

Tozzini
Freire
Teixeira
e Silva
Advogados

Biblioteca

São Paulo

MARCO AURELIO S. VIANA

COMENTÁRIOS
AO NOVO CÓDIGO
CIVIL

DOS DIREITOS REAIS

ARTS. 1.225 A 1.510

VOLUME XVI

COORDENADOR

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

EDITORA
FORENSE

1ª edição - 2003

MARCO AURELIO S. VIANA

Doutor em Direito Civil pela UFMG - Advogado em Belo Horizonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ
CIP - Brasil, Catalogação-na-fonte

Viana, Marco Aurelio de Silva, 1947 -
Comentários ao Novo Código Civil, volume XVI : dos direitos reais / Marco
Aurelio S. Viana. - Rio de Janeiro: Forense, 2003.
Conteúdo: v. 16. Arts. 1.225 a 1.510.
ISBN 85-309-1829-0
I. Brasil (Código Civil) - 2003. I. Direitos reais
I. Título.
03-0758
047.22 (81)

COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

Dos Direitos Reais

Volume XVI
(Arts. 1.225 a 1.510)

Coordenador
SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA



EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro
2003

4013

1ª edição – 2003

© Copyright
Marco Aurelio S. Viana

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

V668c

Viana, Marco Aurelio da Silva, 1947 –

Comentários ao Novo Código Civil, volume XVI : dos direitos reais / Marco Aurelio S. Viana. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Conteúdo: v. 16. Arts. 1.225 a 1.510.

ISBN 85-309-1829-0

1. Brasil (Código Civil – 2002). 2. Direitos reais.

I. Título.

03-0756.

CDU 347.22 (81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br

Críticas e sugestões: glaucia@forense.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º, 2º, 5º, e 7º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tels.: (0XX21) 2533-5537 – Fax: (0XX21) 2533-4752

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

2003

342.1
VIA
2003
16

VIANA, MARCO AURELIO DA SILVA

Advogado

anterioridade da posse e a natureza do lugar. Vejamos: se uma pessoa escolhe uma zona industrial para morar, o fato de se instalar uma indústria que lhe cause problemas, não autoriza que o industrial responda pelas despesas. Sendo possível reduzir ou eliminar as interferências, não percamos de vista que o dono da indústria está exercendo sua atividade no lugar que é próprio para esse fim. O vizinho é que escolheu local inadequado para morar. Não nos parece favorecer a equidade impor ao industrial as despesas respectivas. O que se pode exigir é que ele suporte os meios ou instrumentos necessários à redução das interferências, mas não vemos como impor-lhe o dever de indenizar. Mas se o lugar era residencial, ou industrial, mas voltado para indústrias que não causem problemas, a mudança provocada pela indústria deve ser por ela suportado, pois que a anterioridade da posse do prejudicado, ou a mudança na destinação industrial, não pode ser lançada sobre os ombros do prejudicado. Ele não está obrigado a suportar a mudança no *estado dos lugares*. Em verdade, no caso concreto, para estabelecer a quem cabe a obrigação de responder pelas despesas necessárias a que se reduza ou elimine as interferências está centrada na afronta à obrigação de respeitar o *estado dos lugares*. Lembramos que o parágrafo único do art. 1.277 submete o exame do conflito à distribuição das edificações em zonas.

Art. 1.280. O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameaça ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.

Direito anterior – Art. 555 do Código Civil de 1916.

Art. 555. O proprietário tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameaça ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

COMENTÁRIO

1. Conflito de vizinhança decorrente da ruína do prédio vizinho

Vimos que o conflito de vizinhança decorre às vezes do estado em que o dono do prédio vizinho o mantém. Não se tem como negar que a ruína do prédio vizinho implica em danos à pessoa ou às coisas.

Estamos diante do dano *ad rem*, dano de prédio a prédio, de coisa a coisa, de ordem puramente material. A ruína pode ser total ou parcial, atingindo prédio mesmo, algum poste, muro, muralha, reservatório, tanque, açude, canalização ou obra de jardim, porque tudo pode ser demolido, ou reparado, para evitar dano, como já ensinava Pontes de Miranda (*Tratado*, cit., t. 11, p. 21). A tutela alcança os vícios de construção, ou seja, aqueles decorrentes de uma imperfeição, de um defeito de execução, por força de erro técnico na edificação. O art. 1350º do Código Civil português permite ao vizinho exigir proteção contra presumível desmoronamento.

