el Código civil.*
> *En definitiva, el carácter absoluto del dominio no quiere decir que este derecho no tenga limitaciones, sino que, a pesar de tenerlas, así resulta de la generalidad, de la abtracción y de la elasticidad del mismo, como notas que guardan una estrecha relación com su contenido y estructura, viniendo a mostrar de manera eminente la naturaleza de tal derecho* (…).[136]

O consenso comunitário se adapta, pois, não somente às situações fáticas, mas também ao tratamento jurídico conferido à propriedade, de modo que deve haver cautela temporal que defina o conflito de vizinhança, a tolerabilidade de interferências e as medidas cabíveis à resolução do embate vicinal.

---

[135] DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propriedad*: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, p. 240-241. "A consequência mais importante, do ponto de vista da proteção do direito de propriedade desta nota de *generalidade*, é a *presunção de liberdade do domínio*. Não especificamente formulada em nenhum preceito do Código Civil, mas contida em muitos outros artigos (artigos 350, 358, 540, etc.). Isso supõe que, enquanto o domínio é presumido livre de encargos e gravames, o direito limitado e, portanto, limitante do domínio, permanece como uma exceção à regra geral e deve ser comprovado. Na gestação do conceito moderno de propriedade como '*dominium plenum*' e na luta pela eliminação de vínculos e amortizações de origem feudal, este princípio foi expresso como o da *'liberdade dos fundos'*, conceito que ainda está incluído na Lei Hipotecária (arts. 38 e 225) e nos seus regulamentos (artigo 51, 7. ª).
Finalmente, é apropriado indicar que, como diz J. L. Lacruz, 'sua potencial generalidade igualmente faz do domínio o paradigma do direito sobre as coisas. Daí que, em princípio, a crítica da atitude do legislador perante a relação homem-coisa seja feita em relação à propriedade. Diz-se dela que cumpre (ou não) uma função social; enquanto que apenas se fala do caráter social ou antissocial do regime de usufruto ou servidão, em que pese o uso e o gozo das coisas em virtude de tais direitos em muitos aspectos não difere do que é realizado no exercício da propriedade'".

[136] Ibidem, p. 244-245. "(...) 'Essa concepção [de que qualquer limitação à propriedade seria estranha] nascida do individualismo liberal da segunda metade do século XIX, revela, na melhor das hipóteses, um ideal filosófico, mas que nunca foi positivado. Juridicamente, a propriedade não se define mais do que como surgindo de limites, marcos e restrições'. Também não se quis dizer outra coisa (...) tendo em vista o desenvolvimento da tradição jurídica e sua cristalização no Código Civil.
Em suma, o caráter *absoluto* do domínio não significa que esse direito não tenha limitações, mas sim que, apesar de tê-las, assim resulta da *generalidade*, da *abstração* e de sua *elasticidade*, como notas que possuem uma relação próxima com seu conteúdo e estrutura, vindo a mostrar eminentemente a *natureza* desse direito. (...)".

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO VIZINHO ANTISSOCIAL

Estudados os institutos da propriedade e do direito vicinal, além do exame histórico do conteúdo, é possível partir à análise da responsabilização civil do vizinho antissocial. As conclusões obtidas até o presente capítulo referendam um desenvolvimento constante do conceito de propriedade; a aceitação da *função social* como princípio positivado nas normas atuais, em nível constitucional; as alterações legais trazidas pelo novo Código Civil de 2002; e os limites oriundos do direito de vizinhança.

Impossível, destarte, adotar qualquer noção total e intransponível da propriedade. Há prerrogativas que devem ser respeitadas, bem como é lícita conduta que não seja vedada por lei, pois primaz o Princípio da Legalidade, sobretudo dentro dos limites do domínio. Indesejável, entretanto, que se exacerbe o direito de propriedade ao ponto de prejudicar o conjunto de vizinhos.

Já lecionava há muito San Tiago Dantas, denotando a responsabilização por atos dentro da propriedade que afetassem os vizinhos, quanto aos limites do proprietário. Observou, no final da década de 1930, que o artigo 554 do Código Civil então vigente, correspondente ao artigo 1.277 do atual Código Civil, afastava do complexo a englobar o *direito de propriedade* a prática de um *mau uso da propriedade*.

Proporciona o autor, ademais, um estudo comparativo com as doutrinas de ordenamentos estrangeiros, entre elas a francesa, a fim de estabelecer diretrizes que arrimem a responsabilização. San Tiago Dantas percebe que são necessárias ressalvas, porquanto os princípios doutrinários complementam a legislação e, portanto, são positivados de maneiras diferentes, o que exige cautela na adoção desses aspectos:

> É porém indispensavel na pesquisa que empreendemos, jamais perder de vista esta distinção dos problemas, pois vamos manipular doutrinas extrangeiras, concebidas fora dos quadros legais que possuimos, e onde nem sempre a questão do critério de tolerabilidade foi posta em terreno próprio, alheio ao da responsabilidade pelos danos.
> É verdade, que essas funções, distintas embora, são conexas, e que a solução dada a uma repercute decisivamente sobre a que daremos à outra. Si por exemplo chegamos a traçar um limite às imissões, do mesmo passo afirmamos que até esse limite são irressarciveis os prejuizos sofridos pelos vizinhos; e igualmente si afirmamos que um proprietário é responsavel pelos danos que indiretamente inflinge, somos cedo levados, pelo desenvolvimento do raciocínio, a indagar si essa responsabilidade se extende a todos os danos ou a um número deles mais limitado. Foi mérito de BONFANTE haver distinguido com meridiana clareza os dois problemas, lembrando que cada um deles está em relação com o exercício de uma ação própria, a qual é, para as imissões excessivas, a negatória, e para os danos causados a de ressarcimento. Nós acrescentaríamos: a de ressarcimento ou a de dano infecto, já que pode ser empregado uma ou outra, conforme o dano seja verificado ou iminente.[137]

[137] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. , op. cit., p. 78-79.

É perceptível, tanto pelo excerto destacado como pelas referências à obra do professor da Universidade do Brasil, que é caro o conceito de *tolerabilidade*, prévio inclusive às teorias da Europa que justificarão a responsabilidade civil do proprietário. Cumpre ressaltar que, apesar de o termo *responsabilidade* remeter à culpa e ao dolo, nenhuma das referidas acepções se relaciona ao caso em tela: o conflito de vizinhança puro ocorre, necessariamente, sem culpa ou dolo do proprietário, todavia sua responsabilidade e seu dever de evitar o prejuízo persistem.

No ordenamento espanhol, demonstra-se, outrossim, o cuidado legal com a responsabilização. A legislação ibérica se mostra mais evidente e mais arraigada às previsões de culpa e de excessos, a ponto de afirmar categoricamente que está sujeito o condômino edilício a perder o uso da coisa, como declara De Los Mozos:

> (...) *existen normas concretas en materia de propriedad horizontal (arts. 7 y 19 Ley de Propriedad Horizontal) que prohíben a cada condueño la realización de actividades molestas, nocivas, insalubres, inmorales o peligrosas, pudiendo el infractor ser privado del uso de locales o apartamentos. La propria L. A. U. (artículo 114, 8) autoriza el desahucio, a iniciativa del proprietario o arrendador o a petición de un numero determinado de vecinos cuando el arrendatario realice tales actividades. Por otra parte, como ya veíamos anteriormente, existe una amplia regulación administrativa que impone límites al ejercicio de actividades molestas, insalubres nocivas o peligrosas.*
> *Ante esta situación y teniendo en cuenta el conjunto de preceptos aplicables, cabe resumir que las relaciones de vecindad dan lugar a obligaciones y responsabilidades de tipo diferente, a saber: a) responsabilidad por culpa o negligencia del proprietario (arts. 1.906 y 1.907 C.c.); b) responsabilidad derivada del riesgo que produce la actividad, aunque no exista culpa del proprietario, como es el caso del artículo 1.908 C.c. y de las disposiciones administrativas sobre actividades molestas, peligrosas o nocivas; c) la autorización administrativa para instalar uma industria o realizar unas obras, no coloca al industrial o al dueño al margen de la posible responsabilidad derivada del artículo 1.902 C.c., como ha reconocido la jurisprudencia en numerosas ocasiones (142); d) cabe hablar también de una responsabilidad por destino anormal de la cosa o ejercicio del derecho, como es el caso que contemplan los artículo 7 y 19 de la Ley de Propriedad Horizontal y artículo 114, 8, L. A. U. y el más general del abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo (art. 7, 2, C.c.).*[138]

[138] DE LOS MOZOS, Jose Luis, op. cit., p. 283-284. "(...) existem normas concretas em matéria de *propriedade horizontal* (artigos 7 e 19 da Lei de Propriedade Horizontal) que proíbem cada condômino de realizar atividades impertinentes, nocivas, insalubres, imorais ou perigosas, podendo o ofensor ser privado de uso de instalações ou apartamentos. A própria L. A. U. (artigo 114, 8) autoriza o despejo, por iniciativa do proprietário ou arrendante ou a pedido de um certo número de vizinhos quando o inquilino realizar essas atividades. Por outro lado, como vimos anteriormente, existe uma ampla *regulação administrativa* que impõe limites ao exercício de atividades impertinentes, insalubres, nocivas ou perigosas.
Dada esta situação e tendo em conta o conjunto de preceitos aplicáveis, pode-se resumir que as relações de vizinhança dão lugar a obrigações e responsabilidades de tipo distinto, a saber: *a)* responsabilidade por culpa ou negligência do proprietário (arts. 1.906 e 1.907 Cc); *b)* responsabilidade derivada do risco que a atividade produz, mesmo que não haja culpa do proprietário, como é o caso do artigo 1.908 C.c. e das disposições administrativas sobre atividades impertinentes, perigosas ou nocivas; *c)* a autorização administrativa para instalar uma indústria ou realizar obras não isenta o industrial ou o proprietário da responsabilidade possível derivada do artigo 1.902 C.c., como a jurisprudência reconheceu em diversas ocasiões (142); *d)* também é possível falar de uma responsabilidade pelo destino *anormal* da coisa ou exercício do direito, como é o caso contemplado nos artigos 7 e 19 da Lei de Propriedade Horizontal e artigo 114, 8, LAU e o que há de mais geral de abuso do direito e exercício antissocial do mesmo (Artigo 7, 2, Cc)".

Muitas teorias visam a fundamentar a responsabilização do vizinho antissocial, como as versadas em fragmento do trabalho atinente aos limites do direito de vizinhança. De acordo com os entendimentos de Vilson Rodrigues Alves[139] não se aplicam as teorias da *emulação* nem a do *abuso do direito* para justificar a responsabilidade civil do proprietário.

Válidas, nesse momento, considerações sobre o *abuso de direito*. Tal construção jurídica pertence a contexto maior que o direito de propriedade, ou mesmo os direitos reais, abarcando distintas áreas de estudo. Na doutrina, há extensa previsão do fenômeno, como a promovida por Francisco Augusto Cunha de Sá. O primeiro aspecto a demonstrar de que modo se forma o *abuso do direito* (nomenclatura mais aceita) diz respeito a seu aparecimento durante o exercício de um determinado direito.

Não pode tampouco estar a percepção do abuso vinculada à pura interpretação ou à associação com um dano e seu nível de anormalidade. É Porcherot quem primeiramente nota que o abuso ocorre com o *desvio da finalidade* ou *da normalidade*, não do excesso na constância de um direito. Reitera Gény a visão, por meio da contextualização da lei e da intenção do legislador no momento de interpretação moral e da aplicação da norma.

Josserand compartilha das referidas teorias, ao que complementa com a divisão dos direitos em três grupos distintos, quais sejam: os de *espírito altruísta*; os de *espírito egoísta*; e os direitos que "não fossem causados". Enquanto os direitos de espírito altruísta atingem seu titular justamente para a satisfação de interesses exteriores, os de espírito egoísta buscam realizar os próprios interesses do seu titular – mas errôneo pensamento que isola os dois interesses, sem se preocupar com a coletividade, daí porque a propriedade se limita:

> (...) [a categoria dos direitos de espírito egoísta] seria composta por todas aquelas prerrogativas cuja última finalidade ou razão de ser (a satisfação dos interesses da sociedade) se serviria do egoísmo individual e da satisfação dos interesses pessoais do respectivo titular como meio de se realizar; aqui, o egoísmo, isto é, a utilização do direito para a satisfação das necessidades próprias do titular, com exclusão dos interesses alheios, estaria dentro do plano da instituição e o desinteresse seria pernicioso, porque antifuncional ou contrário ao espírito do direito.[140]

O doutrinador português concorda com Josserand ao afirmar que a conduta *egoísta*, além de perigosa e anulatória ao direito, possui grande abrangência, pois conteria não apenas um ato para prejudicar de forma intencional, mas conduta que desvie o direito de sua função social:

---

[139] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 336-345.
[140] SÁ, Francisco Augusto Cunha de, op. cit., p. 406-407.

> (...) Este *egoísmo* não estaria apenas no acto realizado com intenção de prejudicar, mas mais amplamente no realizar o acto numa direcção diversa da direcção social do direito a que ele corresponde; e a *relatividade* dos direitos seria postulada, desde sempre, pela sua própria origem (...). Daí que todas as prerrogativas mesmo as mais individuais e as mais egoístas, sejam ainda produtos sociais, tanto na forma, como no fundo, e que fosse inconcebível que pudessem, segundo o bel-prazer dos seus titulares, afastar-se da sua marca original e serem utilizadas para qualquer necessidade, mesmo que inconciliável com a sua filiação e com os interesses mais importantes e mais certos da comunidade que as concedeu, pois estas prerrogativas não são sociais apenas pela sua origem e pela sua génese, são-no ainda pelo fim para que tendem, pela sua *finalidade*.
> (...) Ao fim e ao cabo, para Josserand, a teoria do abuso do direito não é senão o reflexo da consagração, ou mais, pròpriamente, a *sanção* do espírito dos direitos, que deve ser actuado no sentido da sua missão social e em conformidade àqueles princípios gerais que estão 'subjacentes à legalidade e que constituem, no seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável e como que uma superlegalidade'. É porque os direitos são dotados de um certo espírito, isto é, de certa finalidade, que são relativos e que o seu uso se pode tornar abusivo.[141]

A crítica feita a Josserand por Cunha de Sá, contudo, versa justamente sobre a definição da *finalidade* do direito ao longo da História. Se é fato que uma conduta dentro do limite objetivo legal pode representar um desvio, acentuado pela mudança hermenêutica no tempo, também perigoso o processo que definiria esse desvio e o risco de novas ilegalidades.

