

cisamente no seu grau de autonomia em relação aos respectivos Governos políticos. Urge pois que, em reforma constitucional, busquemos inspiração nesses modelos, a fim de que possamos dar à nossa própria administração pública a autonomia de que ela carece, para que se possa convenientemente desempenhar de suas funções no interesse da comunidade nacional.

POSTURAS MUNICIPAIS EM FACE DO DIREITO DE VIZINHANÇA

FRANCISCO PEREIRA BULHÕES DE CARVALHO
Desembargador no Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Pode um particular intentar uma ação judicial contra um vizinho, alegando, não um direito de vizinhança propriamente dito, catalogado no Código Civil, mas um simples regulamento administrativo, relativo, por exemplo, à altura máxima duma construção, ao alinhamento da rua, à estética da fachada, ou ao limite de ocupação máxima em relação ao terreno?

E, em caso afirmativo, a ação judicial deve limitar-se a um simples pedido de indenização, provado o dano, que não será presumido pela simples infração de posturas municipais, ou poderá estender-se ao direito de pleitear a própria demolição da obra?

A resposta tem de ser encontrada pela análise do art. 572 do Código Civil, que determina: "O proprietário pode levantar no seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o *direito dos vizinhos* e os regulamentos administrativos."

Não se pode fazer com mais precisão a diferença entre as restrições introduzidas pelos regulamentos (de ordem administrativa) e os *direitos* de vizinhança (de ordem civil).

Se o Código entendesse considerar os regulamentos administrativos como integrados dentro do direito de vizinhança, tê-lo-ia dito expressamente. Não o fez; ao contrário, apontou tais regulamentos como completamente estranhos ao direito dos vizinhos, *in verbis*: "Salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos."

2. Consideremos, entretanto, a questão com maior minúcia pelo estudo histórico e comparativo do referido dispositivo do nosso Código.

Se remontarmos ao direito romano, verificaremos que o mesmo, desde a mais alta antiguidade, sempre determinou certas restrições legais ao direito de propriedade, quer no interesse dos vizinhos, quer no interesse geral.

São exemplos do primeiro caso:

a) De acôrdo com a lei das XII Táboas, o proprietário que lavrasse um campo ou construísse no seu terreno, não poderia occupá-lo até seu extremo limite; deveria deixar à sua extremidade um espaço de dois pés e meio (chamado "*confinium*" se se tratasse de terreno, e "*ambitus* quando separava prédios) (GIRARD, *Man. El. de Dr. Romain*, ed. 1906, pág. 254; CUQ, *Inst. Jur. des Romains*, vol. 1, pág. 78);

b) a mesma lei das XII Táboas, reforçada pelo Editto do Pretor, concediam ao proprietário duma árvore o direito de penetrar no terreno vizinho para colher os frutos ali caídos de suas árvores, direito êste que lhe era garantido pelo interdito de *glande legenda* (GIRARD, *loc. cit.*; CUQ, pág. 79; MAKELDEY, pág. 165).

c) o proprietário dum campo estava autorizado pela mesma lei a cortar até a altura de 15 pés os ramos das árvores do vizinho que se estendessem sobre seu terreno (CUQ, pág. 79), o que lhe era garantido pelo interdito "*de arboribus coedendis*" (MAKELDEY, pág. 165);

d) o proprietário de terreno inferior era obrigado a receber as águas que corressem naturalmente do terreno superior, e, por seu turno, o proprietário do terreno superior não podia modificar artificialmente o curso dessas águas, cabendo contra êle, segundo a lei das XII Táboas, a ação "*aquae pluviae arcendae*" (MAKELDEY, pág. 165 § 267 b);

e) o vizinho do prédio ameaçado de ruína poderia antecipadamente proteger-se contra êsse prejuízo futuro (*damnum infectum*) mediante a estipulação pretoriana "*damni infecti*" (GIRARD, pág. 255);

f) não era permitido mudar a forma dos edifícios antigos de maneira a prejudicar a iluminação ou a vista do vizinho (CUQ, 2, pág. 192; D., 8, 2, 11 pr. Cód., 8, 10, lei 12 § 1);

g) a reconstrução de casa destruída por incêndio ou ruína somente poderia ser feita prejudicando a vista do mar do vizinho, se fôsse guardada certa distância (Cód. cit., § 4);

h) era proibido fazer construção em seu terreno que privasse o vizinho da corrente de ar que lhe era necessária (MAKELDEY, § 267 b; 3, 34, lei 14 § 1);

i) enfim, os juriconsultos romanos, obedecendo ao preceito de justiça natural que permite a cada um usar livremente da própria coisa sem, entretanto, invadir ou diminuir a propriedade alheia (GIORGI, *Obbl.* 5, n. 419), ensinaram a doutrina de que o vizinho tem de tolerar a imissão de fumo "não excessivo", "*fumum non gravem*" provindo de fogo de uso doméstico, porque é tão normal acender o fogo em sua própria casa, como sentar ou lavar-se (Díg. 8,5, fr. 8 § 6). Pode entretanto o vizinho opor-se a uma violenta imissão de fumo provindo de uma fábrica de queijos, da mesma forma que o poderia em relação a uma imissão de água ou de fragmentos de pedra, ou de outra substância "*quid aliud*" porque, diz ULPIANO, "se é lícito a alguém fazer alguma coisa em sua casa, não tem o direito de introduzi-la na alheia" (*idem*, § 5).