O dano deve ser iminente. Isso significa que ele compreende o dano certo e inevitável, mesmo que futuro. Não se perfaz com o dano eventual e provável. O que se reclama é que ele seja razoavelmente próximo e que possa se transformar em iminente, de uma hora para outra. Examina-se a espécie dentro dos limites possíveis da previsibilidade humana, considerando-se aquilo que acontece de ordinário em hipóteses semelhantes (Cf. Carvalho Santos, *Código Civil*, cit., v. 8, p. 17; Moacyr Amaral Santos, *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, t. 2, p. 594). No direito anterior admitia-se, sob a império da regra do art. 555, que se aplicasse a norma a outras hipóteses, entre elas a obra executada em prédio vizinho, que implique incêndio, inundação, desmoronamento de terreno, abatimento deste, e motivos análogos.

A tutela é assegurada ao proprietário e ao possuidor. Não se exige que o prédio esteja ocupado.

O vizinho prejudicado dispõe do direito de exigir do vizinho que ele proceda à demolição do prédio em ruína, ou que o repare. Admite-se que exija caução. Para defesa de seu direito dispõe da ação de dano infecto, que examinaremos mais à frente.

Art. 1.281. O proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual.

Direito anterior – Sem correspondente no Código Civil de 1916.

COMENTÁRIO

1. Conflito de vizinhança decorrente do direito de fazer obras

A norma legal dispõe a respeito da execução de obras dentro do imóvel do proprietário ou possuidor. Alguém é titular do direito de executá-las. Seria a hipótese de alguém estar legalmente autorizado a entrar na propriedade e nela edificar passagem de tubos, tubulações e outros condutos, ou permitir que o dono de prédio encravado faça obra para ter passagem, ou, ainda, construir canais pelo terreno do vizinho, para receber águas, entre outras hipóteses. Nesses casos, o proprietário ou possuidor, cujo prédio está obrigado a aceitar a execução das obras, está legitimado a exigir garantia, no caso de dano iminente.

Já vimos que o dano iminente não é tomado no sentido de instante, mas razoavelmente próximo e que possa a vir a transformar-se em iminente, de uma hora para outra. Assim, o primeiro requisito para se exigir garantia, é que se prove a presença do dano iminente, o que se faz mediante perícia, como regra geral. Não basta alegar, sendo indispensável que reste provado de forma cabal que há dano iminente. Para reclamar a garantia é mister que se prove, antes, a concorrência do dano iminente.

Demonstrado que esse se faz presente, como decorrência da execução das obras a se fazer em sua propriedade, o prejudicado exigirá garantia, para a hipótese de o dano ocorrer. Essa garantia se faz mediante caução, que pode ser em dinheiro, em papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança (art. 827 do CPC). Não se pode impor ao que está obrigado a caucionar a obrigação de prestá-la em dinheiro, uma vez que a escolha da espécie de caução lhe cabe. Mas não se deve tomar a solução como regra geral, sendo importante o exame do caso concreto. A respeito da caução dispõem os artigos 823 a 838 do Código de Processo Civil.

2. Da ação de dano infecto

Antes de encerrarmos o estudo dos conflitos de vizinhança e sua composição, é importante deixarmos alguma noções sobre a ação de dano infecto e do direito de pedir indenização, temas de inegável cunho prático.

Observamos, inicialmente, que a denominação dada à ação, pelo autor, não deve ser objeto de grande preocupação. O que exige exame é o pedido, devendo ele ser viável diante do que se denomina direito material. Devemos nos ater, também, à via procedimental, e apurar sua adequação ao pedido

formulado. Vigora, atualmente, o conceito de ação como direito abstrato. Apesar disso é ainda muito grande a preocupação com o rótulo que se dá à ação, razão pela qual abrimos esse parágrafo para cuidar de ação denominada de dano infecto, *cautio damni infecti* do direito romano.

Sua origem devemos buscar no direito romano, onde a caução de dano infecto tinha por escopo a tutela daquele que se via ameaçado pela ruína do prédio vizinho. Mais tarde ela tem seu campo de atuação alargado, e acaba por abranger a atividade prejudicial do vizinho. No direito vigente, como já ocorria sob a égide do diploma civil revogado, ela se apresenta sob dois aspectos: a) visando tutelar o vizinho contra interferências prejudiciais (art. 1.277); b) assegurando-lhe o direito de se opor ao dano *ad rem*, ou seja, a ameaça de prédio a prédio (art. 1.280). Iniciamos nosso estudo pela ação apoiada no art. 1.277 do Código Civil.