Em retorno à obra de Vilson Rodrigues Alves, o mesmo ocorre com os conceitos de *uso normal*, *ato normal* e de *uso necessário*. Discorda o autor também quanto à *obrigação legal de vizinhança*, além da exclusão da *lesão do direito*, em oposição à *lesão de interesse*, pois insuficiente, em sua opinião, para explicar a *tolerabilidade* ou a necessidade de um *uso nocivo*.

Descarta, outrossim, a valoração do *ato ilícito*, assim como variado conjunto de doutrinadores, porquanto a *ilicitude* não coaduna com a matéria de conflito vicinal – trata o estudo do conflito justamente sobre atos *lícitos* nos limites da propriedade que, entretanto, não podem persistir.[142]

No que tange à teoria que se intitula de *o fato de não reparar*, pela qual a responsabilidade decorre da falta de indenização por um dano, e não pelo uso, tampouco inspira anuência. Não somente por valorizar efeitos no lugar de causas, mas também por aclamar o conceito de *culpa* que, como anteriormente explicitado, não se insere em inúmeras teorias sobre a responsabilização civil do vizinho antissocial.

Novamente enxerga a *culpa* na construção teórica que impõe o *dever de guarda ou controle da coisa*, razão mesma que invalida a referida teoria. Também presente a *culpa* na preocupação do *dano excessivo*, desse modo, ignorada a teoria para o autor. Qualquer consideração maior sobre o conceito de *culpa* deveria, em regra, ser diminuído.

---

[141] SÁ, Francisco Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, op. cit., p. 409-410, 414.
[142] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 269-278.

Não prospera, para Rodrigues Alves, teoria a cuidar do *risco*, visto que o exercício do direito da propriedade e o crescimento do dever de cuidado não afetariam a responsabilidade civil, com fundamento legal já a partir de 1916. Razão não caberia ao destaque da *imissão corpórea*. Ignorável a *imissio* para a ocorrência de *uso nocivo*, ao passo que sua presença não caracteriza, necessariamente, conflito de vizinhança.

Combate o doutrinador o *officium iudicis*, amparado no mesmo receio comum de que sua adoção elevaria indevidamente o poder do juiz, sendo o Judiciário e o poder decisório aqueles que realmente desempenhariam atividade legislativa imprópria. A concordar com a *ilegalidade* não se presta o autor, que a associa, mais uma vez, com a noção de *culpa*, tantas vezes tornada relativa e negada.

Patente, destarte, notar a estreita relação com a legalidade para Rodrigues Alves. Ela seria o fundamento norteador da responsabilização civil do proprietário, enquanto poucos conceitos da relação vicinal, quais sejam, a *tolerabilidade* e o *uso nocivo*, auxiliariam na delimitação do conflito de vizinhança e de sua resolução. Nesse sentido, afirma:

> (...) No entanto, em nosso Direito o fundamento da responsabilidade é simples.
> Porquanto haja regras jurídicas expressas, na lei mesma está esse fundamento.
> Efetivamente, são os próprios arts. 554 e 555 do Código Civil [correspondentes aos arts. 1.277 e 1.280 do atual Código, respectivamente] que declaram o fundamento da responsabilização do mau vizinho.
> Pode-se denominá-la, a teoria, de teoria da responsabilidade legal, que isso, se despiciendo, não deturpa o que se passa.
> Dizer-se que o fundamento de responder-se pelo mau uso da propriedade está no uso nocivo mesmo é elipse, como o é afirmar-se que ele está na própria lei; à base está a vedação a lesão, à segurança, à saúde, ao sossego e ao desfrute do imóvel.
> A necessidade de ter-se e manter-se a incolumidade físico-psíquica do vizinho é que levou à edição da regra jurídica escrita; aí, por conseguinte, o fundamento da responsabilização do que viola, inclusive pela futuridade não-eventual do dano, o bem jurídico tutelado pelo ordenamento.[143]

[143] ALVES, Vilson Rodrigues, op. cit., p. 610-611.

8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TEMAS CORRELACIONADOS

Fundamentados os aspectos legais e doutrinários atinentes ao direito de propriedade e ao direito de vizinhança, que seguem digressão histórica a fim de captar o desenvolvimento ideológico da presente temática, necessária se torna a análise jurisprudencial.

Na análise da jurisprudência destacada, pede-se vênia para se utilizar os critérios utilizados por Theodor Viehweg:

> 1. A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema.
> 2. As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele.
> 3. Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada.[144]

O aparato jurisprudencial se refere aos Tribunais de Justiça de cinco unidades federais – São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco – e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Com a amplitude do número de estados, busca-se perceber eventual uniformização de princípios, ou mesmo a variação decorrente de diversas interpretações, inseridas na constância da cultura de cada unidade autônoma.

Há, de fato, precedentes que não impedem a penhora ou alterações na propriedade, mesmo em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana:

> *EMBARGOS DE TERCEIRO - Penhora Imóvel Usufruto Penhora que recaiu sobre parte ideal da nua-propriedade de imóvel em que reside a mãe do executado na qualidade de usufrutuária vitalícia Ação julgada procedente, livrando o bem dos atos de constrição, aos fundamentos de dignidade da pessoa humana, de proteção ao idoso, de se tratar de bem de família e da proteção ao direito de propriedade Insurgência por parte do Banco Acolhimento Penhora sobre a nua propriedade que não obsta ou impede o exercício do direito de usufruto, a teor do contido no art. 1.353/CC, impedindo, quando muito, venda cômoda, já que a alienação de bem não atingira o direito de usufruto Precedente do STJ Sentença reformada, invertidos os ônus da sucumbência Recurso provido.[145]

O interesse social no contexto do meio ambiente, natural, histórico e cultural, contudo, encontra amparo judicial em mais de uma Corte estadual, como é possível vislumbrar nos seguintes julgados:

---

[144] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 89.

[145] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0029636-68.2011.8.26.0602 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Cível. Relator: Jacob Valente. Julgamento: 06/11/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

APELAÇÃO CÍVEL. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Mandado de Segurança. 1. Direito ambiental. Proteção ao bioma cerrado. Loteamento Vila Aviação B, localizado no Município de Bauru. Loteamento aprovado em 1947. Pretensão ao deferimento do pedido de supressão da vegetação nativa existente no lote. Órgão ambiental que, ao seu turno, aferindo que a vegetação nativa existente nos lotes é do bioma cerrado, determinou que a supressão atenda aos ditames da Lei Estadual nº 13.550/09, que dispõe sobre a utilização e proteção do cerrado. Ato administrativo que deve ser mantido. 2. Aprovação do loteamento que não implica em automática autorização para supressão da vegetação. Construção e supressão da vegetação nativa que devem observar a legislação ambiental em vigor no momento, conquanto as normas que tratam da proteção ao meio ambiente são de aplicabilidade imediata. Entendimento consolidado nas Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Limitação Administrativa. Agente administrativo que deve sopesar o direito de propriedade (cujo corolário é o direito de construir), sem vedá-lo inteiramente, mas preservando o máximo possível da vegetação. Sentença reformada, ficando denegada a segurança, com observação. Recursos oficial e voluntário providos.[146]

REMOÇÃO DE MORADORES ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL MERA DETENÇÃO AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR ALUGUEL SOCIAL INSERÇÃO EM PROGRAMA HABITACIONAL APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. PARQUE DA MENDANHA. ÁREA NON AEDIFICANDI. REMOÇÃO DE MORADORES. PAGAMENTO DE ALUGUEL SOCIAL E INSERÇÃO EM PROGRAMA HABITACIONAL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À MORADIA. INCIDÊNCIA DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DOS AUTORES PARA FINS DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. 1. Cuida-se de ação indenizatória proposta por autor que alega que é possuidor de imóvel que foi objeto de ordem de demolição por parte da Secretaria Municipal do Meio Ambiente pelo que formula pedido indenizatório e ainda postula sejam os réus compelidos a lhe inscrever em programa habitacional. 2. Repisa-se a ilegitimidade do Estado do Rio de Janeiro para integrar o polo passivo da demanda, tendo em vista que a demolição do imóvel foi levada a cabo pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente, por estar o mesmo situado em área de preservação ambiental, sendo certo, ainda, que a responsabilidade por eventual inscrição em programa habitacional incumbe ao Município do Rio de Janeiro. 3. Os autores residiam em imóvel construído em terras localizadas na Estrada Guandu do Sena, Caminho do Antônio Figueira, no Parque Municipal do Mendanha, no bairro de Bangu, nesta Cidade. 4. De certo que o Parque do Mendanha foi criado em 1993, sendo certo que desde o ano de 2003 houve inúmeros embargos de construções naquela localidade, tendo sido notificados inclusive diversos parentes da autora, conforme destacado pelo parquet. 5. Deste modo, desde 2003 estavam cientes os moradores ocupantes da área que não deveriam construir da localidade, o que autoriza à Administração Pública, no exercício regular do poder de polícia, determinar a demolição de obra irregular, inserida em área pública e de preservação permanente. 6. A construção habitada pelos autores situa-se em área non aedificandi, sendo insuscetível de gerar direitos possessórios e de propriedade, uma vez que não pode ser usucapida. (art.183, §3º, da CRFB/88) 7. Nesse passo, a ocupação da área pelo particular sem autorização expressa da Administração Pública caracteriza-se como mera detenção, incapaz de gerar proteção possessória ou indenização por acessões ou benfeitorias em face da ausência de preenchimento

[146] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação / Reexame Necessário nº 1021441-79.2015.8.26.0071 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública. Relator: Oswaldo Luiz Palu. Julgamento: 26/10/2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

dos requisitos inscritos nos arts. 1.219 e 1.255 do Código Civil. 8. Inexistindo ato ilícito praticado pelo Município, não que se falar em compensação por dano moral. Desprovimento do recurso da autora. 9. Não há que se falar em carência de ação a ser reconhecida, uma vez que o ajuizamento da demanda e a resistência do próprio réu promover de pronto a medida de realocação das famílias, demonstra a necessidade do provimento jurisdicional. 10. De certo que em decorrência da demolição da residência da autora, passou a mesma e sua família a residir na casa de parentes localizado em outro endereço. 11. Inépcia da petição inicial afastada, uma vez que a causa de pedir foi devidamente especificada, o pedido é certo e determinado quanto ao gênero e dos fatos trazidos decorre logicamente a postulação, na medida em que os demandantes afirmam a existência do fato constitutivo do direito alegado, bem como o evento violador desse direito. Preliminares rejeitadas. 12. Demolição administrativa que deveria ter sido precedida de remoção e reassentamento dos moradores, notadamente em respeito ao princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. 13. É sabido que a moradia é um direito social fundamental protegido pela Carta Magna, em seu art. 6º. 14. O direito fundamental à moradia, por ser indispensável para uma vida humana com dignidade, jamais pode ser sobrepujado pelo Poder Público ao argumento de limitações orçamentárias deste, não havendo que se falar em interferência do poder judiciário no mérito administrativo. 15. O pagamento de aluguel social e a inserção em programas habitacionais se inserem no universo das políticas públicas destinadas à implementação das garantias sociais prevista na Constituição da República, sendo perfeitamente possível que o Poder Judiciário envide seus esforços a fim de colmatar a referida omissão, sem que tal medida importe em violação ao princípio da separação de poderes. 16 Desprovimento de ambos os recursos.[147]

17. Número: 70064081227 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível
Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de Osório
Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Meio Ambiente
Relator: Leonel Pires Ohlweiler Decisão: Acórdão
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE OSÓRIO. RESIDÊNCIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO. OBSERVÂNCIA DO JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. Litisconsórcio Passivo Necessário. Não merece acolhida a preliminar suscitada, pois o caso em tela não se amolda às hipóteses contidas no art. 47 do Código de Processo Civil para a formação de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que eventual desídia na fiscalização pelo Ente Público na ordenação urbanística não exime o particular do atendimento às normas de proteção ambiental. A Proteção do Meio Ambiente e o Estado de Direito Ambiental. A CF dispõe no art.225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e À coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O direito de propriedade não é absoluto, podendo sofrer limitações, dentre elas, a proibição de construir em área de preservação permanente. Necessidade de compreender a questão ambiental por meio do Estado de Direito Socioambiental, no qual se busca proteger o meio ambiente, mas sem descuidar o aspecto social, aplicando a dignidade da pessoa humana. A idéia de sustentabilidade conjuga a proteção do meio ambiente com a solidariedade econômica e social para alcançar o ideal de igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle do uso racional do patrimônio natural. Aplicação da legislação ambiental com o conceito jurídico de justiça ambiental e

[147] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0323611-52.2010.8.19.0001 Oitava Câmara Cível. Desa. Mônica Maria Costa di Piero. Julgamento: 05/04/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3097322&EmenPorAss=true&PageSeq=0>. Acesso em: 8 dez. 2017.

