

## SÔBRE DIREITOS DE VIZINHANÇA

Orlando da Cunha Carlos

No conhecido e generalizado conceito, a propriedade é a *relação jurídica*, que vincula à nossa personalidade as coisas do mundo físico. Mas, as coisas do mundo físico aí se devem compreender apenas como *ponto de incidência* da relação de direito, já que esta se traduz sempre numa vinculação universal entre um sujeito ativo determinado, e todos os outros sujeitos passivos, obrigados a respeitá-la, como agudamente observa FILADELFO DE AZEVEDO.

E' que, como direito subjetivo, a propriedade é um *poder jurídico*. E um *poder jurídico* só se concebe, se afirma e se revela em contraste com outros sujeitos de direito. Neste passo, há acôrdo pleno entre positivistas e jusnaturalistas.

Assim HAURIOU: "E' o equilíbrio dos dois poderes em presença, o individual e o social, que, por si mesmo, em virtude da ordem de coisas superior que êle realiza, o transforma em direitos e, ao mesmo tempo, determina a sua medida. O êrro da maior parte dos individualistas foi o de crer que o direito individual podia se justificar unicamente pelo valor do indivíduo humano; um direito não nasce nunca de um princípio unilateral, não se realiza senão em um conjunto social e num equilíbrio prático".

Trata-se aí, como acentua J. DABIN, do direito *jurídico*, que pressupõe um conjunto social. Mas, mesmo no plano estritamente ético do direito *moral*, que se confunde com a idéia de justiça, exige-se o contraste de outrem. De resto, se existe um direito individual — seja jurídico, ou seja moral, — é precisamente porque o indivíduo humano tem um certo valor. E o equilíbrio, de que fala HAURIOU, não pode, realmente, estabelecer-se senão entre dois valores.

Se, no exemplo clássico, referido por DUGUIT, Robinson, na sua ilha, enquanto só, não tem direitos, e os adquire apenas entra em contato com seres humanos, não se segue, como pretende o mesmo autor, que, enquanto êle não faça parte de um conjunto socialmente organizado, disponha somente de *poderes de fato*. Êsses *poderes de fato* sofrem a censura da lei da moralidade, que obriga o homem a agir de conformidade com o seu fim, e se transformam em *relações de justiça*, tão logo Robinson entre em contato com outro seme-

lhante. Desde êsse momento, acrescenta J. DABIN, há "matéria" para justiça, como para tôdas as virtudes *ad alterum* (verdade, equidade, caridade...); desde êsse momento, Robinson está obrigado pelo dever de justiça para com seu *alter ego*, e êste tem o direito de usar da força para repelir a agressão injusta.

Assim, conclui o autor citado, "o dever de justiça, com a exigibilidade que, moralmente, o caracteriza, não implica nenhuma vida social organizada, enquanto o direito jurídico, que é o direito da disciplina social, funda-se sôbre a hipótese de uma sociedade e de um Estado (*sensu lato*).

E' assim a *relação*, como fato humano, como fenômeno de convivência, a gênese e a medida dos direitos.

Nasce do choque de duas personalidades conflitantes, e compõe-se na transação jurídica pacificadora.

Daí a impossibilidade de se formar relação jurídica entre coisas, porque o direito é fenômeno especificamente humano.

"A função dos bens, escreve FILADELFO AZEVEDO, — é, antes, de conteúdo do direito, formado entre seus donos, ou entre êstes, e terceiros".

E tão profunda é a *personificação* dêsse direito, que LUIGI STURZO pôde escrever que "a propriedade é como uma participação da individualidade nas coisas". "As coisas tomam um nome e assumem para nós uma realidade relativa ao homem, no momento em que o homem as conhece, apropria-se delas, e delas se serve".

*Direito subjetivo*, como afetação de riquezas a necessidades individuais; *função social*, como querem os positivistas, correspondendo a uma afetação de riquezas a necessidades coletivas, conceituada como *poder individual e dever social*; *situação* de direito objetivo; ou *situação jurídica subjetiva* — de qualquer maneira que se conceitue, a propriedade há de sempre referir-se ao homem.

E, como o homem é social, e social a sua vida, como fenômeno social, irredutivelmente, analisa-se a propriedade.

Assim, aprecie-se a propriedade em face de dois indivíduos isolados — Robinson e seu *alter ego* na ilha, ou em face do grupo politicamente organizado — Estado, no sentido geral —, e logo os limites e restrições de conteúdo se oferecerão a exame, como *matéria* do direito a definir, eis que a propriedade é um composto de conteúdo variável, conjunto de poderes e de direitos, reunião extremamente complexa de faculdades muito diversas pela sua natureza e pelo seu fim, e não direito *simples*, na lição de PIERRE DE HARVEN.