A legitimidade ativa é do proprietário ou possuidor, e a legitimidade passiva repousa naquele que provoca a interferência prejudicial.

O pedido consistirá em proibir as interferências prejudiciais, podendo a pena consistir na demolição, na interdição ou mesmo na indenização, como já observava Moacyr Amaral Santos, no estudo das ações cominatórias, quando traçava o seguinte quadro: a) caberia demolição se a interferência consistisse em obras cuja permanência fosse daninha ao sossego ou à saúde; b) comportaria interdição, como no caso de uma indústria de explosivos, que ameaça a segurança do autor, ou de um bordel, que traz desassossego à vizinhança; c) haveria indenização quando os maus odores oriundos do imóvel do réu, além de prejudicarem o sossego do autor, desvalorizassem o prédio deste (*Ações Cominatórias*, cit., v. 2, p. 566). O ensinamento prevalece. Em verdade o pedido do autor consiste em proibir as interferências prejudiciais, impondo ao réu obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa, nada impedindo que o pedido seja alternado: multa ou demolição, ou interdi-

ção. Incide o art. 632 e seguintes do Código de Processo Civil. O autor, em execução, deve requerer que seja executada a obrigação à custa do réu, ou pedir perdas e danos. A isso se acresce o direito de exigir a cominação prevista na sentença.

3. Da ação de dano infecto em havendo dano *ad rem*

A ação de dano infecto virá, também, com apoio no art. 1.280 do diploma civil. Cuida-se de dano *ad rem*, não tendo maior importância estar o prédio ocupado ou não. O que merece destaque é o fato de o prédio vizinho estar em ruína, ameaçando o prédio do autor.

Não padece de qualquer dúvida o fato de o proprietário diligenciar no sentido de conservar o seu prédio, afastando a possibilidade de ele vir a se tornar fonte de danos à órbita de interesse de terceiros. Exigem-se do dono do prédio os cuidados mínimos necessários à manutenção do edifício de forma que ele não prejudique o vizinho, e, de modo geral, a comunidade.

Sobre o conceito de ruína, o tema mereceu atenção no estudo do art. 1.280. No momento lembramos que a ação pode ser manejada para afastar, também, os vícios de construção, ou seja, aqueles que decorrem de uma imperfeição, um defeito de execução da obra, por força de erro técnico na edificação do prédio. Esse ponto mereceu estudo, também.

A pretensão será exercitada pelo proprietário ou possuidor prejudicado, contra aquele que mantém o prédio no estado de ruína, ou o responsável pelos vícios da construção. Se o dano se efetiva, o caso é de ação visando obter indenização. O dano deve ser certo e inevitável, mesmo que futuro, como já vimos anteriormente.

O autor poderá pedir a demolição, a reparação ou a caução, tendo esta caráter subsidiário, ou vindo preventivamente, ou de forma autônoma. Lem-

bramos, contudo, que no direito anterior esse modo de ver não era pacífico, pois Clóvis Beviláqua sustentava que o pedido de caução seria sempre subsidiário daquele de demolição ou reparação (*Código Civil*, cit., comentários ao art. 555, p. 1.037). Em sentido contrário estava Pontes de Miranda, admitindo que eram três as pretensões autônomas: demolir, reparar e caucionar (*Tratado*, cit., v. 11, p. 21). Filiamo-nos à segunda corrente, porque não vislumbramos a restrição apresentada por Clóvis Beviláqua. Em verdade o vizinho prejudicado saberá melhor do que ninguém o que atende aos seus interesses. Lembrávamos, então, que nem mesmo o exame gramatical do texto legal permitia outra conclusão, reportando-nos ao ensinamento de Moacyr Amaral Santos, no estudo das ações cominatórias, que dizia: “Mas com esse sentido, ou com o que lhe é absolutamente próprio – “do mesmo modo”, “da mesma forma”, a locução “bem como “não repele, no texto que se comenta, a admissibilidade da caução como pedido principal”. Está escrito nesse texto que “o proprietário a) tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameaça ruína; b) bem como (da mesma forma, do mesmo modo) que tem o direito a exigir que preste caução pelo dano iminente” (*Ações Cominatórias*, cit., v. 2, p. 580).