Esta última doutrina foi mais tarde generalizada pelos intérpretes e tratadistas antigos às trepidações, rumores e odores que por sua intensidade e continuidade se tornassem insuportáveis ao vizinho, a quem permitiram a expulsão dos que exercitassem misteres não somente perigosos, como simplesmente incômodos à vizinhança (BALDO e GIOVANNI DA IMOLA, *ad legem unice, C. de studdis libera lib. Urbis*, etc. (XI, 18); CAEPOLLA, *De servit, urb. praed. tract.* 2, cap. XLIII, n. 3; DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. XII. sect: III, art. X; *apud* GIORGI, *loc. cit.*; MAZEAU ET MAZEAU, *Responsabilité Civile*, 1, n. 596, nota 2 bis).

3. São exemplos de limitações estabelecidas no interesse público, pelo direito romano.

a) O proprietário ribeirinho dum curso d'água é obrigado a admitir o uso público de sua margem (Inst., 2, 1 § 2);

b) os proprietários cujos imóveis confrontem ruas ou estradas são numa certa medida obrigados à sua conservação (GIRARD, pág. 255);

c) foi proibido demolir casas para vender seus materiais preciosos; o direito de demolição dependia de autorização administrativa; e parece que havia regulamentos obrigando os proprietários e construir e conservar suas casas segundo um certo tipo (GIRARD, pág. 255);

d) enfim, além da expropriação, por utilidade pública, há numerosas outras restrições feitas no interesse da exploração das

minas, da agricultura, da conservação das habitações, do culto, da segurança e da saúde pública (MAYNZ, *Droit Rom.*, § 181, n. 3 e textos que aponta).

4. Entre os romanos, entretanto, essa distinção entre as restrições de interesse privado e as de interesse público não era de capital importância, visto como em qualquer caso o cidadão era parte legítima a propôr ação contra o violador da lei, quer mediante ação privada, quer mediante ação popular.

Essa era definida como sendo dada a qualquer pessoa do povo em defesa do interesse público (*eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur*. D., 47, 23, fr. 2, 3 § 1 e 6). Era objeto de vários interditos: "*interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*" — defesa pessoal do uso das vias públicas; "*interdictum ne quid in flumine publico ripave ejus fiat*", defesa da utilização dos rios como ancoradouros, bebedouros; "*interdictis de cloacis*", defesa do uso dos esgotos públicos (ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, Ação popular, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 35, pág. 48). A própria ação de nunciação de obra nova se tornara também popular e podia ser exercida por qualquer cidadão. (NELSON CARNEIRO, Das Ações Populares no direito brasileiro, in *Rev. Forense*, vol. 86, pág. 40).

5. No direito moderno, entretanto, particularmente no francês, prevaleceu o princípio de que somente aos "funcionários encarregados de manter a ordem pública" cabe o "direito de propôr a ação necessária à repressão das contravenções às servidões de utilidade pública" (leis de 16 — 24 de agosto de 1790; de 29 floreal do ano 10, etc.; JOUSSELIN, *Traité des Servitudes d'Utilité Publique*, v. 1. 1850, pág. 24). "Os particulares são sem direito para intentar essas ações e sem qualidade" (CORMENIN, vol. 1, pág. 517; *ord. cons. d'Et.* de 2 de maio de 1827; *TARBÉ, rap. aff. Claisse*; 26 de agosto de 1829, *Aff. Detreyat*; DALLOZ, *Rép. Meth et Alph. de Législation et doctrine et de Jur.*, ed. 1859, vol. 40, vb. *Servitude*, pág. 145, n. 406).

6. Era assim de esperar que o Código Napoleão, de 1804, depois de tão enérgicamente distinguir as servidões legais que têm por objeto a utilidade pública e as que têm por objeto a utilidade dos particulares (art. 649), especificasse devidamente cada uma delas e esclarecesse qual a intervenção que caberia aos cidadãos em geral em relação às violações das servidões de utilidade pública.

Tal porém não aconteceu.

Na enumeração das próprias servidões de utilidade privada, ou sejam dos direitos de vizinhança, o codificador não fez a menor alusão ao problema dos danos causados pelas imissões anormais de fumo, odores, ruídos e trepidações entre imóveis vizinhos.

Isso é tanto mais de admirar quanto, como acabamos de ver, a matéria foi explanada por DOMAT, em cujas obras e nas de POTHIER o autor do Código Civil Francês de tal forma se inspirou que o orador do Tribunato dizia que o projeto do Código nada mais era do que a "substância dos escritos" daqueles autores e LAURENT pôde proclamar que "DOMAT e POTHIER são os verdadeiros autores do título das Obrigações daquele Código" (LAURENT, *Principes*, vol. 15, n. 420; LOCRÉ, vol. VI, págs. 147 e 191).