a proporcionalidade, compreendida a partir das circunstâncias do caso concreto. A Situação Concreta dos Autos De acordo com a petição inicial, a ré construiu uma casa mista em material/madeira, além de vários barracos em madeira que servem para abrigo de animais domésticos que estão construídos a 23m das margens da Lagoa, local considerado de preservação permanente, sem os estudos ambientais e licenciamentos necessários. A Ação Civil Pública foi instruída com o Documento DAT-MA Nº 1342/2013 da Unidade de Assessoramento Ambiental da Divisão de Assessoramento Técnico do MP, bem como o Auto de Constatação Ambiental e o levantamento fotográfico ambiental, que demonstram que a propriedade está em Área de Preservação Permanente e apontam o dano ambiental causado, uma vez que o local encontra-se desprovido de suas condições naturais decorrente das edificações e criação de animais realizadas nas margens da Lagoa. Por sua vez, a apelante não apresentou defesa. No caso, a prova dos autos demonstra que a construção em discussão está localizada na área de preservação permanente, provocando dano ambiental capaz de justificar a justificar a demolição, como constatado no parecer da Unidade de Assessoramento Ambiental. Não há dúvida, nos termos do Laudo Ambiental apresentado pelo apelado, que a construção implicou em alterações ambientais, sendo cabível a adoção de medidas reparatórias e/ou compensatórias, no caso dos autos, realização do Projeto de Recuperação de Área Degradada. Precedente desta Corte. APELO DESPROVIDO.[148]

Ementa
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REFORMA EM IMÓVEL LOCALIZADO EM ZONA DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA REJEITADA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DO BEM. REFORMA REALIZADA SEM APROVAÇÃ DE PROJETO E ALVARÁ. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA RECONSTRUÇÃO DO IMÓVEL OBJETIVANDO A RECUPERAÇÃO DE SUAS FEIÇOES ORIGINAIS. EXÍGUIDADE DO PRAZO FIXADO NA SENTENÇA PARA A CONCLUSÃO DAS OBRAS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA ESTABELECER NOVO PRAZO PARA CONCLUSÃO DA OBRA. DECISÃO UNÂNIME.1. Não há que se falar em prejuízo ao exercício do direito de defesa dos recorrentes face à ausência de concessão de prorrogação do prazo de suspensão do processo, sobretudo se considerarmos ser dever do Juízo velar pela rápida solução do litígio, não estando o mesmo obrigado a conceder ou prorrogar prazos que entenda indevidos.2. O magistrado de 1ª instância seguiu rigorosamente o procedimento previsto para as ações sumárias, conforme estabelecia o revogado Código de Ritos, não se constatando nenhuma violação ao princípio do devido processo legal.3. A matéria tratada nos autos refere-se ao tema da intervenção do Estado na propriedade, mais especificamente na restauração de imóvel localizado em Zona de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural da cidade do Recife, o qual teria sido objeto de reforma que culminou em sua descaracterização original.4. Diferentemente do que ocorria na época do liberalismo, quando o direito de propriedade era exercido de forma irrestrita, podendo o titular de tal direito usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouvesse, no ordenamento jurídico atual este Direito Real sofreu restrições, mormente com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, consoante a qual o direito de propriedade não mais

[148] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064081227 Terceira Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento: 29/06/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris)>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> se constitui em um direito absoluto, uma vez que, de acordo com a dicção do art. 5º, XXIII, a propriedade atenderá a função social.5. Por sua vez, o novo Código Civil Brasileiro - Lei Federal nº 10.406/2002 - consagrou o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao dispor, em seu art. 1.228, § 1º, que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". (Destaque acrescido) 6. No presente caso, Município recorrido trouxe aos autos documentação que comprova que os recorrentes "realizaram uma reforma interna com unificação no pavimento superior dos imóveis nºs 185 e 189, descaracterização da fachada revestida com cerâmica e entaipamento de vãos em imóvel situado em zona especial de preservação do patrimônio histórico-cultural", cometendo, assim, diversas irregularidades, consubstanciadas na falta de projeto aprovado, falta de alvará de construção e descaracterização do imóvel (fls. 08/28).7. Ora, como os atos administrativos revestem-se, dentre outros, do atributo da presunção de veracidade, cabia aos recorridos o ônus de afastar a presunção juris tantum de veracidade dos referidos atos administrativos, ônus este do qual não se desincumbiram.8. O argumento de que a edilidade não teria dispensado tratamento isonômico entre os apelantes e os demais proprietários de imóveis da área circunvizinha, os quais estariam em situação pior ou semelhante a dos demandados, tem-se que o mesmo não serve de justificativa para os recorrentes se furtarem ao dever de observar as posturas municipais destinadas a ordenar as reformas em imóveis localizados em área de preservação do patrimônio histórico e cultural da cidade do Recife.9. Por fim, no que tange ao prazo de conclusão das obras estabelecido na sentença - 90 dias -, entende-se que, neste ponto, merece provimento o apelo interposto, haja vista que, na fixação dos prazos para cumprimento das obrigações de fazer, o Juiz deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu in casu, porquanto o referido prazo apresenta-se bastante exíguo se considerarmos o tempo necessário à aprovação do projeto perante a prefeitura, bem como o início das obras 10. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.[149]

Não bastasse, a função social da propriedade encontra entendimento que relativiza seus limites, mesmo em casos de cláusulas de inalienabilidade:

> Alvará judicial. Cancelamento do gravame de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade incidente sobre bem imóvel. Rejeição. Inconformismo. Acolhimento. Gravame que onera o beneficiário demasiadamente e que não deve se perpetuar injustificadamente. Art. 1.676 do Cód. Civil de 1916 que deve ser interpretado com temperamento. Cancelamento que atende aos princípios da função social da propriedade e da razoabilidade. Recurso provido.[150]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE NEGA O CANCELAMENTO DA CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE SOBRE IMÓVEIS DOS DESCENDENTES DO DE CUJUS ESTABELECIDA EM TESTAMENTO. INCONFORMISMO. A RENÚNCIA DO USUFRUTO VITALÍCIO FEITA PELA VIÚVA E MÃE DOS HERDEIROS, POR SI SÓ, NÃO GERA A CONVICÇÃO DE QUE A QUE A VONTADE DO TESTADOR ESTARIA PRESERVADA SE FOSSE CANCELADO O

---

[149] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 463102-7, 0024520-22.2013.8.17.0001 4ª Câmara de Direito Público. Relator Rafael Machado da Cunha Cavalcanti. Julgamento 19/05/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[150] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0048673-67.2013.8.26.0002 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara da Família e Sucessões. Relator: Rômolo Russo. Julgamento: 18/04/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

GRAVAME DA INALIENABILIDADE PARA OS FILHOS. DUAS VONTADES DIRIGIDAS A FINS DISTINTOS E QUE DEVEM SER PRESERVADAS (ARTS. 112 E 1899 DO CÓDIGO CIVIL). AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICA QUE JUSTIFIQUE A FLEXIBILIZAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA DA INALIENABILIDADE EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.[151]

SENTENCA DE DIVORCIO DIREITO DE HABITACAO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PRIORIDADE SOBRE DIREITO DE PROPRIEDADE PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO IDOSO APELAÇÃO. Interdito proibitório. Imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, habitado pela apelada, genitora das apelantes, por seis décadas. Ocupação conferida por sentença que decretou o divórcio e sem estipulação de prazo para a desocupação. Embora aplicável ao direito sucessório, àquela época, à autora foi conferido direito real de habitação. A moradia é direito fundamental social (CF/88, art. 6º) que realiza concretamente a dignidade da pessoa humana, na medida em que a todos assegura habitação. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, é de ser reconhecido o direito subjetivo individual da apelada, que sobreleva na ponderação de bens e direitos em confronto. Sendo a apelada idosa (80 anos), a Constituição da República atribui não só à sociedade e ao Estado, mas também e principalmente à família, o dever de ampará-la e defender-lhe a dignidade e bem-estar, garantindo-lhe o direito à vida (art. 230). Verba honorária incidente por força do princípio da causalidade e fixada de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC. Desprovimento do recurso.[152]

SUMULA 281, DO T.J.E.R.J. SUMULA 282, DO T.J.E.R.J. Administrativo. Civil. Comunicação efetivada pelo CEDES, da aprovação de quatro enunciados pelo II Encontro de Desembargadores Cíveis, realizado em junho do corrente ano. Formalidades obedecidas. Insurgência, por associação e por instituto de registradores, e correlatos, a propósito do quarto verbete. Posição do Ministério Público no desabono dos dois primeiros, e no abono dos dois últimos. Concordância parcial. Quanto ao primeiro verbete, a "cláusula geral" dos contratos, concernente à função social, pode e deve ser aplicada de ofício pelo julgador, independente de provocação de litigante. Tal função decorre de evolução jurídica nacional e forânea, com referência na Constituição Alemã de Weimar, que orientou no Brasil a Carta de 1934, no escopo da mitigação da sistemática capitalista e proprietista, cujas injustiças deram azo aos movimentos socialistas, de tipo radical ou moderado; este último, na denominada social democracia; sendo que o enfoque da propriedade se ampliou, nos últimos tempos, e na eficácia das Constituições ulteriores, de modo a abranger diversos institutos inerentes ao Direito Privado. Atenção que se deve ter para com o ideário da dignidade da pessoa humana, conjugada aos valores do trabalho e da iniciativa livre; do que cuida o artigo 1º, incisos III e IV, do Pacto Político. Inexistência do perigo, alegado pelo "Parquet", de vagueza na exegese do dito

---

[151] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0060354-06.2011.8.19.0000 Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Des(a). Marco Aurélio Bezerra de Melo. - Julgamento: 24/01/2012. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0009983-34.1994.8. 19.0000. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes. Julgamento: 14/02/1995. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1452074&EmenPorAss=true&PageSeq=0>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[152] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n° 0168659-23.2007.8.19.0001 Segunda Câmara Cível. Des. Jessé Torres Pereira Júnior. Julgamento: 11/02/2009. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=856166&EmenPorAss=true&PageSeq=1>. Acesso em: 8 dez. 2017.

verbete, ou conturbação de conceitos, porque eventual erronia, na instância de piso, será escoimada no segundo grau, sem falar-se das preciosas atribuições constitucionais das Cortes Maiores do País. Quanto ao segundo enunciado, não se vê adequado o repute da presunção de pagamento das despesas de funeral, pelas pessoas credoras de alimentos em face do falecido devedor, uma vez que as empresas funerárias quase sempre emitem notas fiscais, e; sendo certo que ninguém faleça insepulto; fora hipóteses excepcionais terríveis; muitas vezes os enterros são custeados por entidades governamentais ou não governamentais de proteção a pessoas carentes de recursos; ainda se sabendo que, em vários casos, a cobertura de tais custos se dá por outras pessoas credoras ou supostas credoras. Proposição que impende ser melhorada em novo estudo, devendo, pois, ser rejeitada. Acerca do terceiro enunciado, também não merece prestígio, uma vez que a verba reparatória do dano moral, na chamada mitigação da dor por dinheiro que proporcione alegria, deve atender às circunstâncias do caso concreto, não sendo recomendável que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade prevaleçam de modo genérico. Quanto ao quarto verbete, jurisprudência altamente dominante, nesta Corte Fluminense, em suas congêneres, e nos Egrégios STF e STJ, no sentido de que a ausência do registro de alienação de coisa móvel fungível, de específico, veículo motorizado, no cartório de registro de títulos e documentos, só acarreta ineficácia perante terceiros, não entre as próprias partes do negócio jurídico. Redação que se continha no artigo 66 da Lei 4728/1965, conjugada ao Decreto-Lei 911/1969, alterado pela Lei 10.932/2004, que era expressa a respeito. Primeiro parágrafo do artigo 1361 do Código Civil/2002, eficaz desde janeiro/2003, determinando tal registro cartorial, cuja leitura não deve ser diferente da que já existia, por boa hermenêutica; e mais ainda, na correlação ao que se reputa no cumprimento judicial das obrigações de fazer, derivadas de contratos de promessa de compra e venda acerca de bens imóveis, não levados aos registros gerais competentes. Aresto deste Órgão Especial, datado do ano de 2008, sob relatoria da Desembargadora Valéria Maron, com dois votos vencidos, reputando, por suscitação de órgão fracionário, a inconstitucionalidade da parte final do citado dispositivo, acerca do rigor do registro de tais contratos de alienação de autos nas ditas autarquias; não alcançando a parte inicial; pelo que não se acha suspenso por "repercussão geral", que foi decretada pelo Excelso Pretório, cautelarmente, em sede de recurso extraordinário, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio. Enunciados propostos sob os números I e IV, que são aprovados, para inserção na Súmula deste Tribunal. Rejeição dos Enunciados proposto sob os números II e III. Votos vencidos acerca do Enunciado II e do Enunciado IV.[153]

AÇÃO DEMOLITÓRIA OBRA INACABADA ABANDONO DE IMOVEL FUNCAO SOCIAL DA PROPRIEDADE AMEACA A SEGURANCA, AO SOSSEGO E A SAUDE E M E N T A: Medida Cautelar. Demolitória. Obra inacabada que põe em risco a segurança e saúde dos vizinhos. Proteção ao direito de propriedade que deve ser conjugada com a necessidade de atendimento da função social. Direito à construção, desde que resguardados os interesses das pessoas que norteiam a obra. Inteligência do artigo 1.299 do Código Civil. Documentos demonstram o abandono do imóvel, restando incontestável, além da ofensa ao princípio da função social da propriedade, a ameaça à saúde e segurança dos vizinhos. Laudo Pericial que tão pouco deixa dúvidas acerca da necessidade da demolição pretendida. Informações prestadas pela própria Apelante no sentido de que não possui condições financeiras ou interesse imediato na conclusão da obra, até porque ao longo de três anos não manifestou tal interesse. Inafastável, pois, a aplicação do artigo 1.312 do C.C. Entendimento corroborado pela jurisprudência uníssona deste E. Sodalício. Inexistência de dados que comprovem o fim dos riscos, pelo contrário. Prejudicada a discussão

