

PROVA ESCRITA DE DIREITO CIVIL (1)

Ponto 12.º — DIREITO DE VISINHANÇA — Uso nocivo da propriedade

Unger, o notavel jurisconsulto austriaco, estudando, na sua obra "System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts" o quadro geral do direito civil, escreve que o homem, para satisfação de suas necessidades, precisa dominar a natureza não livre em que vive. Essa dominação, porém, não pode ser da natureza integral, na sua totalidade, mas sim de parcelas limitadas, determinadas, não só pela relatividade do seu poder de dominação, como pelas dificuldades e obstaculos, que a propria natureza, na sua complexidade, lhe opõe. Essas parcelas da natureza, dominaveis pelo homem, na sua luta pela vida, são o que, no campo do direito, se chama, tecnicamente — *cousas*. A relação, que se forma e constitue entre o homem e os bens materiaes, é uma relação fisica, material, de mera dominação; ela se torna, porém, em relação juridica pelo respeito que lhe devem os outros homens, os quais têm de se abster de a perturbar ou violar.

Essa relação juridica, que vincula a coisa ao individuo, varia, na realidade pratica do direito, na sua exten-

(1) — Prova escrita de concurso, produzida de improviso, sem consulta de livros, salvo de legislação não comentada.

são e no seu conteúdo, isto é, o individuo pode, em virtude dela, tirar da coisa todas as utilidades de que é capaz de produzir, na sua totalidade, ou limitar-se ao uso e gozo de certas parcelas da mesma. Isto quer dizer que o direito sobre as coisas diversifica na sua extensão e no seu conteúdo: ora se-nos apresenta como o poder completo, integral, em virtude do qual o seu titular pode usar, gozar e dispor delas, e temos a propriedade; ora se nos depara o poder limitado de uso e gozo, e temos, conforme as circunstancias, certas formas de desmembramentos do dominio, como o uso-fruto, a enfiteuse e as servidões.

Afirma Ruggiero, o insigne civilista italiano, nas suas Instituições de Direito Civil, que uma das maiores dificuldades para se estabelecer o conceito do dominio ou propriedade está no seu *poder comprehensivo*, na somma varia, vasta, inumeravel e complexa de suas atribuições e faculdades e na sua possibilidade de se comprimir e reduzir a ponto de chegar a quasi nada, e, por outro lado, a de se estender e dilatar, voltando ao estado primitivo, quando desaparecem os fatos, que determinaram o seu desmembramento. Vemos, assim, que os caracteres fundamentais da propriedade são o seu caracter geral e abstrato e o seu poder de elasticidade.

Sob o ponto de vista legislativo, ha duas orientações no sentido de definir e conceituar a propriedade: uma, a seguida pelos codigos italiano, francês, e brasileiro, de acordo com a tradição romana, estabelece o conceito concreto, descriptivo do conteúdo do dominio, dos poderes e faculdades que lhe são inherentes; outra, a adotada pelo codigo civil alemão, dá o conceito geral e abstrato, como o poder livre e exclusivo de dispôr das coisas. Assim, o cod. civ. fr., no art. 544, estatue que “a propriedade é o direito de gosar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que se não faça dela um uso proibido pelas leis ou regulamentos”; identica definição a do cod. civil italiano no art. 436; e o cod. civ. brasileiro, que preceitúa, no art. 524: “A lei assegura ao proprietario o direito de usar, gozar e dispôr dos seus bens, e de reave-los do poder de quem quer que, injustamente, os possua”. — O codigo civil alemão, regulamentando o conteúdo do direito de propriedade, prescreve no art. 903, que “o proprietario duma coisa pode, salvo disposição contraria da lei e o efeito dos direitos que pertencem aos terceiros, comportar-se a respeito des-

ta coisa como bem lhe parecer e impedir que nenhuma outra pessoa faça dela o menor uso.”