Houve quem procurasse explicar êsse silêncio, dizendo-o voluntário, a fim de permitir ao magistrado um campo mais amplo de arbítrio em suas decisões e não coartar o desenvolvimento da indústria (ELIO VITUCCI, in *Nuevo Digesto Italiano*, vol. X. X, vb. *Proprietà*, n. 49; MAZEAU ET MAZEAU, vol. 1, n. 622).

Entretanto, para demonstrar que tal observação é inexata basta observar que através de longa e penosa elaboração doutrinária (GIORGI, *Obblig.*, 5, n. 420), os escritores franceses acabaram por aceitar a mesma regra ensinada pelo imortal direito romano e colhida por DOMAT, ou seja a de que deve ser reprimida tôda imissão que exceda os limites da tolerância normal (DE PAGE, 5, n. 424) imposta pela estrita necessidade da convivência (GIORGI, n. 422); de sorte que o uso normal dum terreno não prejudique de forma essencial o uso do terreno vizinho, segundo a fórmula adotada pelo art. 906 do Cód. Civil Alemão (MAZEAU ET MAZEAU, vol. 1, n.º 598 e nota 2).

7. O mais interessante é que o Código Civil Francês, depois de definir, no art. 651 as obrigações resultantes da vizinhança, como sendo as determinadas pela "lei que sujeita os proprietários a diferentes obrigações uns para com os outros, independentemente de qualquer convenção", acrescenta, no art. seguinte: "*Partie de ces obligations est réglée par les lois de la police rurale. Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.*"

Essa especial referência às "leis de polícia rural" a propósito de obrigações da vizinhança pode levar à conclusão de que as mesmas

foram incluídas entre as servidões legais de interêsse privado, integrativas do Código Civil.

Em tal caso, restariam como sendo servidões legais de interêsse público as definidas expressamente no art. 650, isto é, as demais determinadas pelas leis e regulamentos (salvo as de polícia rural) (LAURENT, *Principes*, vol. 7, n. 458).

Na realidade, entretanto, a doutrina francesa tem entendido que não sòmente as obrigações de que trata o art. 650, como também as indicadas na alínea I do art. 652 (reguladas pelas leis de polícia rural) pertencem ao direito administrativo e não ao direito civil; de sorte que o Código alude às mesmas apenas de passagem, sem delas se ocupar (MARCADÉ, vol. 2, n. 600, ao art. 652, BAUDRY, LA CANTINERIE ET CHAUVEAU, vol. 6, n. 928).

8. A doutrina francesa, ao contrário, como vamos ver, da italiana, jamais procurou dar interpretação extensiva ao art. 652 para considerar tôdas as servidões de utilidade pública, oriundas de quaisquer regulamentos, como integrativas de direito de vizinhança.

É certo que alguns autores procuraram chegar a essa conclusão por um outro argumento: o de que a prática de ato proibido por lei caracteriza a culpa e, portanto, a responsabilidade pelo dano causado a terceiro.

Assim, escrevem PLANIOL ET RIPERT: "Quando o proprietário realiza em seu imóvel atos que lhe estão expressamente proibidos, existe culpa nitidamente caracterizada. O proprietário não é soberano, não pode exercer seu direito senão de conformidade com as leis de seu país: se as olvida, ficará obrigado a reparar tôdas as conseqüências do seu ato. Assim vemos que incorre em responsabilidade o proprietário que abre um estabelecimento insalubre sem estar autorizado ou aquêle que instala em seu edifício uma máquina de vapor que não absorve seu próprio fumo, contravindo com isso as prescrições do decreto de 25 de janeiro de 1865" (Tratado, vol. 3, n. 456).

Os exemplos apontados por PLANIOL ET RIPERT, entretanto, não dizem respeito a uma infração simples de postura municipal, mas a uma imissão ilícita de fumo ou de ar prejudicial à saúde.

Tais imissões são proibidas, como vimos, pelo direito de vizinhança, independentemente de contravirem a posturas municipais. Existirão, ainda quando não haja lei ou regulamento proibitivo e continuarão a existir ainda quando o estabelecimento insalubre ou

a instalação da máquina prejudicial tenham sido licenciados pelo Poder Público.

9. Dentro dêsse mesmo ponto de vista, DEMOGUE começa admitindo que "se um proprietário por exemplo, para colocar seu terreno no nível da via pública o aterra, não é responsável apesar do prejuízo que possa causar ao vizinho. E o mesmo acontece se as suas construções retiram a luz e o ar da redondeza. Qualquer que seja o dano, não há ação a favor da pessoa lesada."

E acrescenta: "A jurisprudência aplica largamente essa irresponsabilidade e vai até ao ponto de dizer que, se contrariamente a um regulamento, um proprietário levantou construções ultrapassando a altura prevista, sòmente a Administração pode agir e o vizinho não se pode queixar de que sofre prejuízo. Essa solução (diz DEMOGUE) parece-nos criticável. Desde que a resolução da autoridade municipal foi violada, há ato ilícito e portanto culpa. Seria preciso sòmente se questionar sòbre se não convinha, para evitar trabalhos custosos, conceder-se ao vizinho apenas uma indenização em dinheiro" (*Obligations*, 4, n. 723).

A própria exposição de DEMOGUE contém os elementos bastantes para refutá-lo.