[153] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo Administrativo nº 0032046-57.2011.8.19.0000 Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Des. Luiz Felipe da Silva Haddad. Julgamento: 07/11/2011. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1853105&EmenPorAss=true&PageSeq=1>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> acerca da condenação da Ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. D. Decisão, proferida após a R. Sentença, concedendo a gratuidade de justiça reclamada. Necessidade tão somente de interpretação da parte final do dispositivo em conformidade com o artigo 12 da Lei 1.060/50. Negado Provimento.[154]

O direito de propriedade, entretanto, está, outrossim, em resguardado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como pelo direito à moradia. Protegido, pois, à luz do direito à propriedade:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ALVARÁ JUDICIAL - AUTORIZAÇÃO PARA LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E EXPEDIÇÃO DE FORMAL DE PARTILHA - ÁREA INFERIOR A 125 M² - IRRELEVÂNCIA - AUTORIZAÇÃO NA LEI MUNICIPAL Nº 4.292/2011 - FORMA DE PARCELAMENTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM O LOTEAMENTO - RECURSO DESPROVIDO.
> 1. A Lei Federal nº 6.766/79 prevê a possibilidade de parcelamento do imóvel urbano mediante loteamento e desmembramento, autorizando, no entanto, que os municípios, no âmbito de sua competência legislativa, prevejam em lei específica formas distintas de parcelamento, cujas áreas mínimas podem estar aquém daquela prevista na legislação federal.
> 2. No âmbito do Município de Alfenas foi editada a Lei Municipal nº 4.292/2011 que autorizou o fracionamento da área originária do lote para formação de novos lotes, cuja área pode ser inferior à 125 m².
> 3. Em se tratando de situação fática consolidada há mais de 24 anos e que foi posteriormente convalidada pela legislação municipal, deve ser autorizado o registro imobiliário do imóvel, sobretudo a se considerar que o direito de propriedade e moradia são instrumentos essenciais para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.
> 4. Recurso desprovido.[155]

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. BLOQUEIO SOBRE PROVENTOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE. As verbas de natureza alimentar são impenhoráveis, com o propósito de assegurar a sobrevivência do executado, bem como, de sua família, salvaguardando, assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
> v.v - Com efeito, a ordem constitucional que confere o direito fundamental ao devedor de lhe garantir um mínimo existencial como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, também confere ao credor o direito fundamental à efetividade, decorrência do princípio do devido processo legal, também incluindo no rol de direitos fundamentais do individuo, pela Carta Constitucional. Não se nega que a agravada deve ter um patrimônio mínimo existencial garantido, conforme alhures salientando, mas, por outro lado, não é menos certo que o agravante também tem direito a ver seu crédito satisfeito. Por esta razão, não se pode criar um patrimônio blindado, só pela circunstância de se tratar de verba de natureza alimentar, porquanto o agravante jamais lograria satisfazer seu crédito, máxime considerando que a execução já foi direcionada

---

[154] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0024465-97.2002.8.19.0002 Quarta Câmara Cível. Relator: Des(a). Reinaldo Pinto Alberto Filho. Julgamento: 09/01/2007. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2006.001.61775>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[155] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.17.044373-3/001 6ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Sandra Fonseca. Julgamento: 05/09/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=148&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=%2522propriedade%2522 %2522dignidade da pessoa humana%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 8 dez. 2017.

contra os sócios da sociedade executada, diante da inexistência de bens passíveis, de sua propriedade, sobre os quais possa recair constrição judicial. (Desembargador Alberto Henrique).[156]

7. Número: 70072184633 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível
Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de São Leopoldo
Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Promessa de Compra e Venda
Relator: Marco Antonio Angelo Decisão: Acórdão
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Nos termos do art. 475 do Código Civil, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Porém, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (art. 476 do CC). Assim, na exceção de contrato não cumprido - exceptio non adimpleti contractus -, se uma das partes deixa de cumprir a sua obrigação contratual, não pode exigir que a outra o faça. No caso concreto, não há prova que a autora realizou o pagamento do custo total da casa ou de que é beneficiária de progama de produção habitacional, o que afasta sua pretensão de obrigação de fazer - construir a unidade habitacional - e de indenização. Ademais, a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana, ou o direito à moradia são institutos jurídicos que não devem ser vistos de maneira absoluta. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. Ao julgar o recurso, o Tribunal deve majorar os honorários fixados anteriormente ao advogado do vencedor, devendo considerar o trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11, do CPC/2015). APELAÇÃO DESPROVIDA.[157]

11. Número: 70073307233 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível
Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de Erechim
Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Esbulho / Turbação / Ameaça
Relator: Eduardo João Lima Costa Decisão: Acórdão
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS IMPLEMENTADOS. INVASÃO COLETIVA. ESBULHO DEMONSTRADO. PROCEDÊNCIA MANTIDA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE: Tratando-se de ação possessória, é necessária a comprovação do exercício anterior da posse e da prática do esbulho, nos termos do art. 561, do CPC. Resta demonstrada nos autos a posse anterior exercida pela parte autora, bem como o esbulho praticado pelos réus, que admitem terem invadiram o local, o que confere o direito à reintegração de posse. As invasões de terras não podem ser admitidas sob o pretexto de direito a moradia e dignidade da pessoa humana, tendo em vista o direito do particular de de usar, gozar e dispor da sua propriedade. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: Em sede de ação

---

[156] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.15.064374-0/001 13ª Câmara Cível. Relator: Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgameto: 24/08/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=148&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=%2522propriedade%2522%2522dignidadedapessoahumana%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&.> Acesso em 8 dez. 2017.

[157] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072184633 Décima Nona Câmara Cível. Relator: Marco Antonio Angelo> Julgamento: 14/09/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

possessória, o que se apura é a posse e a eventual superveniência de turbação ou esbulho, não sendo o caso de se questionar se a propriedade atende ou não a sua função social. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL: O pedido não merece acolhimento, pois a desapropriação por interesse público deve ser requerida junto ao Poder Executivo competente. Não cabe ao Poder Judiciário se sobrepor a outra esfera do Poder. SUCUMBÊNCIA RECURSAL: Sucumbência recursal reconhecida e honorários fixados em prol do procurador dos autores majorados. Aplicação do art. 85, §11º, do CPC/15. Suspensa a exigibilidade, pois os réus litigam com benefício de assistência judiciária gratuita. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.[158]

14. Número: 70073603326 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível
Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de Esteio
Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Aquisição
Relator: Giovanni Conti Decisão: Acórdão
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. BENS IMÓVEIS. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PROVA DOS AUTOS QUE CONFORTA A TESE DA PARTE AUTORA. SENTENÇA MODIFICADA. A usucapião é forma de aquisição da propriedade e para o seu reconhecimento são necessários dois elementos básicos, quais sejam, a posse e o tempo. Entende-se que este instituto é uma modalidade de aquisição originária da propriedade ou de outro direito real sobre coisa alheia, consistente na posse ininterrupta, com intenção de dono, sem oposição e no decurso do prazo previsto no Código Civil. Ações havidas anteriormente entre as partes, não têm o condão de afastar a continuidade da posse ou a caracterizar a interrupção do lapso temporal, pois julgadas improcedentes, nos termos da jurisprudência do STJ. No caso dos autos além da comprovação dos requisitos imprescindíveis para aquisição da propriedade através da prescrição positiva, conveniente salientar e garantir ao cidadão brasileiro os princípios da função social da propriedade e direito à moradia, desde que atendido o princípio maior da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo primeiro da constituição brasileira como fundamento da república. APELO PROVIDO. UNÂNIME.[159]

Ementa
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. PRAZO EM DOBRO PARA OS ASSISTIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. DEFENSORA PÚBLICA INTIMADA PESSOALMENTE EM AUDIÊNCIA PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE ESBULHO. POSSE HERDADA PRO DIVISA NOS MESMOS CARACTERES. POSSE DO DE CUJUS EXERCIDA SOBRE PARTES BEM DEFINIDAS DO TERRENO. UTILIZAÇÃO DA POSSE PELO DEMANDADO EM CONFORMIDADE COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. RECURSO A QUE SE DÁ

---

[158] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70073307233 Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgamento: 17/08/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[159] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70073603326 Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Giovanni Conti. Julgamento: 20/07/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> PROVIMENTO EM PARTE. DECISÃO UNÂNIME.1 - A posse transmitida aos herdeiros do possuidor terá as mesmas qualidades atribuídas à posse do falecido exercida em vida sobre o bem. Inteligência do artigo 1.206, CC.2 - Não se tratando o presente caso de composse (art. 1.199, CC) entre o falecido (ex-cônjuge da autora/apelada), quando vivo, e o réu, pode-se dizer que entre eles não havia posse pro indiviso sobre o imóvel, devendo-se respeitar os efeitos da posse sobre a parte de trás do terreno (ius possessionis do apelante), independentemente da posse sobre a parte da frente deste, cuja sucessora é a autora, já que a posse se herda com os mesmos caracteres. Trata-se de posse sobre partes definidas do imóvel.3 - Pedido de demolição do imóvel formulado nas alegações finais. Impossibilidade de acolhimento. Pedido da inicial modificado sem a anuência do réu e, principalmente, após a instrução do feito (art. 264, CPC-73, vigente à época). Não decretação de nulidade quando se possa decidir em favor da parte beneficiada pelo eventual pronunciamento (art. 282, §2º, CPC-15).4 - Demandado que exerceu a posse que lhe cabia em conformidade com a função social da propriedade. Autora que deve ser reintegrada à posse apenas na parte que lhe cabe do terreno.5 - Recurso provido em parte. Decisão unânime.[160]

Há exemplos, na jurisprudência pátria recente, acerca da relativização de atividades, tendo em vista o respeito à segurança, ao sossego e à saúde:

> 19. Número: 70070560412 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível
> Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de Canela
> Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
> Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Direito de Vizinhança
> Relator: Mylene Maria Michel Decisão: Acórdão
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE DANO INFECTO. BARULHO E PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO. ATIVIDADE DE BAR EM ZONA RESIDENCIAL MISTA. ESTABELECIMENTO RÉU SITUADO NA LINHA DIVISÓRIA. CASA DE MADEIRA DA AUTORA A POUCO MAIS DE UM METRO DA DIVISA. PESSOA IDOSA. I. Preliminar. Sentença extra petita. Rejeição. O pedido inicial é de encerramento das atividades e a sentença determinou uma limitação de horário de funcionamento, estando caracterizado o julgamento de procedência em menor grau do pedido, daí a parcial procedência, mas não fora dos limites da lide e do próprio pedido. II. Consoante disposição do art. 1.277 do Código Civil, 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. O Princípio da dignidade da pessoa humana é valor-fonte da Constituição Federal. Nosso sistema legal igualmente está fundado no direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF), com necessária observância à função social (art. 5º, XXIII, CF), assim como na livre iniciativa (art.170 e incisos da CF). Aplicação do princípio da razoabilidade na ponderação de direitos. III. Evidenciado o transtorno causado à autora e seu marido, com 72 e 85 anos respectivamente, em decorrência da atividade exercida pelo estabelecimento réu. No caso em tela, não se pode negar que a região da cidade em que se localizam os imóveis, originalmente residencial, passou a ser mista, em razão do desenvolvimento que acabou atraindo atividades comerciais. Tal fato, contudo, não desobriga as partes à observância de um dever maior de cuidado e zelo para não extrapolar os limites do razoável. E é na perspectiva do razoável que a sentença encontrou equilíbrio e aplicou justiça ao caso concreto. Assim, fica mantida a limitação de horário de funcionamento e que se harmoniza com a declaração prestada em juízo pelo representante legal do estabelecimento-

---

[160] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 442374-3, 0057560-58.2014.8.17.0001 6ª Câmara Cível. Relator Eduardo Augusto Paura Peres. Julgamento: 20/06/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em 8 dez. 2017.

réu. Caso em que, fosse permitida a entrada de novos clientes após às 23h e afastada a vedação de aglomeração de pessoas na parte da frente do estabelecimento, tal como pretende a apelante, restaria inócuo o comando judicial de limitação do horário de funcionamento. IV. Honorários sucumbenciais. Não majorada a honorária em grau recursal, visto que aquela estabelecida na origem já ultrapassa o parâmetro disposto no §11 do art.85 do CPC, que se limita ao teto previsto no §2º do mesmo dispositivo legal. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.[161]

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO POR OBRA NOVA COM PEDIDO DEMOLITÓRIO. EDIFICAÇÃO IRREGULAR E EM DESACORDO COM LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA VIGENTE. INEXISTÊNCIA DE LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO. INERCIA DO APELANTE ANTE A CONCESSÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA OBRA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. NEGADO PROVIMENTO AO APELO.[162]

Ementa
DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. IMÓVEL CONSTRUÍDO EM LOGRADOURO PÚBLICO. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. APELO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1- A Ação Demolitória tem por objetivo resguardar o bem estar social, configurando-se como instrumento apropriado para restituir a ordem urbanística afetada para garantir os limites impostos ao uso e disposição do direito de propriedade.2- Resta incontroverso que a construção em tela foi realizada de modo irregular em logradouro público, em afronto à ordem legal.3- A documentação acostada aos autos apenas faz prova de mera detenção de bem público e da construção de acessões pelo apelante.4- Em que pesem os argumentos expendidos nas razões recursais, resta evidenciado que o apelante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.5- Apelo improvido. Decisão unânime.[163]

Ementa
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. LEI N.º 7.427/1961. EDIFICAÇÃO DE IMÓVEL. FALTA DE LICENÇA EXPEDIDA PELA MUNICIPALIDADE. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. BANHEIRO. NÃO OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS LEGAIS. DEMOLIÇÃO. APELO NÃO PROVIDO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS. DECISÃO UNÂNIME.1 - Do conjunto probatório, percebe-se que o imóvel sofreu um acréscimo de aproximadamente 16 m² sem qualquer projeto de edificação aprovado pela prefeitura do Recife.2 - A construção edificada ao violar a legislação de regência já faz surgir o dano ao corpo social ainda que sem a materialização, pois a ausência de dano específico/concreto não pode albergar a inobservância imperativa da Legislação

---

[161] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070560412 Décima Nona Câmara Cível. Relatora: Mylene Maria Michel. Julgamento: 22/06/2017Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[162] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 276741-5, 0003119-42.2006.8.17.1090 3ª Câmara de Direito Público. Relator Antenor Cardoso Soares Junior. Julgamento: 26/09/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2)>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[163] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 433752-8, 0002237-68.2014.8.17.0001 4ª Câmara de Direito Público. Relator Rafael Machado da Cunha Cavalcanti. Julgamento: 01/09/2017. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em 8 dez. 2017.