Não vemos motivo para modificar o entendimento esposado sob a égide do Código Civil de 1916. A redação do art. 1.280 é a mesma do art. 555 do Código revogado, e as alternativas criadas a favor do proprietário prejudicado são as mesmas.

Observamos, por derradeiro, que o que se persegue com a ação de dano infecto é compor o conflito de vizinhança. Se restar provado que o caminho é a demolição e não a reparação pretendida, não vemos razão para que a solução não seja acolhida, apesar do pedido formulado. Não nos devemos esquecer que o que se persegue é a solução de um conflito entre vizinhos,

não tendo maior relevância prática o que foi pedido. O que se examina, no caso concreto, é a melhor solução para o impasse criado.

O sujeito passivo é o dono do prédio. Se a obra estiver em andamento, a ação adequada é a denúncia e obra nova (arts. 934 a 940 do CPC). Estando a obra concluída e há ameaça de ruína, pouco importando se por falta de conservação ou vício de construção, a ação deverá ser dirigida contra o proprietário, que é o dono da coisa, ou seja, o prédio, e não demandar o construtor, contra quem o proprietário dispõe de ação regressiva, visando ressarcir os prejuízos. Mas se dispuser de elementos para provar que os motivos do desabamento e conseqüente dano advieram de vício de construção, não vemos obstáculo a se acionar o próprio construtor.

Se o vizinho estiver obrigado a tolerar as interferências, isso não significa que ele não possa exigir a redução, ou a eliminação, quando possíveis. Isso ocorre quando se tem ato lesivo. Como exemplo lembramos o vizinho que pretende demolir sua casa. É um direito que lhe assiste, como proprietário que é. Ocorre que seu ato, embora normal e lícito, pode refletir no prédio vizinho, provando dano *ad rem*. Nada impede, contudo, que ele exija sejam tomadas medidas técnicas para afastar o dano, ou que exija caução, que funciona como garantia para pagamento dos danos que vier a sofrer. Obviamente que a caução persistirá por todo o tempo em que permanecer o perigo, e seu valor será o suficiente para cobrir os danos. Nada impede, contudo, em caso de ruína, que seja pedida a demolição, ou a reparação, com a caução, de forma alternada.

Não sendo possível a demolição ou a reparação, pela natureza dos fatos, nada obsta que a pena seja a suspensão das obras, alternada com a caução. É o que se dá, por exemplo, com a demolição de um prédio. Se o proprietário não prestar a caução, o juiz determinará a suspensão dos trabalhos. Outro exemplo é o de escavações para as fundações de um edifício. Se o seu propri-

etário não presta caução, o juiz decretará a suspensão das obras até que ela seja prestada.

4. Do dano moral

A existência de dano para o vizinho autoriza o pedido de indenização, pela presença de ilícito (art. 186). Abrange o dano material e o moral. A redação do art. 186 não deixa dúvida, sendo certo que, mesmo antes da edição do Código Civil de 2002, já se admitia a indenização do dano moral, assegurado pela Lei Maior.

Carvalho Santos ilustra a espécie remontando-se a um julgado do Tribunal de São Paulo, datado de abril de 1932, envolvendo um posto de gasolina. Naquela oportunidade entendeu-se, com acerto, que a instalação e exploração de posto para lubrificação de automóveis, mediante vaporização de óleo, causa prejuízo à propriedade vizinha, desvalorizando-a. Ponderou-se, então, que o óleo se espalhava, impregnava as paredes, móveis e tapeçarias do vizinho, que se via obrigado a manter o prédio fechado, se não quisesse sofrer as conseqüências danosas (*Código Civil*, cit., v. 8, p. 13). O exemplo é elucidativo, e o direito de pedir indenização consiste na depreciação sofrida pelo imóvel vizinho, o que pode alcançar o seu valor venal, ou locatício. Não tem qualquer importância a prévia autorização dada pelo Poder Público. Ninguém pode ser investido do direito de prejudicar seus vizinhos, nem a licença ou concessão de autoridade administrativa tem o condão de afastar o direito às perdas e danos. Obviamente que é de se ater ao caso concreto e se apurar se concorrem os requisitos legais que tipificam o conflito de vizinhança.