Com efeito, começa êle por admitir que sua opinião é contrária à jurisprudência, e acaba por hesitar em apontar a conclusão lógica do seu raciocínio, que êle próprio indica em casos análogos: "*S'il y avait véritablement obligation de ne pas causer dommage, le voisin par application de l'art. 1143 pourrait demander que ce qui a été fait en contravention soit détruit*" (obra citada, n. 717, pág. 413).

Na realidade, entretanto, na hipótese acima figurada, não haveria dano a reparar, porque não teria ocorrido violação de direito, mas apenas perda duma vantagem, da mesma maneira do que no caso figurado mais acima da perda da luz ou do ar em virtude da construção dum edifício.

Como ensinavam, a êsse propósito, ULPIANO e PROCULO, "não sofre dano aquêle a quem se impede, por exemplo, um lucro do qual até agora desfrutava, e há muita diferença entre que alguém sofra dano e se lhe proíba desfrutar do lucro que até agora tinha"; "*quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, que adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur*" (D., 39 2, fr. 26; AUBRY ET RAU, § 194, nota 16; DEMOLOMBE, 12, n. 647).

Nesse sentido, está firmada a jurisprudência francesa, bem expressa nos seguintes acórdãos:

“Le décret du 13 aout 1902, portant règlement sur les hauteurs et les saillies des bâtiments dans la ville de Paris, a pour but de limiter les droits du propriétaire sur son propre fonds, dans un but d'utilité publique, et non de régler des servitudes existant déjà, d'un fonds sur un autre fonds, ou d'en créer de nouvelles, une servitude ne pouvant d'ailleurs, résulter d'un décret, mais seulement de la loi” (Trib. civ. Seine, 11 décr. 1913, FUZIER HERMAN, Cód. Civ. Annoté, vol. II, art. 650, n. 102).

“Les arrêtés municipaux, réglant la hauteur des édifices, régissent uniquement les rapports des propriétaires voisins de la voie publique avec l'Administration, mais ne créent pas une servitude légale que les propriétaires des maisons voisines aient le droit de revendiquer les uns à l'égard des autres” (Trib. civ. Casset, 3 juill. 1913, apud FUZIER HERMAN, loc. cit., número 104).

10. — Já a jurisprudência e a doutrina predominantes na vigência do Código Civil Italiano de 1865 foram diferentes.

É curioso verificar como chegavam a essa conclusão baseados em dispositivos que eram a cópia literal de correspondentes no Código Civil Francês, onde tinham interpretação diferente.

Assim, dizia o art. 436 do Código Civil Italiano: *“La proprietà è il diritto di godere e disporre della cose della maniera più assoluta, perchè no se ne faccia un uso vietato delle leggi o dai regolamenti.”*

Esse texto nada mais era do que uma cópia exata do art. 544 do Cód. Civil Francês: *“La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.”*

Comentando esse preceito legal, LAURENT observou ser tirado da definição de propriedade feita por POTHIER com pequena supressão de palavras.

Segundo POTHIER, a propriedade era *“le droit de disposer d'une chose bon semble sans donner atteinte AUX DROIT D'AUTRUI ni aux lois.”*

“O Código (art. 544), escreve LAURENT, não reproduz a restrição concernente “aos direitos de outrem”, ao passo que consagra as restrições que as leis e regulamentos podem trazer ao uso da propriedade.”

“Poder-se-á induzir daí que o legislador francês não admitiu a limitação resultante dos direitos de outrem?”, pergunta LAURENT.

E logo responde: “Não, certamente, visto como essa limitação sempre foi admitida e POTHIER nada mais fez do que a formular. Se os autores do Código Civil não inseriram a reserva no texto, é porque ela pertence mais à doutrina do que à legislação e porque é muito difícil e portanto muito perigoso de a precisar e de lhe determinar o alcance” (*Principes*, vol. 6, n. 136).

Mostra, a seguir, LAURENT, que apesar da modificação do texto de POTHIER, o Código continuou a adotar o mesmo princípio ensinado pelo referido autor: “o direito do proprietário não é limitado senão quando está em conflito com o direito igual dum outro proprietário. Não basta portanto que cause um prejuízo pelo exercício do seu direito para que seja obrigado de o reparar, é preciso também que, exercendo seu direito, tenha lesado o direito do seu vizinho. Se não lesa o direito de seu vizinho, embora lhe cause prejuízo, não é obrigado a nenhuma reparação” (obra e vol. citados, n. 136, in fine).

Ora, quando LAURENT assim argumentava, procurando sustentar que, apesar da omissão do art. 544 do Código, o direito do proprietário era limitado pelo conflito com direito igual do vizinho, estava muito longe de imaginar que se pudesse ver na simples referência às “leis e regulamentos”, como um reconhecimento de direito precisamente de vizinhança.

Foi entretanto esta a interpretação surpreendente adotada, prevalentemente, pela jurisprudência italiana.