Na doutrina, vemos, p. ex., entre os civilistas italianos, duas maneiras diferentes de conceituar a propriedade: uma, como o *poder juridico*, e outra, como uma relação de pertença ou *sujeição*. Como representante da primeira concepção, antolha-se-nos o eminente Filomusi Guelfi, que define a propriedade “o poder geral e independente da pessoa sobre a coisa para os fins reconhecidos pelo direito e dentro dos limites pelo direito estabelecidos.” De outro lado, o insigne romancista Scialoja, que a encara como “uma relação de direito privado, pela qual uma coisa, como pertença de uma pessoa, é completamente sujeita á vontade desta em tudo aquilo que não seja proibido pelo direito publico ou pela concorrência do direito de outrem.”

Dada estas noções fundamentais, indispensaveis para o estudo dos direitos de vizinhança em geral, e do uso nocivo da propriedade, em particular, passamos ao exame direto destes assuntos. Aliás, tão necessario é fixar a noção doutrinaria exata do direito de propriedade, para estudo do ponto sorteado, como o fizemos preliminarmente, que, mais adiante, quando nos defrontarmos com o problema juridico do uso nocivo da propriedade, teremos de confrontar e cotejar a concepção romanista, tradicional e classica do direito subjetivo absoluto com a da função social da propriedade, pregada por S. Tomaz de Aquino, por Augusto Comte no “Sistema de Politica Positiva” e, modernamente, pelo chefe da escola positivista do direito francês, Léon Duguit, no seu livro “Transformações Gerais do Direito Privado.”

Antes de tudo, ao encarar, diretamente, o instituto “dos Direitos de vizinhança”, surge e aparece, como problema fundamental, o de situá-lo no quadro do direito das coisas, acentuando-lhe a natureza juridica e as características diferenciais. E’ o direito de vizinhança uma servidão legal, ou um outro instituto autonomo e independente, refugindo, pelos seus contornos especificos, a qualquer catalogação dentro das categorias ou quadros juridicos estatuidos, tradicionalmente, pela doutrina e pela legislação?

Os escritores francêses, em geral, seguindo e obedecendo ao sistema adotado pelo código civil francês, estudam e encaram os direitos de vizinhança como servidões legais. Efetivamente, esse código, no Liv. II, Tit.

IV. Capit. II, regulamentando “as servidões estatuidas pela lei”, declara que essas servidões têm por objeto a utilidade publica ou comunal, ou a utilidade dos particulares (art. 649), e, em seguida, passa a dispôr, separadamente, sobre cada um dos aspetos por que se nos apresentam os direitos de vizinhança: “Du mur et du fossé mitoyens (art. 653 e segs.) “De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions (art. 674), Des vues sur la propriété de son voisin (art. 675 e segs.), “De l’égout des toits (art. 681) e “Du Droit de passage (art. 682 e segs.) Em capitulo separado, logo em seguida, trata das servidões, que chamamos, muito justamente, verdadeiras servidões, e que codificador francês denomina — “servidões estabelecidas pelo fato do homem” (Des servitudes établies par la fait de l’homme). Identico sistema segue o cod. civ. italiano, o que não é de admirar, porque o legislador italiano se limitou a copiar, cegamente, o seu modelo, o cod. civ. francês, assim na orientação sistematica, como na relação literal dos textos, sem realizar elaboração propria, nem submeter os institutos regulamentados pelo codificador francês a uma analyse critica, penetrante e profunda, acolhendo o que melhor se oferecesse em face da mais pura doutrina, e rejeitando o que não se justificasse em vista de uma correcta sistematização do direito civil.

O nosso egregio Lafayette, nessa obra lapidar, que é o *Direito da Cousas*”, apesar do seu agudissimo senso juridico, que o sagrou principe de nossa dogmatica, ao seu tempo, deixou-se levar nas aguas dos escritores francêses, que, não penetrando bem no intimo dos dois institutos juridicos — as servidões prediais e os direitos da vizinhança —, apreendendo-lhes os elementos diferenciaes, resultantes da diversidade dos aspetos e relações juridicas que esses institutos focalizam, os reconduzem a uma unidade doutrinaria e sistematica, sem base firme nos principios e na realidade da vida juridica. De fei-me nos principios e na realidade da vida juridica. De fei-to, Lafayette, na aludida obra, submete os casos diversos de direitos de vizinhança, que ele chama, como os francêses e os italianos, servidões legais, aos principios e normas das servidões prediais. Entretanto, é preciso assinalar que, na França, um jurista notavel, Demolombe, que foi, incontestavelmente, um dos professores mais completos e perfeitos que passaram nas universidades francêsas, indo além das doutrinas correntes em seu

país, não confunde os direitos de vizinhança com as servidões prediais.