> Municipal.3 - A função social da propriedade, erigida como Princípio Constitucional previsto no art. 182, inclui não apenas a sua adequada utilização, mas também sua conformidade com a lei, não podendo o Poder Público ficar à mercê do interesse particular.4 - A falta de licença prévia da municipalidade para reforma de imóvel já torna a construção irregular e passível de demolição.5 - Apelo conhecido e NÃO PROVIDO. Majorada a verba honorária recursal em benefício do apelado em 5% (cinco por cento), elevando-se para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa. 6 - Decisão unânime.[164]

Mesmo o princípio da função social da propriedade, por sua vez, não é absoluto, existindo precedentes que insistem em melhor demonstração para tanto:

> 15. Número: 70072513062 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível
> Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de Porto Alegre
> Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
> Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Esbulho / Turbação / Ameaça
> Relator: Eduardo João Lima Costa Decisão: Acórdão
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DA ILEGITIMIDADE ATIVA: Sendo a ação de reintegração de posse o meio utilizado para reaver o imóvel pelo possuidor que foi vítima de esbulho, não há que se falar em ilegitimidade ativa ad causam. Prefacial afastada. INÉPCIA DA INICIAL: A parte autora bem formulou seus requerimentos, delimitando adequadamente suas pretensões, não havendo, portanto, que se falar em inépcia da inicial. Da simples leitura da peça inicial demonstra da existência de elementos suficientes para impor o processamento da lide. REINTEGRAÇÃO DE POSSE: A ação de reintegração de posse encontra seus fundamentos nos requisitos contidos no artigo 561, do Código de Processo Civil/15, quais sejam, a posse da parte autora, o esbulho praticado pela parte ré e a data, bem como a perda da posse. No caso, incontroverso que o autor é possuidor, ainda que de forma indireta, da área de terras em litígio, consoante demonstra o Contrato Particular de Cessão e Transferência de Direitos Contratuais, firmado em 16 de março de 2004. Igualmente, induvidosa a situação dos réus, que, em contestação, confirmaram que residem no imóvel de litígio, já que adquiriram as terras da arrendatária, que as vendeu como se proprietário fosse. Embora demonstrada a boa-fé dos réus, tal fato não permite, na esfera possessória, que sejam mantidos no imóvel em debate. DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: A mera alegação de função social da propriedade não implica dispensa do preenchimento dos requisitos necessários para a manutenção de posse e reconhecimento da exceção de usucapião. Sentença de procedência mantida. SUCUMBÊNCIA RECURSAL: O art. 85, §11º, do CPC/15 estabelece que o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. Sucumbência recursal reconhecida e honorários fixados em prol do procurador do autor majorados. AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.[165]

---

[164] BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 465812-6, 0072233-61.2011.8.17.0001 1ª Câmara de Direito Público. Relator Fernando Cerqueira. Julgamento: 11/04/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[165] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072513062 Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgamento: 13/07/2017.Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22fun%C3%A7%C3%A3o+social+da+propriedade%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=%22prote%C3%A7%C3%A3o+da+propriedade%22&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em 8 dez. 2017.

> 17. Número: 70067757849 Inteiro Teor: doc html Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível
> Tipo de Processo: Apelação Cível Comarca de Origem: Comarca de Rodeio Bonito
> Tribunal: Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL
> Classe CNJ: Apelação Assunto CNJ: Servidão
> Relator: Alexandre Kreutz Decisão: Acórdão
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDÕES. AÇÃO DECLARATÓRIA DO DIREITO DE SERVIDÃO PARA A MANUTENÇÃO DA CAPTAÇÃO DE ÁGUA DE POÇO. Restou comprovado nos autos a existência de servidão na propriedade do réu para a captação de água em poço artesiano. Demonstrada a falta de água na comunidade em decorrência do desligamento da bomba do poço. Resguardada a função social da propriedade. Inteligência dos artigos 5, XXII da Constituição Federal e 1.228 do Código Civil. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME.[166]

Quanto à seleção de julgados, com o objetivo de compreender os conflitos vicinais, são dois os principais temas, quais sejam: como seria caracterizado o uso anormal da propriedade; e qual o conceito vigente de vizinho antissocial, mais especificamente, no caso em tela, a figura do *condômino antissocial*.

Partilham, por vezes, os Tribunais brasileiros de orientação similar, tanto para o aspecto do uso no contexto do domínio como para os condôminos.

No que tange aos estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul, é notável a consonância, em variados julgados, no sentido de entender muitas condutas como *uso normal da propriedade*. Ocorre, destarte, permanência do *status quo ante*, pois válido o critério da tolerabilidade.

A fundamentação usual dos referidos casos é, outrossim, comum, atinente à fase instrutória processual – seria por falta de provas que se vislumbra a manutenção do panorama. De acordo com o entendimento, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> APELAÇÃO. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO COMINATÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE. AUTOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO (CPC, ART. 333, I). SENTENÇA MANTIDA. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[167]

---

[166] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067757849 Vigésima Câmara Cível. Relator: Alexandre Kreutz. Julgamento: 05/07/2017. Disponível em: <em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22fun%C3%A7%C3%A3o+social+da+propriedade%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=%22prote%C3%A7%C3%A3o+da+propriedade%22&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[167] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 0116123-39.2009.8.26.0011. Relator: Desembargador Pereira Calças. Julgamento: 08/08/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> RECURSO APELAÇÃO DIREITO DE VIZINHANÇA NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE INSTRUÇÃO SUFICIENTES PARA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. LAUDO PERICIAL APRESENTADO DE ACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES NECESSÁRIAS, SENDO SUFICIENTE A PROVA TÉCNICA COLIGIDA PARA O CONVENCIMENTO DO JUÍZO E RESOLUÇÃO DA LIDE. PREJUDICIAL AFASTADA. RECURSO APELAÇÃO DIREITO DE VIZINHANÇA NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA MÉRITO. AÇÃO QUE VISA OBSTAR A CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO EM PROPRIEDADE LIMÍTROFE À RESIDÊNCIA DO AUTOR. 1. PRESENTES RUÍDO EXCESSIVO, TRÁFEGO INDEVIDO DE CAMINHÕES E QUEDAS DE OBJETOS QUE NÃO SERVEM DE BASE PARA AÇÃO DE NUNCIAÇÃO. PONTOS ESSES QUE DEVEM SER EVENTUALMENTE DISCUTIDOS EM AÇÃO PRÓPRIA. 2. RECUO LATERAL. CONSTRUÇÃO QUE OBEDECEU AO PARÂMETRO APLICÁVEL À HIPÓTESE, DE UM METRO E MEIO, CONSOANTE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL ESPECÍFICA. LAUDO PERICIAL E DOCUMENTOS EMITIDOS PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS/SP, QUE APONTAM DE FORMA CLARA TER A OBRA OBSERVADOS TODOS OS PARÂMETROS LEGAIS E POSTURAS MUNICIPAIS PERTINENTES. JULGAMENTO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE PELA INCORPORADORA REQUERIDA NÃO DEVIDAMENTE CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.[168]

De forma semelhante decide o Tribunal do Rio Grande do Sul, a saber:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. DIREITO CIVIL. COISAS. PROPRIEDADE. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO FATO E DO NEXO CAUSAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA IMPROCEDENTE. RECONVENÇÃO. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE. DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.[169]
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITOS DE VIZINHANÇA. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. PEDIDO DE EMBARGO LIMINAR DE OBRA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA QUANTO AOS RISCOS ALEGADOS. O CONSTRUTOR É RESPONSÁVEL PELOS DANOS CAUSADOS EM IMÓVEIS LINDEIROS EM DECORRÊNCIA DE OBRA REALIZADA EM SUA PROPRIEDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DECORRENTE DO ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, VIOLANDO O DIREITO DE VIZINHANÇA CONSISTENTE NO USO NORMAL DA PROPRIEDADE (REALIZAÇÃO DE OBRA) OCASIONANDO PREJUÍZO ANORMAL AOS IMÓVEIS LINDEIROS, CUJA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA É A REPARAÇÃO DO DANO POR INTERMÉDIO DE INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.277 E 1.278 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CONTUDO, O EMBARGO LIMINAR DA OBRA DEPENDE DE PROVA DE RISCO EMINENTE QUE JUSTIFIQUE A TUTELA PREVENTIVA. UMA VEZ NÃO

---

[168] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 0044746-67.2010.8.26.0562. Relator: Desembargador Marcondes D´Angelo. Julgamento: 18/07/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[169] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n° 70036962447. Relatora Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich. 28 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=uso+anormal+da+propriedade&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 8 dez. 2017..

> DEMONSTRADO O RISCO DE DANO IRREPARÁVEL AO IMÓVEL LINDEIRO, DESCABE O PEDIDO DE DECISÃO LIMINAR DE EMBARGO DE OBRA. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.[170]

Da mesma forma que há concordância entre São Paulo e Rio Grande do Sul, ao privilegiarem a propriedade em detrimento da vizinhança, sobretudo nas hipóteses em que o conjunto probatório se mostra insuficiente, denota-se proximidade entre os Tribunais de Minas Gerais e do Rio de Janeiro. Seu lugar comum, entretanto, abrange com maior afinco a coletividade e as questões vicinais, que prevalecem na jurisprudência. Assim decide o Tribunal do Estado de Minas Gerais:

> DIREITO CIVIL - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - DIREITO DE VIZINHANÇA - IMÓVEL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DESPROVIDO DE REGISTRO - POSSUIDOR - LEGITIMIDADE. A EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL DESPROVIDO DE REGISTRO, NÃO AFASTA A LEGITIMIDADE DO POSSUIDOR DO IMÓVEL EM PLEITEAR EM JUÍZO OS EVENTUAIS DANOS MATERIAIS E MORAIS SUPORTADOS EM RAZÃO DE SUPOSTO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE POR TERCEIRO.[171]
>
> AÇÃO COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INOCORRÊNCIA - ALUGUEL DO IMÓVEL PARA FINS DIVERSOS AOS QUAIS SE DESTINAVA - USO ANORMAL DA PROPRIEDADE - COMPROVAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ALUGAR AS GRANJAS PARA FINS NÃO RESIDENCIAIS OU DE EXPLORAÇÃO RURAL. - A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DEVE SER ENTENDIDA COMO A INEXISTÊNCIA, NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, DE VEDAÇÃO A QUE SE DEDUZA DETERMINADA PRETENSÃO EM JUÍZO. POR CONSEGUINTE, EM NÃO SE VERIFICANDO QUE A PRETENSÃO FORMULADA POR ALGUMA DAS PARTES ENCONTRA ÓBICE NO DIREITO POSITIVO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. - O DIREITO À PROPRIEDADE CONSTITUI GARANTIA FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA A TODOS (ART.5º, CAPUT DA CR/88), TODAVIA ENTENDE-SE QUE NÃO SE TRATA DE DIREITO ABSOLUTO, PORQUANTO PODE SOFRER RESTRIÇÕES EM DETERMINADAS HIPÓTESES LEGAIS OU CONVENCIONAIS. - NÃO OBSTANTE TER O PROPRIETÁRIO DE UM PRÉDIO A FACULDADE DE AGIR, EXTRAINDO DA COISA AS

---

[170] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n° 70036892115; Relatora: Desembargadora Liege Puricelli Pires. Julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=uso+anormal+da+propriedade&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[171] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação n° 1.0515.07.025189-4/001, 0251894-60.2007.8.13.0515 (1). Relator: Desembargador Fernando Caldeira Brant. Julgamento: 17/08/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=uso+anormal+da+propriedade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> VANTAGENS, BENEFÍCIOS E GOZO, O EXERCÍCIO DO SEU DIREITO NÃO PODE CARACTERIZAR MOLÉSTIA A SEU VIZINHO, SOB PENA DE ESTE TER O DIREITO DE FAZER CESSAR AS INTERFERÊNCIAS PREJUDICIAIS, UMA VEZ CARACTERIZADO O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE (ART.1277 DO CC/02).[172]

Cumpre ressaltar que não apenas o interesse vicinal prevaleceu no primeiro caso, como foi garantido por observar o direito do possuidor.