Eis o que referem FERRINI e PULVIRENTI: “Tem sido objeto de numerosas disputas e controvérsias (escrevem êles) o problema sobre se os regulamentos e disposições municipais relativos a posturas, enquanto venham a limitar o exercício de direito de propriedade, possam constituir matéria para o exercício de ação judicial também entre os particulares. O problema foi resolvido negativamente pela Córte de Apelação de Gênova de 30 de outubro de 1879 (Eco de Jurisprudência, 1880, pág. 1); mas a grande maioria dos julgados é no sentido favorável à ação. Tem-se objetado contra a concessão desta, que tais regulamentos concernem à tutela dos interesses públicos, e que um particular não tem a missão ou a qualidade necessárias para tutela dos mesmos, pois de outra fórmula se recairia nas ações populares, as quais foram com o maior rigor excluídas pelo nosso direito, onde a lei explicitamente não o admita. Num outro caso, a Córte de Gênova tinha repetido a mesma máxima. Tratava-se de um particular, o qual tinha elevado uma casa além

dos limites concedidos pelo regulamento local sobre construções (o qual não permitia erigir além de doze metros de altura uma casa numa estrada cuja largura não superasse sete metros); e particular que possuía a casa fronteira do lado oposto da via pública tinha movido ação como se tivesse sido lesado nos seus próprios direitos. Conforme orientação já adotada precedentemente, a Côrte sustentou que os ditos regulamentos não sancionam direitos judicialmente abertos aos particulares e tanto menos dariam fundamento a uma ação de retorno "*in pristina*", quando a nova obra havia sido, no caso, autorizada pelo Prefeito. A sentença foi denunciada à Cassação de Roma e, envolvendo uma questão de competência, foi submetida no exame das câmaras reunidas (22 de maio de 1884, Foro Italiano, H. a., I, p. 919 sg.). A Côrte cassou a sentença. Declarou ela que os ditos regulamentos, ao determinarem a altura dos edifícios e as recíprocas distâncias, vêm regular e limitar o exercício do direito de propriedade, que, pelo art. 436 do Código Civil é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis e regulamentos. *A obrigação, que incumbe a qualquer proprietário de não exceder, no exercício dos seus direitos, os limites fixados pelo regulamento, é correlativo ao direito dos outros proprietários, que venham a sofrer dano causado pela violação de tais leis e regulamentos, de exigir sua observância.* Nem tal direito de agir deve ser compreendido no conceito de ação popular. As ações populares têm por objeto o "jus populi tueri" (fr. 3 § 4, D., 39, 1); trata-se de um interesse público, cuja causa é defendida pelos cidadãos particulares (*republicae interest quamplures ad defendendam suam causam admittere*). Mas quando a ação é proposta por um, não como simples cidadão, mas como proprietário que resente dano pela obra nova ilegítima, a ação tem por objeto a tutela de um interesse privado e também (porque fundado na lei) de um direito."

"Depois da citada sentença da Côrte de Cassação de Roma, pode-se dizer (acrescentaram os autores citados) que a jurisprudência se tem mantido quase constante."

Cita-se entretanto, em contrário, por exemplo, a decisão da Cassação de Nápoles de 19 de junho de 1899 (v. *Annali*, XXXIII, pág. 515, Foro Italiano Repertório, XXIV, 1161). "A Côrte decidiu que "os regulamentos edilícios municipais não têm eficácia nas relações privadas." As mesmas têm por escopo tutelar a higiene e segurança pública com o decôro e a eurtímia das construções. Não

regulam as relações privadas nem entre os particulares geram quaisquer direitos nem obrigações. São ao contrário atributos dos poderes discricionários da autoridade pública, a qual em vista de circunstâncias especiais, tem a faculdade também de tolerar a contravenção e transigir."

Passam a seguir FERRINI e PULVIRENTI a demonstrar a improcedência da orientação da Côrte de Cassação de Roma e das sentenças favoráveis ao exercício da ação privada em que o proprietário de edifício vizinho baseie sua pretensão na simples inobservância de regulamento edilício, sob o fundamento de que tal inobservância lhe causa *um dano*.

"Semelhante ação (observam) visa a tutela do seu direito individual e não dum direito cívico; não é portanto uma ação popular, mas uma ação privada. Mas se tais sentenças declaram que o autor se fundamenta no prejuízo que a êle em particular deriva da nova obra, descaram de provar como um tal prejuízo possa dizer-se um *dano* no sentido jurídico e assim basta a justificar uma pretensão de reprecinamento e de ressarcimento. *Dano é a lesão do direito.* Tenho eu o *direito* a que o vizinho observe as prescrições dos regulamentos edilícios? *Este é o problema;* porque, se o meu direito se limita ao poder de exigir que o vizinho observe as distâncias introduzidas pela lei no interesse direto das relações de vizinhança, não se poderá considerar como tal a pretensão de que o vizinho observe as normas introduzidas no interesse geral e não se poderá qualificar como dano a desvantagem que me possa resultar da diminuição de área, de luz, de prospecto, etc. Não importa dizer que a propriedade do que executa a obra nova é limitada pelo explícito reconhecimento do Código das leis e regulamentos; *sempre se o vizinho exorbita da medida do seu direito, invade o meu direito, e, quando se trata de uma ação entre particulares, o punctum saliens é precisamente este: se o adversário INVADIU A ESFERA DO NOSSO DIREITO e o desconheceu, e não se êle agiu, bem ou mal, dentro do âmbito do seu próprio direito.*"