No seu monumental "Cours de Code Napoléon", accentua o civilista francês a verdadeira natureza jurídica dos direitos de vizinhança. Não se trata, diz o mestre, de uma servidão, no sentido técnico e próprio, de um direito real da coisa alheia, em virtude do qual o dono do prédio dominante é autorizado a fazer no prédio serviente aquilo que não poderia se não existisse a servidão, ou impedir que o dono do último praticasse o que poderia praticar na hipótese da inexistência do referido direito real, "*mas de um modo de ser geral da propriedade imóvel.*"

Realmente, isto é o que resalta de uma análise perfeita das relações jurídicas, que se nos deparam nos casos de propriedades vizinhas. Se examinarmos cada um dos casos, que entram dentro na esfera ou círculo jurídico dos direitos de vizinhança veremos que eles são determinados pelo estado, situação e localização dos imóveis, formando-se, entre estes, relações especiais, que o direito civil disciplina e regulamenta. É o próprio modo de ser da propriedade, o estado em que os imóveis se apresentam uns em relação aos outros, que origina certas e determinadas relações jurídicas entre os respectivos proprietários, previstas e disciplinadas pelo legislador civil.

Assim na natureza jurídica e no conteúdo, como na finalidade, se distinguem as servidões jurídicas e os direitos de vizinhança.

As servidões prediais constituem um direito real na coisa alheia: o domínio do prédio serviente, em virtude das faculdades e atribuições concedidas ao dono do prédio dominante, perde a sua plenitude, opera-se-lhe um fracionamento, um desmembramento nos seus atributos. Ao contrário, o domínio, nos casos de imóveis sujeitos a relações de vizinhança, é pleno, não se desloca nenhuma faculdade dele, para constituir um direito real em favor de um dos respectivos proprietários. Apenas, o que se dá é que, para coexistência das propriedades vizinhas, para que ambos os prédios se possam manter e conservar numa situação tal, que se não choquem os interesses jurídicos dos proprietários, o direito civil traça as regras gerais dessas propriedades em face dos interesses recíprocos, que a ordem jurídica procura equilibrar, afim de atender a finalidade econômica e social do direito de propriedade.

Essa diferença se acentúa a destaca si; examinarmos a finalidade de um e outro instituto. A servidão tem por fim trazer uma vantagem, uma utilidade de qualquer ordem em beneficio do predio dominante, para o tornar mais util, mais comodo, mais agradável, mais belo, etc. Essa finalidade da servidão é assinalada por R. Elvers, no seu livro "*Die romische Servitutenlehre*". O illustre romanista e civilista alemão, nessa obra, que é uma das mais completas e exaustivas sobre o assunto, ensina que a servidão tem por fim suprir as qualidades naturais, que faltam ao predio dominante.

Poder-se-á, porventura, dizer o mesmo do direito de vizinhança? Tem ele por fim suprir as deficiencias naturais de um dos predios, tornando-o mais util, mais comodo, mais agradável, mais belo? Absolutamente, não. Nenhum jurista, digno desse nome, poderia affirmar-o.

Uma cêrca divisoria, por exemplo, tem aquella finalidade das servidões? E' evidente que não. Aparece, aqui, novamente, a manifestação daquela maneira de ser da propriedade, de que falámos acima.

Os juristas alemães, com a sua grande penetração, com a analyse profunda, a que costumam submeter os institutos juridicos, sujeitos ás suas pesquisas e investigações, jamais confundiram os direitos de vizinhança com as servidões prediais. Na sua perfeita e correta terminologia, sempre denominaram os primeiros — "*Nachbarrechte*", a que corresponde a expressão latina — *jura vicinitatis*.