No segundo julgado, novamente, são demarcados os princípios basilares da propriedade que, por sua vez, é relativizada. O Tribunal do Rio de Janeiro apresenta corrente poder decisório em questões envolvendo animais de estimação, reiterando o interesse da coletividade e a *tolerabilidade*, a fim de resguardar os vizinhos. Nesse sentido:

> CONDOMÍNIO. DIREITO DE VIZINHANÇA. ARTIGOS 1228, 1277, 1278 TODOS DO CÓDIGO CIVIL. ANIMAL DE PEQUENO PORTE EM APARTAMENTO. USO NORMAL DA PROPRIEDADE. DEVER DE TOLERÂNCIA. ASSEMBLÉIA CONDOMINIAL QUE PROÍBE FUTUROS MORADORES DE POSSUIR CÃES, PERMITINDO-SE A PERMANÊNCIA AOS CONDÔMINOS QUE JÁ OS POSSUÍAM. PRINCÍPIO DA ISONOMIA VIOLADO. MÃE E FILHA MENOR LOCATÁRIAS NÃO INFORMADAS NA OCASIÃO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO E PROIBIDAS DE TRAZER CONSIGO CADELA PODDLE EM PERFEITO ESTADO CLÍNICO. ANGÚSTIA E CONSTRANGIMENTOS SOFRIDOS PELA MÃE. CRIANÇA QUE JÁ VINHA SOFRENDO DE DOENÇA NEUROLÓGICA TEVE SEU QUADRO AGRAVADO DEVIDO À SEPARAÇÃO DE SEU ANIMAL DE ESTIMAÇÃO, EMBORA NÃO SEJA ESTA A ÚNICA CAUSA DO AGRAVAMENTO DO SEU ESTADO EMOCIONAL. ABALO MORAL CARACTERIZADO. MUDANÇA DE ENDEREÇO COM A PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE NO PROVIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO E CONDENA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS NO VALOR DE R$10.000,00 (DEZ MIL REAIS). PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PARA REDUZIR A R$ 2.500,00 (DOIS MIL E QUINHENTOS REAIS) A VERBA CONDENATÓRIA, TOMANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO QUE SE TRATA DE CONDOMÍNIO DE BAIXA RENDA, O QUE IMPORTA NA NECESSIDADE DE MELHOR REDIMENSIONAR A QUANTIFICAÇÃO DA CITADA VERBA, MELHOR ADEQUANDO-A AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.[173]

---

[172] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação n° 1.0145.04.136557-1/001, 1365571-02.2004.8.13.0145 (1). Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Julgamento: 18/11/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=uso+anormal+da+propriedade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[173] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n° 0000371-09.2006.8.19.0079, 2008.001.27564. Relatora: Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Julgamento: 30/09/2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/jurisprudencia/seleção/consumidor/animal-apartamento.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CÃO DA RAÇA PIT BULL, ALI MANTIDO PELO RÉU CONTRA DISPOSIÇÃO DA CONVENÇÃO, DAS DEPENDÊNCIAS DE CONDOMÍNIO. DEFERIMENTO DO PLEITO DE TUTELA ANTECIPADA. QUESTÃO RELATIVA AO CONVÍVIO DE CONDÔMINOS. CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL E À CONSTITUIÇÃO. IMPERATIVIDADE DAQUELE QUE NÃO PODE VIOLAR DIREITOS ASSEGURADOS NAS NORMAS GERAIS E ABSTRATAS QUE LEGITIMAM ATÉ MESMO A DELIBERAÇÃO CONDOMINIAL. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES, OBSERVADA A PREVALÊNCIA DAQUELES GARANTIDOS COMO FUNDAMENTAIS PELA CONSTITUIÇÃO. EFICÁCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS ENTRE PARTICULARES. NESSE CONTEXTO, PODEM SER AFASTADOS REGULAMENTOS ESDRÚXULOS, ASSIM COMO PODEM SER VALIDADAS SITUAÇÕES SEM PREVISÃO REGULAMENTAR, MAS COM FUNDAMENTO NORMATIVO SUPERIOR. DIREITOS INDIVIDUAIS QUE ENCONTRAM LIMITES EM NORMAS VOLTADAS À HARMONIZAÇÃO DA CONVIVÊNCIA. TENSÃO ENTRE A LIBERDADE INDIVIDUAL E A COLETIVA, ALÉM DA SEGURANÇA DOS CONDÔMINOS. PROIBIÇÃO NA CONVENÇÃO DE GUARDA DE ANIMAIS QUE POSSAM CAUSAR TEMOR OU DESASSOSSEGO EM MORADORES. CÃO DE RAÇA NOTORIAMENTE FEROZ E DE GRANDE POTENCIAL DESTRUTIVO. CIRCUNSTÂNCIA PECULIAR QUE CHEGOU A ENSEJAR LEI ESTADUAL (3.205/99) QUE PROÍBE SUA COMERCIALIZAÇÃO E CRIAÇÃO, AINDA QUE MESTIÇA, EM QUALQUER CARÁTER, OBRIGA A SUA ESTERILIZAÇÃO E RESTRINGE SEVERAMENTE A SUA CIRCULAÇÃO. VEROSSIMILHANÇA DA NARRATIVA AUTORAL. FUNDADO RECEIO DE OCORRÊNCIA DE DANO GRAVE. IMPREVISIBILIDADE DO COMPORTAMENTO ANIMAL. À LUZ DESSAS CONSTATAÇÕES, A DISPOSIÇÃO CONDOMINIAL SE MOSTRA RAZOÁVEL, EM CONFORMIDADE COM OS ARTS. 1.277 E 1.336, IV, CC, E COM O ART. 5° DA CONSTITUIÇÃO. AO MENOS EM TUTELA JUDICIAL MARCADA PELA PROVISORIEDADE E URGÊNCIA. VALIDADE E VINCULATIVIDADE DA ESTIPULAÇÃO, AO MENOS PARA FINS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FAVOR DO CONDOMÍNIO. IMPOSSIBILIDADE, EM TAIS CIRCUNSTÂNCIAS, DE PREVALECIMENTO DE INTERESSE INDIVIDUAL, AINDA QUE DE CRIANÇA, SOBRE O COLETIVO. PRECEDENTES DO TR/RJ. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ART. 557, CPC, EM VISTA DE SUA MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA.[174]

O Tribunal do estado de Pernambuco privilegia historicamente o conceito de *tolerabilidade*, assim como tantas outras Cortes. Já o Tribunal do Distrito Federal inova, porquanto complementa as ordens emanadas pelos magistrados com normas de eficácia local, que versam sobre o tema explicitado. Como exemplo de Pernambuco, cita-se:

> AÇÃO DE DEMOLIÇÃO DE OBRAS, JULGADA IMPROCEDENTE E APELADA. OBRAS SEMELHANTES ÀS EXECUTADAS NOS APARTAMENTOS DOS DEMAIS CONDÔMINOS, INCLUSIVE NO DO APELANTE, COM A PERMISSÃO DO CONDOMÍNIO E DO SÍNDICO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ‘USO’ ‘ANORMAL’ OU IRREGULAR DA

[174] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n° 0026235-24.2008.8.19.0000, 2008.002.1823. Relator: Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Julgamento: 20/07/2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/jurisprudencia /selecao/consumidor/animal-apartamento.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> ‘PROPRIEDADE’, PORQUE NÃO ABUSIVO OU INTOLERÁVEL. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[175]

Nos precedentes do Distrito Federal, encontra-se:

> CIVIL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. ÁRVORES LIMÍTROFES. DEMANDA QUE VISA REMOVER COQUEIRO QUE SE POSTA PRÓXIMO À LINHA DIVISÓRIA DOS PRÉDIOS CONFINANTES. NÃO COLIDÊNCIA DAS NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO (DECRETO DISTRITAL) COM A DISCIPLINA DAS RELAÇÕES PRIVADAS INSERTAS NO CÓDIGO CIVIL. CASO EM QUE A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DO RÉU PRETENDIDA PELO AUTOR NÃO ENCONTRA AMPARO NAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 1.282 A 1.284 DO CÓDIGO CIVIL). INCABÍVEL A INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL. 1. O AUTOR/RECORRENTE PRETENDE A RETIRADA DE COQUEIRO DE TERRENO DO SEU VIZINHO/RÉU/RECORRIDO, AO FUNDAMENTO DE QUE OS FRUTOS DESSA PLANTA (COCOS E FOLHAS) EVENTUALMENTE CAEM NA ÁREA DE SUA RESIDÊNCIA E GARAGEM, JÁ SE TENDO VERIFICADO DANOS AO SEU TELHADO E COM POTENCIAL PARA ATINGIR A INTEGRIDADE FÍSICA DOS MORADORES. 2. A PERTINÊNCIA DO DECRETO DISTRITAL 14.783/93 (DISPÕE SOBRE O TOMBAMENTO DE ESPÉCIES ARBÓREO-ARBUSTIVAS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS), DE CARÁTER ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO, NÃO COLIDE COM AS NORMAS DE DIREITO PRIVADO, TAMPOUCO PODE AFASTAR A APLICAÇÃO DAS REGRAS ACERCA DO ‘DIREITO DE VIZINHANÇA’ E ‘ÁRVORES LIMÍTROFES’ PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (ARTS. 1.282 A 1.284). 3. CASO EM QUE, NÃO OBSTANTE AS RELEVANTES PREOCUPAÇÕES DO RECORRENTE, NÃO HÁ HIPÓTESE LEGAL PARA IMPINGIR AO RECORRIDO RESTRIÇÃO DE DIREITO DE PROPRIEDADE CONSISTENTE NA RETIRADA DA PLANTA DO TERRENO CONTÍGUO, NÃO RESTANDO EVIDENCIADA A HIPÓTESE DO ART. 1.282 OU A DO ART. 1.283, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, ESTE ÚLTIMO DO SEGUINTE TEOR: ‘AS RAÍZES E OS RAMOS DE ÁRVORE, QUE ULTRAPASSEM A ESTREMA DO PRÉDIO, PODERÃO SER CORTADOS, ATÉ O PLANO VERTICAL DIVISÓRIO, PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO INVADIDO.’ 4. NÃO SE CUIDANDO DE USO ANORMAL DA PROPRIEDADE (ARTS. 1.277 A 1.281 DO CÓDIGO CIVIL), É LÍCITO AO PROPRIETÁRIO DO TERRENO MANTER ESPÉCIE ARBÓREA NOS LIMITES DE SUA PROPRIEDADE, CUIDANDO-SE DE EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO, NÃO OBSTANTE EVENTUAIS DANOS CAUSADOS AO PRÉDIO VIZINHO, SE NÃO DECORRENTES DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, E PROVADA NEGLIGÊNCIA OU IMPRUDÊNCIA, DEVAM SER REPARADOS. 5. COMO DECORRÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 1.283 DO CÓDIGO CIVIL, SERIA, EM TESE, ADEQUADA AÇÃO COMINATÓRIA COM O FITO DE QUE O PROPRIETÁRIO DA ÁRVORE ADOTE PROVIDÊNCIA NO SENTIDO DE OBSTAR QUE HAJA PROJEÇÃO HORIZONTAL (V.G. CORREÇÃO DA INCLINAÇÃO POR MEIO DE CABOS) SOBRE O TERRENO CONFINANTE (DO AUTOR/RECORRENTE), EVITANDO A QUEDA DOS FRUTOS, DE SIGNIFICATIVA MASSA, SOBRE ELE. AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE PEDIDO ALTERNATIVO PARA UMA SOLUÇÃO DA CAUSA QUE

---

[175] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação n° 1870026756, 5537-2; Relator: Desembargador Waldemir Lins. Julgamento: 05/04/ 1995. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/resposta_processo.asp?CodProc=5547&Numero=5537200&Destaque=uso%20anormal%20da%20propriedade&Registros=1&Registro=1&Lista=PesqJurispFULLTEXT%20'uso%20<and>%20anormal%20<and>%20da%20<and>%20propriedade','%20',-1,-1,'%20',-1,'%20',",'%20',">. Acesso em: 8 dez. 2017.

> HARMONIZE O DIREITO DE AMBOS OS PROPRIETÁRIOS. IMPOSSÍVEL A ALTERAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E OFENSA AO DIREITO DE DEFESA DO RÉU/RECORRIDO. 6. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, COM SÚMULA DE JULGAMENTO SERVINDO DE ACÓRDÃO, NA FORMA DO ART. 46 DA LEI 9.099/95. CONDENO A RECORRENTE AO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. O PAGAMENTO DESTAS VERBAS FICARÁ SOBRESTADA POR 5 (CINCO) ANOS, NA FORMA DO ART. 12, DA LEI Nº 1.060/1950.[176]

Importa afirmar, contudo, que essa divisão não absorve qualquer unanimidade, mas apenas as orientações majoritárias.

A adoção de princípios comuns, incluindo aspectos doutrinários previamente mencionados no trabalho, forma jurisprudência parcialmente padronizada.