O princípio da limitação no interêsse geral ou social está no Direito Público, que o exprime na fórmula genérica do artigo 147, da Constituição Federal: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

Da que entende com os interesses individuais, cura o Direito Privado, e só nos cabe examinar, no âmbito deste estudo, a que atinge a propriedade fundiária, por força das relações de vizinhança.

Neste capítulo, uma observação emerge e se impõe, ao primeiro exame: se é indubitável a impossibilidade de se formar a relação jurídica entre coisas, não é menos certo, como acentua FILADELFO AZEVEDO, que "o seu modo de ser e a dependência física, que podem ter, reciprocamente consideradas, hão de repercutir na formação e modificação do direito, afetando o poder do sujeito".

Assim os imóveis, continua o eminente jurista, "não podem ser concebidos isoladamente, mas sempre em relação com os vizinhos, com os quais estão natural e continuamente em contato". "A singularização da terra é obra arbitrária do homem, em face da continuidade do solo — só os móveis oferecem individualidade distinta no espaço".

A distinção e separação de fundos, escreve FERRINI, ainda que manifestada por sinais extrínsecos, como fossos, muros ou sebes, não consegue suprimir a sua natural relação de conexão e de recíproca dependência: "a própria natureza, portanto, de certo modo, impõe-lhes uma relação de mútua serventia e recíproca tolerância, que torna incogitável a aplicação do princípio do isolamento de fato e de direito".

Já, portanto, o simples fato de *contigüidade*, oferece um primeiro elemento para o surto de limitações ao poder jurídico traduzido na propriedade fundiária.

Dessa *contigüidade* nasce um entrecruzamento de direitos opostos, que postulam conciliação: Direitos, que assentam em necessidades econômicas e morais, e que vão encontrar os seus justos limites nos critérios formulados pela política oportuna e pelo prudente governo. Limites não propriamente criados pelo direito, que nada mais faz do que registrá-los, aplicá-los, coordená-los e revesti-los de normas jurídicas, segundo a lição de COGLIOLO, que assim esclarece o asserto: "Examinem-se os limites postos por qualquer povo à propriedade, e resultará que cada um deles se funda em razões estranhas ao direito, mas, ao revêso, derivantes de outras considerações econômicas, agrícolas, estéticas, morais, e até de arbítrio de príncipes e de assembléias, ou de falazes esperanças de remediar males sociais com causas mais profundas do que o abuso individual da propriedade".

Esses limites, ajunta VINCENZO MICELLI, vão crescendo com o desenvolvimento da cooperação e da solidariedade social, e podem até determinar o modo por que aquêle poder deverá ser exercido na utilização da coisa.

Não há, dessarte, um critério fixo e invariável, para medir o conteúdo do direito de propriedade.

Os limites serão postos pelas necessidades da boa convivência, e da paz social.

A dificuldade da matéria tem torturado quantos a versaram.

Assim RUGGIERO: "Difícil é, porém, indicar um critério geral que, quanto às simples limitações de vizinhança em sentido restrito, nos conduza a um princípio único. E mais difícil ainda é procurar um princípio geral que, fora das limitações expressamente dadas pela lei, determine os confins do domínio nas relações de vizinhança, sendo de grande importância teórica e prática investigá-lo, para resolver a grave e debatida questão de saber se, aos limites que a lei dita expressamente, outros se podem acrescentar".

Indaga, por sua vez, LODOVICO BARASSI: "Se é certo que há um dever de solidariedade, entre proprietários contíguos, até que ponto chega o dever de recíproca tolerância?"

Procurou-se, inicialmente, resolver o problema com a denominada teoria da *imissão*, fundada na máxima de ULPIANO, segundo a qual a cada um é lícito fazer na sua propriedade o que lhe agrade, desde que não se imiscua na propriedade alheia.

Observou-se, logo, que a solução era incompleta, porque, se é exato que a *imissão* na propriedade alheia pode, em regra, ser considerada como ato abusivo ou ilícito, não é menos verdadeiro que, por vezes, as próprias *imissões* constituem casos de limites legais à propriedade.

Basta apontar o direito de escoamento natural de águas.

Por outro lado, o critério romanístico das *imissões* era muito restrito, pois nestas se compreendiam as invasões de corpos materiais, e por isso foi logo superado, admitindo-se, também, as *imissões de imponderáveis*, para conservar-se a velha técnica, e consistentes em ruidores, exalações e comoções.