Entre nós, o insigne Lacerda de Almeida, que é, sem favor, o nosso mais profundo civilista, pelo seu notavel saber verdadeiramente cristalizado, e pela agudeza do seu admiravel senso juridico, distingue os dois institutos, no seu livro "*Direito das Cousas*", onde procede a uma analyse completa, minuciosa e exhaustiva das suas carateristicas diferenciais.

O codificador alemão, inspirado pela doutrina dominante em sua patria, onde se tem a verdadeira noção dos direitos de vizinhança, como modos de ser da propriedade imovel, não os disciplina no capitulo das servidões, arts. 1018—1029, mas no livro III, seção III, titulo I, sob o rotulo — "*Do conteúdo da propriedade*." Considerando os juristas de lingua alemã, como conteúdo do direito de propriedade as diversas faculdades ou atribuições que competem ao titular desse direito (v Vitor Hasenhort, *Das Osterreichischen Obligationenrecht*,

vol. 1.^o), vê-se que a orientação do codificador tudesco é no sentido de considerar os *Nachbarrechte* como faculdades, que cabem, reciprocamente, às propriedades vizinhas, nascidas e determinadas pela própria situação de vizinhança, de molde a estabelecer, entre elas, um *modus vivendi*, que acarretando concessões e restrições reciprocas, satisfaça aos anseios e aos imperativos da ordem jurídica.

O código civil brasileiro também não considera os direitos de vizinhança como servidões legais. O nosso codificador, conhecendo os precedentes doutrinários germanicos e abeberando-se no “*Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*”, trata desse instituto no título II — Da propriedade —, sob o rotulo da seção V. — *Dos direitos de vizinhança*.

O código civil, nessa seção, regulamenta, minuciosamente, os diversos casos dos direitos de vizinhança, isto é, os vários aspectos ou modalidades com que se nos depara o instituto. Assim, trata, sucessivamente, do “uso nocivo da propriedade”, “das arvores limitrophes”, “da passagem forçada”, “das águas”, “dos limites entre os prédios”, “do direito de construir” e do “direito de tagem.”

Estando prestes a esgotar-se o tempo regulamentar, dentro do qual deve ser produzida a prova escrita, e precisando examinar, especialmente, a parte relativa ao “uso nocivo da propriedade”, que foi destacada no ponto sorteado, não nos é possível analisar cada um daqueles aspectos, o que exigiria, não 6 horas, mas 6 ou mais dias!...

Antes, porém, de entrarmos no estudo do uso nocivo da propriedade, queremos abordar, sem, contudo, termos a estulta pretensão de resolver, numa prova escrita de improviso, um dos mais arduos problemas, com que se defronta o jurista prático na aplicação das regras legais relativas aos casos particulares dos direitos de vizinhança, isto é, qual o remédio processual adequado para as várias hipóteses de violação do direito de vizinhança? Interdito possessório? Ação de indenização? Caução de dano infecto? Embargo de obra nova? Estou certo de que muitos dos que me ouvem, no momento em que procedo á leitura desta prova, já foram assaltados, na sua vida profissional, pelas enormes dificuldades que esse assunto suscita e, naturalmente, mesmo no silêncio e na calma dos gabinetes, ás voltas com os códigos e os

tratados, depois de esforços e elucubrações, não chegaram a um resultado definitivo e satisfactorio!

Parece-nos — digamo-lo, ligeiramente, porque o tempo é curtissimo — que o interdito possessorio satisfaria melhor, pelo seu rito e pela sua finalidade, do que qualquer outro remedio processual, á reintegração do direito violado nas relações de vizinhança em apreço, sem prejuizo de outras medidas legais, como no caso do art. 555.

O nosso codigo civil, no art. 554 estatue que “o proprietario, ou inquilino de um predio tem o direito de impedir que o máo uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o socego e a saúde dos que o habitam.”