E, concluindo sua crítica irrespondível, argumentam os autores citados, com admirável segurança: "Parece, por fim, muito grave admitir a doutrina afirmativa (de que o direito cívico possa ser transformado em direito privado) no direito moderno, não obstante a prevalência dos julgados neste sentido. Para que se possa aceitar um tal resultado, é preciso admitir que, em virtude de tais regulamentos, venha a se constituir uma relação entre dois imóveis,

em virtude da qual as respectivas propriedades sofram correlativamente um limite e um incremento. Isso exorbita, ao meu ver, do conteúdo e do escopo dos citados regulamentos. Admitido o princípio, devem ser acolhidas tôdas suas conseqüências. Não haverá portanto razão para limitar a sua eficácia unicamente aos regulamentos edilícios e de hygiene; por que não proceder igualmente em relação a todos os casos de limitação da propriedade fundiária introduzida em vista dum interesse público? Por que não dar ação aos particulares visando fazer observar pelos vizinhos as normas limitadoras contidas na lei sôbre obras públicas, nas leis sôbre servidão militar e assim por diante?

“As relações de vizinhança a lei prevê em título próprio e com normas especiais: observadas estas, as razões patrimoniais dos particulares ficam satisfeitas; as outras limitações têm um fim particular e sanções particulares: se delas deriva utilidade ou vantagem à propriedade vizinha, isto é um simples *commodum*, que não se constitui em direito subjetivo.” (G. FERRINI e G. PULVIRENTI, *Il Diritto Civile Italiano, per cura di PASQUALE FIORE, Parte V, delle Servitù Prediali*, vol. 1, 1906, n. 77^a).

11. — FRAGOLA também mostra-nos que “o direito subjetivo à observância das limitações públicas é estabelecido a favor do Estado (no sentido largo), existindo em favor dos particulares sômente um interesse indireto em ver observadas as prescrições respectivas.”

Trata-se dum direito estabelecido pela lei a favor, não dos cidadãos *uti singuli*, mas da “comunidade”, isto é, do complexo dos cidadãos politicamente associados, e em virtude de sua associação.

“Como súditos da comunidade política, os cidadãos podem incitar a autoridade, a fim de que faça valer o direito social; a esse respeito, os cidadãos têm um “interesse simples de agir”, em virtude do qual pode pedir a atenção de poder público sôbre o dano social e eventualmente poderão, dentro da ordem hierárquica, oferecer queixa à autoridade superior contra a indolência da autoridade inferior; mas nunca lhes pertencerá, como cidadãos particulares, a iniciativa da ação.”

Em suma, o particular não tem direito á ação contra os outros particulares para forçá-los ao cumprimento de regulamentos expedidos para utilidade geral; têm um simples interesse, não acionável, tutelável apenas mediante reclamação à autoridade administrativa (FRAGOLA, *Teoria delle Limitazioni Amministrative al Di-*

ritto di Proprietà, con speciale riferimento ai regolamenti comunali, págs. 341-342).

E, efetivamente, se a restrição à propriedade individual é feita por um regulamento municipal, no interesse público, de duas únicas formas se poderia justificar uma ação direta do particular contra outro baseada na infração de tal regulamento:

a) ou o particular se substitui ao Estado, mediante o exercício da ação popular. E essa hipótese é afastada pelos próprios julgados a que nos referimos, como incompatível com o direito atual;

b) ou se entende que à restrição feita ao direito de propriedade de um cidadão corresponde um acréscimo de direito de outro cidadão, por exemplo, na qualidade de vizinho.

Ora, esta segunda alternativa também não é exata, por quanto uma coisa é restringir o uso dum direito patrimonial por parte dum indivíduo, em benefício do Estado, e outra coisa é determinar que essa restrição seja feita em benefício particular e em acréscimo de direitos por parte de determinados cidadãos.

12. — Não era, entretanto, sômente a interpretação do art. 436 do Código Civil Italiano que era torturada pelos partidários da doutrina de caber ação dos particulares fundada em regulamentos municipais edilícios, não diretamente integrativos de dispositivos de Código Civil sôbre direito de vizinhança.

Também assim procediam, e de maneira bastante curiosa, como passamos a ver, em relação ao art. 535 do mesmo Código.

O legislador italiano, tratando das “servidões estabelecidas pela lei”, começou, por copiar, no seu art. 533 o texto do art. 649 do Código Civil Francês: *Le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto l'utilità publica o privata.*”

Em seguida, no art. 534 trata das “servidões estabelecidas por utilidade pública” copiando literalmente o texto do art. 650 do Código Civil Francês, dizendo, como êste, em seu fêcho: *“Tutto ciò che concerne questa specie di servitù viene determinato da leggi e dai regolamenti speciali.”*

Enfim, no art. 535, subsequente, o Código italiano trata das “servidões legais de utilidade privada” e adota a mesma regra constante dos arts. 651 e 652 do Código francês: *“Le servitù che la legge impone per utilità privata, sono determinate dalle leggi e dai regolamenti SULLA POLIZIA CAMPESTRE, o dalle disposizioni della presente sezione.”*

As “disposições tratadas naquela seção” do Código italiano são as relativas aos chamados direitos de vizinhança, como sejam as de demarcação, trânsito, luz e vista, etc.