Assim, mesmo em São Paulo ou no Distrito Federal, vislumbra-se relativização da propriedade em detrimento dos direitos vicinais, mesmo com *uso* por *atividade econômica*, pois caros o *uso normal* e a *tolerabilidade*:

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO QUE DEFERE EM PARTE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DETERMINA AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL REQUERIDO A DESATIVAÇÃO DE SEUS APARELHOS DE REFRIGERAÇÃO (CLIMATIZADORES DE AMBIENTE) OU QUE TOME OUTRA MEDIDA QUE ACABE COM O BARULHO EXCESSIVO - NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSTANTES NO ARTIGO 273, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO.[177]

> CIVIL. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.277 C/C ARTS. 18 E 186, TODOS DO CCB/02. LOJA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EM ÁREA RESIDENCIAL. VIOLAÇÃO À ÁREA DE ZONEAMENTO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, NÃO CONFIGURADA POR JUNTADA DE DOCUMENTOS NA RÉPLICA E SEM VISTA OFICIALIZADA. DOCUMENTOS COMUNS A AMBAS AS PARTES. FOTOGRAFIAS DE CONHECIMENTO DOS FATOS PELA RECORRENTE. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 132 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. PROVA DOCUMENTAL ROBUSTA ATRAVÉS DE FOTOGRAFIAS JUNTADAS QUE VALIDOU A ASSERTIVA AUTORAL. PROVA DOS FATOS. APLICAÇÃO DO ART. 333, INC. I, DO CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 466-A, DO MESMO 'CODEX'. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1 – 'DATA VENIA', AO SUSCITAR PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA JUNTADA DE DOCUMENTOS NA RÉPLICA E APARENTEMENTE AO NÃO DAR

---

[176] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n° 2007.06.1.016453-3 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator: Juiz Rômulo de Araújo Mendes. Julgamento: 27 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?pq1=uso+anormal+da+propriedade&ORIGEM=INTER&NXTPGM=jrhtm02&l=20>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[177] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 0108401-79.2012.8.26.0000. Relator: Desembargador Marcos Ramos. Julgamento: 18/07/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

VISTA À PARTE CONTRÁRIA ESTARIA VIOLANDO O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO VIOLAÇÃO A PRECEITO DE ORDEM CONSTITUCIONAL. DOCUMENTOS DE CONHECIMENTO DO RECORRENTE, QUAIS SEJAM: FOTOGRAFIAS QUE DEMONSTRAM OS FATOS ELENCADOS NA EXORDIAL E TAMBÉM ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 358, INCISO III DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL, QUAL SEJA DOCUMENTOS COMUNS A AMBAS AS PARTES. JULGADOS CITADOS NÃO APLICÁVEIS À ESPÉCIE DOS AUTOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI DE REGÊNCIA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC. PROCEDIMENTO COM REGRAS PRÓPRIAS. TRAMITAÇÃO PROCESSUAL DIFERENCIADA. NÃO APLICABILIDADE DO ART. 132 DO CPC NO ÂMBITO DO JUÍZO NATURAL EM FACE DA NOVA REALIDADE JURÍDICA DA LEI 9.099/95. ARGUMENTOS CONF USOS E SEM NEXO. 2 - USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.277 DO CCB/02, VERBIS: ‘O PROPRIETÁRIO OU O POSSUIDOR DE UM PRÉDIO TEMO DIREITO DE FAZER CESSAR AS INTERFERÊNCIAS PREJUDICIAIS À SEGURANÇA, AO SOSSEGO E À SAÚDE DOS QUE O HABITAM, PROVOCADA PELA UTILIZAÇÃO DE PROPRIEDADE VIZINHA.’ 3 - A PROVA DOCUMENTAL PRODUZIDA NOS AUTOS, ATRAVÉS DAS FOTOGRAFIAS ACOSTADAS NAS FLS. 40/50 E O ABAIXO ASSINADO DOS MORADORES DA LOCALIDADE ACERCA DO USO INDEVIDO DA PROPRIEDADE CONFIGURAM MAIS DO QUE NUNCA O AB USO DO DIREITO E O NEXO CAUSAL A GERAREM O DEVER DE INDENIZAR, A TEOR DO ART. 186 DO CODEX CIVIL PÁTRIO DE 2002, PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. O SIMPLES FATO DE ESTAR AUTORIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO REGIONAL A FUNCIONAR, NÃO SIGNIFICA AUTORIZAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DA COLETIVIDADE, MUITO MENOS O NEFASTO ARGUMENTO DE PAGAR IMPOSTOS E GERAR EMPREGOS. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA QUE NÃO PODE PREVALECER SOBRE A VIOLAÇÃO DE NORMAS QUE PROTEGEM A CONVIVÊNCIA ENTRE VIZINHOS. 4 - PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR, A TEOR DO ART. 333, I, C/C ART. 348 DO CPC, DIANTE DA CONFISSÃO TÁCITA DA VIOLAÇÃO E USO ANORMAL DA PROPRIEDADE. 5 - IMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. PROVA ROBUSTA DOS DANOS MATERIAIS. 6 - DANOS MORAIS TAMBÉM CONFIGURADOS EM VIRTUDE DE SEREM "DAMNUM IN RE IPSA", CONSOANTE JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E DAS TURMAS RECURSAIS. 7 - VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, A TEOR DO ART. 18 DO CCB/02, FACE AOS ABORRECIMENTOS INTERMINÁVEIS E COM ÚLTIMA ALTERNATIVA, A BUSCA DO PODER JUDICIÁRIO PARA A SOLUÇÃO DAS PERTURBAÇÕES PERMANENTES. 8 - OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA NA SENTENÇA PARA RETIRADA DA ANTENA INSTALADA E DA CALHA D'ÁGUA. FALTA DE RESPEITO AO VIZINHO DESCARADAMENTE CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DA SOBREPOSIÇÃO DA LEI DO MAIS FORTE SOBRE O MAIS FRACO, DA IDADE MEDIEVAL. 9 - FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO VALOR DE R$ 7.600,00 ATENDENDO ASSIM AOS EFEITOS PEDAGÓGICOS, PUNITIVOS PARA CESSAÇÃO DAS ATIVIDADES PERIGOSAS E NOCIVAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PELOS SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. DE CONFORMIDADE COM O REGRAMENTO QUE ESTÁ AMALGAMADO NO ARTIGO 55 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (LEI Nº 9.099/95), A RECORRENTE, SUCUMBINDO NO SEU INCONFORMISMO, SUJEITA-SE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, OS QUAIS

> ARBITRO EM 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE A SOMA DAS DUAS CONDENAÇÕES.
> RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, LEGITIMANDO A LAVRATURA DO ACÓRDÃO NOS MOLDES AUTORIZADOS PELO ARTIGO 46 DA LEI Nº 9.099/95. UNÂNIME.[178]

Passando, pois, ao exame da jurisprudência, no que tange ao condômino antissocial, perceptível certa tendência de razão conferida ao Condomínio. Podem prevalecer os direitos vicinais, majoritariamente, mas com duas principais causas: o respeito às Assembleias condominiais, verificando o Judiciário, em regra, a legalidade e o respeito à forma prevista no ordenamento pátrio para as reuniões; e a interpretação da validade de multas inibitórias, não raras. Variados Tribunais assim dispõem:

> CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - MULTA POR COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL - ART. 1.337, CC - AUSÊNCIA DE QUÓRUM QUALIFICADO - CONVENÇÃO CONDOMINIAL - ASSEMBLÉIA ORDINÁRIA - NÃO ATENDIDA - HONORÁRIOS - RECURSO DESPROVIDO.
> I - O CONDOMÍNIO DEVE ATENDER ÀS NORMAS PROCEDIMENTAIS ESTABELECIDAS NO CÓDIGO CIVIL E EM SUA CONVENÇÃO PARA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL, SOB PENA DE NULIDADE.
> II - A VERBA HONORÁRIA OBSERVA A REGRA CONSTANTE DO § 3º DO ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, SEGUNDO A QUAL OS HONORÁRIOS SERÃO FIXADOS COM BASE NA APRECIAÇÃO EQUITATIVA DO JULGADOR, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO AS CIRCUNSTÂNCIAS ENUMERADAS, QUAIS SEJAM: A) GRAU DE ZELO DO PROFISSIONAL; B) O LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO; E, C) A NATUREZA E IMPORTÂNCIA DA CAUSA, O TRABALHO REALIZADO PELO ADVOGADO E O TEMPO EXIGIDO PARA O SEU SERVIÇO.[179]

> APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. MULTAS CONDOMINIAIS. CONDUTA ANTISSOCIAL. OCORRÊNCIA. EXIGIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O CONDÔMINO NÃO PODE UTILIZAR AS ÁREAS COMUNS DE MANEIRA PREJUDICIAL AO SOSSEGO, SALUBRIDADE E SEGURANÇA DOS OUTROS POSSUIDORES. EXEGESE DO ART. 1.336, IV, DO CÓDIGO CIVIL. VERIFICADO, NO CASO CONCRETO, O USO ANORMAL DAS ÁREAS COMUNS - PERMITIR E ALIMENTAR GATOS SOLTOS NO PÁTIO DO CONDOMÍNIO - MESMO APÓS DIVERSAS TENTATIVAS DE SOLUÇÃO AMIGÁVEL, CARACTERIZADA A CONDUTA ANTISSOCIAL CAPAZ DE GERAR INCOMPATIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA, MOSTRANDO-SE CABÍVEL A APLICAÇÃO E COBRANÇA DE MULTA, DEVIDAMENTE PREVISTA EM CONVENÇÃO CONDOMINIAL E REGIMENTO INTERNO. CONSTADA ABUSIVIDADE NO VALOR COBRADO EM RAZÃO DAS MULTAS APLICADAS, CABÍVEL SUA LIMITAÇÃO CONFORME PREVISTO NO REGULAMENTO INTERNO DO

---

[178] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n° 2008.08.1.000964-9 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator: Juiz Alfeu Machado. Julgamento: 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?pq1=uso+anormal+da+propriedade&ORIGEM=INTER&NXTPGM=jrhtm02&l=20>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[179] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n° 20100110489329APC. Relator: Desembargador Lecir Manoel da Luz. Julgamento: 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?ORIGEM=INTER&pq1=condomino+antissocial&l=20&NXTPGM=jrhtm02>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> CONDOMÍNIO. À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.[180]
>
> COBRANÇA - JUSTIÇA GRATUITA - PREPARO - MULTA - INFRAÇÃO CONDOMINIAIS - ART. 1.337, CC/2002. PROMOVIDO O PREPARO RECURSAL, A PARTE PRATICA ATO INCOMPATÍVEL COM A GRATUIDADE, IMPEDINDO O DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA. É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DA MULTA PELO CONDOMÍNIO AO CONDÔMINO OU POSSUIDOR DE UNIDADE AUTÔNOMA QUE NÃO CUMPRE SEUS DEVERES PERANTE O CONDOMÍNIO OU QUE DEMONSTRE REITERADO COMPORTAMENTO ANTI-SOCIAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 1337, CÓDIGO CIVIL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.[181]
>
> CONDOMÍNIO EDILÍCIO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA POR COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL PROCEDÊNCIA PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA POR VÍCIO DE EXTRAPETIÇÃO NÃO ACOLHIDA MERA MENÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO CORPO DA SENTENÇA NÃO INDUZ AO ENTENDIMENTO DE QUE A DECISÃO FOI EXTRA-PETITA - COMINAÇÃO DE MULTA POR COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL EM CONSONÂNCIA COM O DISPOSTO NO ART. 1.337 DO CÓDIGO CIVIL - DELIBERAÇÃO VÁLIDA PERTURBAÇÃO DO CONVÍVIO SOCIAL COMPROVADA NOS AUTOS ENVIO DE NOTIFICAÇÕES - DIREITO DE DEFESA ASSEGURADO PELO CONDOMÍNIO ANTES DE COMINAR A PENA RECURSO PROVIDO PARA DECRETAR A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.[182]

O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, por fim, além de examinar amplamente a questão condominial, debruçou-se sobre a hipótese da expulsão do condômino por condutas antissociais, aspecto oriundo de clamor em esfera judicial. Apesar de reiteradas vezes o Tribunal fazer prevalecer o pedido comunitário, afastou expressamente a retirada obrigatória do condômino antissocial, fundamentando com lei vigente:

> CONDOMÍNIO DE EDIFÍCIO. CONDUTA ANTI-SOCIAL. EXPULSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO PROPOSTA POR CONDOMÍNIO OBJETIVANDO A EXCLUSÃO DE MORADORES COM COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL

---

[180] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n° 70040098600. Relatora: Desembargadora Liege Puricelli Pires. Julgamento: 08/09/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=cond%F4mino+antissocial&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[181] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação n° 1.0024.05.811196-4/001, 8111964-74.2005.8.13.0024 (1). Relatora: Desembargadora Evangelina Castilho Duarte. Julgamento: 10/01/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=cond%F4mino+anti+social&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 8 dez. 2017.

[182] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 0230616-24.2007.8.26.0100. Relator: Desembargador Moreira Viegas. Julgamento: 01/08/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

> DA COMUNIDADE CONDOMINIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO DO AUTOR. PROVA CARREADA AOS AUTOS QUE DEMONSTROU A INCAPACIDADE DOS APELADOS DE CONVIVEREM PACIFICAMENTE EM SOCIEDADE. PEDIDO DE EXPULSÃO DOS APELADOS DO CONDOMÍNIO-APELANTE QUE NÃO TEM AMPARO LEGAL, JÁ QUE A LEI NÃO PREVÊ ESSE TIPO DE SANÇÃO PARA O CASO COMO O DOS AUTOS, MAS TÃO SOMENTE PENALIDADES ADMINISTRATIVAS, COMO AS DOS ARTIGOS 1.336 E 1.337 DO CÓDIGO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO APELANTE, POIS VERIFICADA A SUCUMBÊNCIA, TENDO SUA FIXAÇÃO OBSERVADO OS CRITÉRIOS PREVISTOS NO ARTIGO 20, § 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.[183]

[183] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n° 0042255-53.2009.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Ana Maria Oliveira. Julgamento: 28/09/2010. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a0aba3da-5de6-47e2-a3de-cfc4b1ae5644&groupId=10136>. Acesso em: 8 dez. 2017.

9 CONCLUSÃO

Diante dos resultados do trabalho, conclui-se, inicialmente, que a propriedade é medida constante na humanidade, ainda que em variados níveis e com diferentes enfoques. Passa por evolução de evidência em Roma, que lhe confere uma série de atributos de natureza quase absolutista. Roma deixa esse legado na Europa Continental, com destaque a Portugal, que, por sua vez, traz ao Brasil a importância elevada do referido instituto social e jurídico.

Percebe-se, outrossim, que desde sempre a propriedade sofre limitações, até mesmo por razões fáticas, sendo impossível compreender um conteúdo absoluto. Tanto as limitações pelo direito vicinal, como de outras origens, são reconhecidas, inclusive na História do Direito.

Necessário ressaltar como a evolução dos entendimentos sociais e doutrinários é absorvida de maneira crescente no âmbito das normas constantes do ordenamento. É suficientemente claro notar, ainda, como, no caso brasileiro, houve a cristalização de princípios. A Constituição Federal de 1988 trouxe diretrizes que não podem ser ignoradas, ao passo que a lei civil por excelência – o Código Civil – também releva princípios comunitários e a *função social da propriedade*. Tratar hodiernamente desse domínio como ilimitado não mais se comporta.