Estamos, assim, diante de um dos assuntos que mais têm fascinado os modernos civilistas, e sobre o qual tanto tem se debatido na elaboração legislativa e na doutrina — *o ato illicito e o abuso do direito*. Sabemos que o codigo civil francês, no art. 1382, estatuinto que “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé á le reparer*”, não oferece, como nota o insigne Saleilles, no seu “*Etude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier Project de code civil allemand*”, um criterio seguro para a caracterização e conceituação do facto delitual. Este tem um elemento material e um elemento subjectivo. Quanto ao elemento subjectivo — a culpa, — não ha divergencias, salvo os casos excepcionais de responsabilidade objectiva, da chamada teoria do risco profissional. Quanto ao elemento material, é fóra de duvida que o dano, só por si, não caracteriza o elemento material, a menos que se pretendesse vêr no facto danoso ou prejudicial, o carater anti-juridico, a sua feição de acto contrario ao direito, *Widerrechtlich Handlung*, como dizem os alemães. — Mas, nem todo dano, ainda praticado, scientemente, tem o carater contrario ao direito, como nos mostra Saleilles, com o exemplo de alguém que eleva um grande edificio para prejudicar o vizinho, desde que obedece a todas as prescrições regulamentares. Por isso, os juristas alemães timbram em assinalar como requisito essencial do acto illicito a circumstancia de ser elle contrario ao direito. Unger na sua citada obra — *System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts*”, define como illicito “o acto, em virtude do qual alguém, contra-

riamente ao direito (*widerrechtlich*) invade, lesando, a esfera jurídica alheia." Assim, o codificador alemão, no art. 823, ao tratar do ato ilícito, dispõe que "aquele que por um fato contrario ao direito atenta com intenção ou negligencia, contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a *propriedade*, ou qualquer outro direito de um outro, é obrigado para com este outro á reparação do dano, que resultou dele." Na elaboração do código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*"), os primeiros redatores, embora reconhecessem que não havia direitos subjetivos absolutos, não estabeleceram restrições ao exercício dos direitos subjetivos, sob o fundamento de que a ordem jurídica não devia, nos casos particulares, descer a essa determinação — A segunda comissão, porém, sob o influxo da nova doutrina de que os direitos não podem ser exercidos absolutamente, mas sim de acordo com a sua finalidade economica e social, introduziu, no capítulo relativo ao conteúdo do direito da propriedade, onde se disciplinam os direitos de vizinhança, o principio de que o exercício do direito de propriedade não é permitido quando não pode ter outro fim senão o de causar dano a outrem. Este art., porém, foi supresso, para se estabelecer o principio geral do art. 226.

Encontramo-nos, pois, aí, em face do abuso do direito, cuja natureza jurídica desejaríamos fixar, ante as varias formulas teoricas que existem, — de Bufnoir, Sourdat, Geny, Josserand, Charmont, Saleilles, — mas que, infelizmente, estando exgotado o tempo, não podemos levar ao cabo.

O certo é, porém, que o art. 554, do cod. civ., contém, no seu bôjo, o sentido de uma nova epoca, de uma nova mentalidade, de uma nova conceção do direito de propriedade, encarando-se este, não no seu carater excessivamente individualista como estatuiu, numa formula fria, feroz e implacavel, o direito romano — *just utendi, fruendi et abutendi* —, mas na verdadeira feição que ele deve apresentar: naquela alta função social, de que falava o grande S. Tomaz de Aquino, dizendo, que "a propriedade é um feudo de Deus, e que Deus não dá ao homem o dominio superior, mas apenas o dominio util", e que filosofos positivistas, como Augusto Comte, e juristas positivistas, como Leon Duguit, retomaram e expuzeram sob aspetos a propriedade exercida de acordo com a sua finalidade economica e social, como instrumento de satisfação das necessidades individuâis, den-

tro dos limites impostos pelos imperativos superiores e eternos da coexistência social e tocada de um sentido luminoso e profundo de humanidade e solidariedade!

E só assim se pode realizar, integral e completa, a finalidade do direito, na sua missão, não de instrumento de paixões baixas e egoísticas, mas de coordenador das atividades individuais, disciplinador das forças sociais e semeador da paz, da ordem, do bem e da justiça entre os indivíduos, considerados como elementos integrantes do organismo social.

Faculdade de Direito do Recife, em 18 de dezembro de 1935.

(a) *JOSE' SORIANO DE SOUZA NETO.*