O texto do art. 535 supra citado do Código italiano corresponde assim precisamente ao do art. 652 do Código francês: “*Partie de ces obligations* (de utilidade privada aludidas no art. 651) *est réglée par les lois SUR LA POLICE RURALE. Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contremur, au vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.*”

Ora, em primeiro lugar, conforme vimos anteriormente, a doutrina francesa dá um valor absolutamente secundário à inclusão dessa referência às “leis de polícia rural” a propósito das servidões de interesse privado.

Em segundo lugar, o art. 535 do Código Civil Italiano, como o art. 652 do francês, somente incluem entre as servidões de utilidade privada as ditas leis de polícia campestre e colocam taxativamente em outro dispositivo (art. 534 do Código Italiano e 650 do Francês) a indicação das servidões de utilidade pública.

Ora, é curioso verificar como é que, de semelhante disposição rigorosamente restritiva do art. 535 do Código Civil Italiano, alguns comentadores pretenderam extrair a doutrina de que, não somente as leis de polícia rural, como também os regulamentos municipais baseados no interesse público, em geral, também constituiriam servidões legais de interesse privado.

Eis como argumenta um deles, NICOLA GERMANO:

“Os regulamentos municipais de higiene, de polícia e de ornato (escreve êle) podem ser considerados sob um duplo aspecto: sob o aspecto de interesse público e sob o aspecto de interesse privado, porque, enquanto têm por fim o ornato, a higiene e a segurança dos habitantes, as limitações que imponham podem também reverter em vantagem dos imóveis vizinhos existentes no âmbito da Cidade e do território municipal. Sob o primeiro aspecto, constituem servidão *peçoal* de utilidade pública, e, sob o segundo, servidão *predial* de utilidade privada.

“E os argumentos pelos quais sustento que, sob o segundo aspecto constituem *servidão predial de utilidade privada* são dois (prosegue o mesmo autor). O primeiro é extraído do art. 335, onde, falando-se das servidões legais, está dito que são servidões de utilidade privada as estabelecidas pela lei e pelos regulamentos sobre *polícia campestre*; e o segundo resulta dos arts. 572, 573, 574, 575

e outros, onde, falando-se de servidão legal de utilidade privada, se faz referência aos regulamentos locais, sem se distinguir entre polícia campestre e política urbana” (NICOLA GERMANO, *Trattato delle Servitù*, 2.^a ed. 1900, vol. 1, pág. 587).

Duas são, como se vê, as razões apontadas por GERMANO para comprovar a sua tese:

a) A primeira é a de que o art. 535 diz serem servidões de utilidade privada as estabelecidas pelas leis e regulamentos de polícia campestre; daí se deveria deduzir que também o seriam as instituídas pelas leis e regulamentos municipais.

Semelhante raciocínio, é, entretanto, positivamente claudicante.

Se a lei restringe as servidões de utilidade privada somente às leis de polícia campestre, é logicamente porque não as quis estender às demais leis e regulamentos especiais, aos quais alude somente quanto às servidões de interesse público (arts. 534 e 535).

b) O segundo argumento de GERMANO é o de que os arts. 572 e seguintes do Código, referindo-se a determinados casos de direito de vizinhança, reportam-se a normas complementares constantes dos “regulamentos locais” ou “particulares”, sem distinguir entre os da polícia campestre e os de polícia urbana.

Este argumento, entretanto, prova demais.

Com efeito, se, em determinados casos, como no dos arts. 573, 574 e 575, o Código Civil Italiano, *depois* de estabelecer como servidões de utilidade particular as relativas a instalação sanitária, de fôrnos, fossos e canais, etc., faz referência, em caráter complementar às normas de regulamentos locais, daí resulta que somente em tais casos esses regulamentos locais poderiam ser considerados como integrativos ou conexos com os direitos de vizinhança regulados nos referidos arts. 573 a 575.

Quanto ao art. 572, como mostram FERRINI e PULVIRENTI, nêle o legislador, depois de ter falado das distâncias a serem observadas pelos edifícios privados, acrescenta que tais disposições não se aplicam aos edifícios destinados ao uso público nem aos muros confinantes com praças e ruas ou estradas públicas, “para os quais devem ser observadas as leis e os regulamentos particulares que os concernem” (obra citada, n. 77.^a).

Fora, portanto, desses casos expressamente delimitados, os regulamentos municipais apenas estabelecerão servidões de utilidade pública.

Aliás, o próprio GERMANO apressa-se a reconhecer a fragilidade de sua argumentação e a mostrar que a mesma lhe parece a êle próprio duvidosa:

“Nos casos em que os regulamentos municipais são *expressamente relacionadas com o Código Civil* (escreve êle), como nos arts. 572 a 580, não há dúvida de que a ação judiciária seja de índole real, como por qualquer outra servidão de utilidade privada... *Qualquer dúvida poderá sobrevir em relação às outras disposições dos ditos regulamentos, quando reflitam limitações não previstas pelo Código Civil, como as referentes à altura das construções, à extensão das áreas internas, à confecção das cornijas e fachadas das edificações, ao exercício de profissões ruidosas no interior das habitações, à distância e altura das cercas dos caminhos, etc.*, porque, em tais casos, se poderá perguntar se os vizinhos, que sejam diretamente prejudicados com a violação de tais proibições, podem ter ação judiciária para as fazer respeitar e de que índole sejam tais ações” (obra citada n. 465).