Quanto à importância da interpretação ao longo do tempo, tornando viva a ordem da Carta Magna, que deve ser estável na aplicação cotidiana do Direito:

> O traço caracterizador da atividade interpretativa como fator de atualização das normas constitucionais é o fato de esta não levar a cabo qualquer mudança no texto escrito da constituição, que permanece intacto. Em outras palavras, a constituição é atualizada sem que para isso seja necessário levar a efeito qualquer alteração formal em seu texto. A via da interpretação sempre existiu; no entanto, é preciso atentar para o fato de que ela é utilizada mais em alguns países que em outros.[184]

Se a Constituição Federal de 1988 assegura, tão fortemente, princípios com a função social da propriedade em paralelo ao próprio direito de propriedade, afirma-se a necessidade, e não a escolha, de vê-la colocada em prática no expediente forense e político nacional, levando-se em conta as regras de interpretação da Carta Magna.

> Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da constituição é sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A constituição regula tanto o modo de produção das normas jurídicas como, também, delimita o conteúdo que possam ter.[185]

---

[184] SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.* In: SILVA, Virgílio Afonso, op. cit., p. 159.

[185] BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Aqui considerado, diga-se, o Código Civil e todo o ordenamento infraconstitucional acerca da propriedade.

> Com base na interpretação conforme a constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto.[186]

As questões vicinais foram extensamente versadas na doutrina que, apesar de eventual opinião divergente para certas orientações, sempre reconheceu os limites da propriedade. A partir de elementos comuns e gerais, com rigor teórico, foi possível solidificar um conjunto de princípios que norteiam a resolução de conflitos, sendo inclusive plasmados em ocasião de edição normativa pretérita.

Visível, pois, a realidade quanto à chance de responsabilizar o vizinho por suas condutas, arrimando-se, ademais, na norma, jamais omissa; e na doutrina, que é manifesta no sentido de observar a convivência vicinal. Evidencia a opinião aqui defendida a jurisprudência. Conquanto haja divergência na compreensão, protegido o vizinho prejudicado.

Opõe-se, apenas, à interpretação que veda absolutamente a expulsão do condômino antissocial. Se não há, de fato, questão legal a regular os termos da manutenção do proprietário em sua unidade condominial, é necessário que haja meios de prever tal sanção. Esse entendimento não afasta a demanda por um cuidado específico, oriundo de discussão social e política, aliada à elaboração legislativa em espécie.

São dois os aspectos que fundamentam a possibilidade de expulsão: a interpretação civil a partir da Constituição Federal; e a relativização da hipótese extrema de acordo com critérios que embasem o impedimento condominial.

No que tange à omissão quanto à referida figura, excetuando a jurisprudência do Rio de Janeiro, deve-se compreender que a Carta Magna trouxe um novo conjunto de diretrizes aplicáveis ao Direito Civil, de modo que se encontra difícil ignorar o visível processo que modificou o panorama da propriedade. Quanto à parcimônia, fundamental para tanto, entende-se que importa a existência de limites para a expulsão. Não basta o pedido ou mesmo a gravidade da conduta, mas sua contínua reiteração após um número elevado de atos repressores do *uso anormal* da propriedade.

Todas as fronteiras correntes devem ser aplicadas, havendo a proteção ao *bem de família* e o afastamento da expulsão em casos extremos: sem a possibilidade de mudança ou meios para que ela ocorra, os excessos da expulsão implicariam justamente o

---

[186] BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula, op. cit.

desrespeito às normas constitucionais e legais que garantem a função social da propriedade e o direito à moradia.

Coaduna-se, pois, o presente trabalho à vertente do Professor Marco Fábio Morsello, amparado, por sua vez, na lição de Antonio Junqueira de Azevedo:

> O jurista Antonio Junqueira De Azevedo (...) preceitua que há uma posição intermediária que não prega o desaparecimento do Direito Civil, muito embora reconheça a superioridade hierárquica da Constituição, de modo que impor-se à denominada interpretação da lei, conforme a Constituição, seguindo-se o escólio de Konrad Hesse (...).
> Referida corrente é corroborada, outrossim, por Larenz, que se escuda no denominado personalismo ético, que é ínsito ao Direito Civil, que 'civilizou' a Constituição. (...) Deveras, depreende-se que a Constituição, atualmente desempenha função iluminante que não elide a interpretação conforme seus preceitos, como elucida o Jurista Antonio Junqueira de Azevedo, (...).[187]

Conclui-se, destarte, que prospera a interpretação de limitação da propriedade, no atual panorama civil constitucional. Os conceitos de *função social da propriedade* e *tolerabilidade* devem prevalecer, a fim de coibir o condômino antissocial. Esse condômino se sujeita à responsabilização, a qual deve ser efetiva, se entendida a conduta como *intolerável*. Resta, pois, findar o exame da matéria com opção decidida e formada.

---

[187] MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 96.

10 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES; Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 3 v.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the law of England*, Lewis: Philadelphia, 1900.

BONFANTE, Pietro, Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza. *Rivista di Diritto Civile*, 1911.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.15.064374-0/001 13ª Câmara Cível. Relator: Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgameto: 24/08/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=148&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=%2522propriedade%2522 %2522dignidade da pessoa humana%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&.> Acesso em 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.17.044373-3/001 6ª Câmara Cível. Relatora: Desa. Sandra Fonseca. Julgamento: 05/09/2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=148&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=%2522propriedade%2522 %2522dignidade da pessoa humana%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 276741-5, 0003119-42.2006.8.17.1090 3ª Câmara de Direito Público. Relator Antenor Cardoso Soares Junior. Julgamento: 26/09/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2)>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 433752-8, 0002237-68.2014.8.17.0001 4ª Câmara de Direito Público. Relator Rafael Machado da Cunha Cavalcanti. Julgamento: 01/09/2017. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 442374-3, 0057560-58.2014.8.17.0001 6ª Câmara Cível. Relator Eduardo Augusto Paura Peres. Julgamento: 20/06/2017. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 463102-7, 0024520-22.2013.8.17.0001 4ª Câmara de Direito Público. Relator Rafael Machado da Cunha Cavalcanti. Julgamento 19/05/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 465812-6, 0072233-61.2011.8.17.0001 1ª Câmara de Direito Público. Relator Fernando Cerqueira. Julgamento: 11/04/2017. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml#DOC2>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação / Reexame Necessário nº 1021441-79.2015.8.26.0071 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública. Relator: Oswaldo Luiz Palu. Julgamento: 26/10/2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0029636-68.2011.8.26.0602 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Cível. Relator: Jacob Valente. Julgamento: 06/11/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0048673-67.2013.8.26.0002 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara da Família e Sucessões. Relator: Rômolo Russo. Julgamento: 18/04/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n° 2007.06.1.016453-3 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator: Juiz Rômulo de Araújo Mendes. Julgamento: 27 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?pq1=uso+anormal+da+propriedade&ORIGEM=INTER&NXTPGM=jrhtm02&l=20>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n° 2008.08.1.000964-9 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Relator: Juiz Alfeu Machado. Julgamento: 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?pq1=uso+anormal+da+propriedade&ORIGEM=INTER&NXTPGM=jrhtm02&l=20>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n° 20100110489329APC. Relator: Desembargador Lecir Manoel da Luz. Julgamento: 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?ORIGEM=INTER&pq1=condomino+antissocial&l=20&NXTPGM=jrhtm02>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação n° 1.0515.07.025189-4/001, 0251894-60.2007.8.13.0515 (1). Relator: Desembargador Fernando Caldeira Brant. Julgamento: 17/08/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=uso+anormal+da+propriedade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação n° 1.0145.04.136557-1/001, 1365571-02.2004.8.13.0145 (1). Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Julgamento: 18/11/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=uso+anormal+da+propriedade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação n° 1.0024.05.811196-4/001, 8111964-74.2005.8.13.0024 (1). Relatora: Desembargadora Evangelina Castilho Duarte. Julgamento: 10/01/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=cond%F4mino+anti+social&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação n° 1870026756, 5537-2; Relator: Desembargador Waldemir Lins. Julgamento: 05/04/ 1995. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/resposta_processo.asp?CodProc=5547&Numero=5537200&Destaque=uso%20anormal%20da%20propriedade&Registros=1&Registro=1&Lista=PesqJurispFULLTEXT%20'uso%20<and>%20anormal%20<and>%20da%20<and>%20propriedade','%20',-1,-1,'%20',-1,'%20',",'%20',">. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 0108401-79.2012.8.26.0000. Relator: Desembargador Marcos Ramos. Julgamento: 18/07/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 0116123-39.2009.8.26.0011. Relator: Desembargador Pereira Calças. Julgamento: 08/08/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 0044746-67.2010.8.26.0562. Relator: Desembargador Marcondes D´Angelo. Julgamento: 18/07/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 0230616-24.2007.8.26.0100. Relator: Desembargador Moreira Viegas. Julgamento: 01/08/2012. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n° 0000371-09.2006.8.19.0079, 2008.001.27564. Relatora: Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa. Julgamento: 30/09/2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/jurisprudencia/selecao/consumidor/animal-apartamento.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n° 0168659-23.2007.8.19.0001 Segunda Câmara Cível. Des. Jessé Torres Pereira Júnior. Julgamento: 11/02/2009. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=856166&EmenPorAss=true&PageSeq=1>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0060354-06.2011.8.19.0000 Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Des(a). Marco Aurélio Bezerra de Melo. - Julgamento: 24/01/2012. Agravo de Instrumento nº 0009983-34.1994.8.19.0000. Relator: Des. Humberto de Mendonça Manes. Julgamento: 14/02/1995. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1452074&EmenPorAss=true&PageSeq=0>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.09232. Relator: Des. Maria Augusta Vaz. Julgamento: 24/05/2005 e Agravo de Instrumento nº 2003.002.04915. Relator Des. Joaquim Alves de Brito. Julgamento: 05/08/2004. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2006.001.61775>. Acesso em 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0024465-97.2002.8.19.0002 Quarta Câmara Cível. Relator: Des(a). Reinaldo Pinto Alberto Filho. Julgamento: 09/01/2007. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2006.001.61775>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n° 0026235-24.2008.8.19.0000, 2008.002.1823. Relator: Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Julgamento: 20/07/2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/jurisprudencia/selecao/consumidor/animal-apartamento.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n° 0042255-53.2009.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Ana Maria Oliveira. Julgamento: 28/09/2010. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a0aba3da-5de6-47e2-a3de-cfc4b1ae5644&groupId=10136>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0323611-52.2010.8.19.0001 Oitava Câmara Cível. Desa. Mônica Maria Costa di Piero. Julgamento: 05/04/2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3097322&EmenPorAss=true&PageSeq=0>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo Administrativo nº 0032046-57.2011.8.19.0000 Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial. Des. Luiz Felipe da Silva Haddad. Julgamento: 07/11/2011. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1853105&EmenPorAss=true&PageSeq=1>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n° 70036892115; Relatora: Desembargadora Liege Puricelli Pires. Julgamento: 19/08/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=uso+anormal+da+propriedade&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70067757849 Vigésima Câmara Cível. Relator: Alexandre Kreutz. Julgamento: 05/07/2017. Disponível em: <em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22fun%C3%A7%C3%A3o+social+da+propriedade%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&WC=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=%22prote%C3%A7%C3%A3o+da+propriedade%22&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70070560412 Décima Nona Câmara Cível. Relatora: Mylene Maria Michel. Julgamento: 22/06/2017Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072184633 Décima Nona Câmara Cível. Relator: Marco Antonio Angelo> Julgamento: 14/09/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70072513062 Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgamento: 13/07/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22fun%C3%A7%C3%A3o+social+da+propriedade%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=%22prote%C3%A7%C3%A3o+da+propriedade%22&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris>. Acesso em 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70073307233 Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgamento: 17/08/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22 dignidade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__p olitica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as _qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&Access =p&entqr=3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario #main_res_juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70073603326 Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Giovanni Conti. Julgamento: 20/07/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dign idade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politi ca-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=& as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr =3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res _juris>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70064081227 Terceira Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento: 29/06/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22propriedade%22+%22dignid ade+da+pessoa+humana%22&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica -site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_ epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-BR&ip=186.220.139.115&access=p&entqr= 3&entqrm=0&client=tjrs_index&filter=0&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_ juris)>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n° 70036962447. Relatora Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich. 28 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=uso+anormal+da+propriedade&tb=jurisnova&partialfiel ds=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28Tip oDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%2 5A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n° 70040098600. Relatora: Desembargadora Liege Puricelli Pires. Julgamento: 08/09/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=cond%F4mino+antissocial&tb=jurisnova&partialfields =tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28Tipo Decisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25 A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 8 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil introduction*. 18. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1988.

_____. *Droit civil tome 3*: les biens, monnaie, immeubles, meubles. 12. ed. Paris: Presses universitaires de France, 1988.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro: [s.l.], 1939.

DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El derecho de propriedad*: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

DUARTE, Nestor. Comentários à parte geral. In: PELUSO, César (Coord.). *Código Civil comentado*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Tradução Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAMBARO, Antonio. *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*. Milão: Giuffrè, 1975.

GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'antiquite*. Paris: Sirey, 1967.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole.* Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução António M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LIBERATORE, Pasquale Maria. *Osservazioni sul titolo secondo de delvincourt – corso di diritto civile*. Nápoles: [s.l.], 1828. Tradução para o italiano.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. In: PELUSO, César (Coord.). *Código civil comentado*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 3 v.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORSELLO, Marco Fábio. Direito civil constitucional e o direito de propriedade no Brasil e no direito comparado. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Porto Alegre, v. 2, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Constituição federal comentada e legislação constitucional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PELUSO, César (Coord.). *Código civil comentado*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. 1 v.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Obra atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval.

RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*. 2. ed. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1990.

SÁ, Francisco Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, 1973.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português*: fontes do direito. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. 1 v.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERRÉ, François. L'évolution du droit de propriété depuis le Code Civil. *Droits Revue Française de Théorie Juridique*. Paris, 1985.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das coisas. Posse. Direitos Reais. Propriedade. Artigos 1.196 a 1.368. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. 12 v.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.