IHERING repeliu os dois conceitos, demonstrando que, se o critério das *imissões corpóreas* peca pela restrição, o das *imissões de imponderáveis* peca pelo excesso, podendo levar a soluções injustas. Propõe, em consequência, a substituição das *imissões* pela *influência*: E' vedado tudo o que possa *influir* sobre o prédio vizinho.

Não há dúvida que *influência* é uma expressão demasiada vaga e indeterminada. Daí o desprestígio da tentativa de IHERING.

Surge, então BONFANTE, com um critério intermediário entre as *imissões* e a *influência*: O do *facere in alieno*, em contraposição ao *facere in suo*: Também com o *facere*, e não só com o *immittere* se lesa o direito alheio; isto é, não somente com o imitar substâncias no prédio alheio, mas também com a propagação de movimentos.

Até aqui, para empregar a terminologia de LODOVICO BARASSI, procurou-se a determinação *qualitativa* do dano a tolerar: *imissões*, *influências* ou *facere*.

Resta o problema da determinação *quantitativa*, do dano resultante e tolerável, da *imissão*, *influência* ou *facere*.

IHERING formulou a teoria do *uso normal* da propriedade, permitidas as imissões quando resultantes do uso normal que o vizinho faça da coisa própria, e não impeçam ao proprietário o gozo normal do seu prédio — como se lê no Código Civil Alemão.

Essa foi, também, a teoria acolhida no nosso Código Civil, como se vê do art. 554: O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o *mau uso* da propriedade vizinha possa prejudicar o sossêgo, a segurança e a saúde dos que o habitam.

Reputa FILADELFO AZEVEDO merecedores de caloroso aplauso os termos felizes em que foi vazada essa norma, tanto no estender a proteção aos ocupantes, como no colocar a prevenção ao lado da repressão. Lamenta, apenas, que se tenha empregado a expressão *inquilino* em lugar de *habitante*, que seria muito mais compreensiva.

À fórmula positiva — “uso normal”, preferiu o nosso legislador a negativa — “mau uso”.

Entretanto, nítida está aí a influência do direito germânico, no preceito inspirado por IHERING.

Ao espírito arguto de LODOVICO BARASSI não escapou, entretanto, a debilidade da fórmula em si. Daí a sua crítica: “Mas ainda permanece uma incerteza: onde termina o normal, onde começa o injusto exercício da propriedade? Responde-se: a normalidade coincide com o que é consuetudo: uso normal é o uso habitual na região onde os prédios se encontram”.

Objeta-se, então, que êsse conceito é perigoso, porque poderia impedir o progresso nos métodos de desfrutar a propriedade, desde que se afastasse do habitual, e ainda que se obtivesse maior vantagem social, à custa, embora, de um maior dano para os vizinhos.

BONFANTE, por sua vez, reputa ilógico o critério do *uso normal*, assim compreendido, e além de ilógico insidioso: Ilógico, porque pode chegar a impedir o aproveitamento mais natural das coisas, se superado aquêle limite; e além disso, um ato que constitua “uso normal” para a indústria, pode acarretar para o vizinho um incômodo intolerável, apesar de que não o seja para os outros.

Por êsse motivo, e reputando as imissões ou o *facere* sôbre o prédio vizinho como categorias sociais, não naturalísticas, considera-os proibidos sômente quando as alterações danosas que sofra a propriedade, em consequência, repugnem à sensibilidade de um dado ambiente social, e não sejam justificadas por uma geral e absoluta necessidade social.

Combinam-se, assim, o uso normal e a necessidade social.

Neste passo, podemos dizer que a evolução do nosso direito acompanhou o pensamento de BONFANTE, pois, ao critério do “mau uso”, fixado no art. 554, do Código Civil, deve-se ajuntar o

do “uso condicionado ao bem-estar social”, postulado pelo art. 147 da Constituição Federal de 1946.

O Código Civil, preocupou-se mais com o indivíduo, pois se refere aos prejuízos, que venham a sofrer com o mau uso da propriedade vizinha, a segurança, o sossêgo e a saúde dos habitantes do prédio contíguo.

A Constituição Federal põe em relêvo o interêsse social.

Guias para o juiz serão êsses critérios, como ensina LODOVICO BARASSI, para o juiz, a cujo discernimento e fino senso ambiental, caberá a tarefa mais grave, de distingüir de lugar para lugar, e adaptar-se às exigências, à sensibilidade, aos usos locais, temperando os egoísmos com as superiores exigências sociais.