Eis, pois, a que se reduzem os dois únicos argumentos aduzidos por GERMANO, para apoiar sua opinião:

a) O primeiro consiste em citar o texto do art. 535 do Código Civil Italiano, o qual, referindo-se restritamente às leis de polícia *campestre*, exclui *ipso facto* as leis e regulamentos de categoria diversa, ou sejam as municipais.

b) O segundo consiste na comparação do art. 535 com os arts. 572 a 580 do citado Código. Mas o próprio GERMANO apressa-se a reconhecer que êsse seu argumento não é concludente.

13. — Mais modernamente e quando já se aproximava a elaboração do novo Código Civil, a jurisprudência italiana tomou uma forma mais precisa e apurada.

Distinguia conforme os regulamentos edilícios eram ou não integrativos e reclamados como complementares de direitos de vizinhança regulados pelo Código Civil. Em caso afirmativo, constituiriam também direito de vizinhança dando ao particular o direito de pedir a demolição da obra violadora dos posturas municipais. Em caso negativo, o particular poderia ainda pedir indenização, desde que, da violação do regulamento de mero interesse geral, lhe resultasse algum prejuízo patrimonial.

Nesse sentido é a seguinte decisão da Corte de Cassação, em câmaras reunidas, de 28 de abril de 1933: “*Le disposizioni contenute nelle art. 40 e 41 del Regolamento Edilizio di Roma non*

costituiscono vere e proprie servitù; onde in caso de violazione di esse, non si può ottenere le demolizione delle relative costruzioni ma solo il risarcimento del danno” (Pres. s'Amelie Est. Butera — P. M. Giaquinto Gallesse c. Fiorentino, *apud Rivista di Diritto Pubblico*, 1933, II, pág. 672).

Comentando êsse julgado, observou excelentemente ZAPPULLI:

“A sentença a cuja ementa nos reportamos repete um princípio já afirmado pelas Côrtes de Cassação regionais e constantemente mantida com firmeza pela Suprema Corte unificada.

“Tal princípio pode assim resumir-se: os regulamentos municipais em matéria edilícia e de higiene pública podem constituir fonte de direitos subjetivos a favor do particular, mas somente dentro de determinados limites: isto é quando se trate de prescrições preordenadas a disciplinar o exercício do direito de propriedade e relações de vizinhança (como as reclamadas pelos arts. 535, 544, 572 do Código Civil) a sua violação vale por si mesma para legitimar o uso da ação pelo particular, sem que ocorra da parte dêste a prova da existência de uma efetiva lesão patrimonial. Quando, porém, se trata de normas cujo conteúdo, antes de visar a disciplina das relações de vizinhança, se propõe uma mais ampla finalidade de interesse público, qual seja a de prover à necessidade higiênica da população, ou garantir o decôro edilício, as suas normas constituem um direito subjetivo público, cuja tutela compete ao órgão administrativo que deve cuidar da execução do regulamento. Tais normas, entretanto, podem, na espera de proteção da utilidade pública, proteger também o interesse do particular, o qual, em tal caso, e somente quando da violação do regulamento lhe tenha resultado dano, tem ação para conseguir o ressarcimento mas não para obter a remoção de obra abusiva” (ZAPPULLI, *I Regolamenti edilizi fonte di diritti subjetivi privati*, in *Riv.* citada; cfr. Cassação de Reino, 5 de abril de 1942, n. 1158, *Costa c. Fiazza*, na mesma *Rev.*, 1932, II, 391; para doutrina sobre o valor de fonte de direito subjetivo e atribuir-se ao regulamento edilício municipal, confronte-se ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subjetivi*, no Tratado de ORLANDO, vol. 1 e Princípios de direito administrativo, CODACCI PISANELLI, *Scritti di Diritto Pubblico*; COGLIOLO, *Scritti vari*, vol. 1, p. 44; CAMMEO, *Delle manifestazioni della volontà dello stato nello campo del diritto amministrativo*, nel *Trattato dell'* ORLANDO, vol. III. Sobre a eficácia dos regulamentos edilícios como fonte de direitos subjetivos privados cfr. E. BIONDI “*Sei ai privati spettino*

diritti ad azioni da far valere in giudizio in base a disposizioni di regolamenti comunali di edilizio e d'igiene", Foro Ital., 1927, I, 509; L. DE BARBIERI, "Delle norme dai regolamenti edilizi circa l'altesse e le distanze e il diritto del privati", na mesma Revista 1930, I, número 32; A. GIONFRIDDO, "La podestà regolamentare dei comuni e le limitazioni alla proprietà privata", Viareggio 1926; G. PACINOTTI, "Valore giuridico Ital.", 1907, II, 745; D. R. PERETTI GRIVA, "I regolamenti edilizi comunali e i diritti soggettivi che ne possono derivare ai privati", Riv. Amministrativa, 1930, 553; L. RAGGI, "Regolamenti comunali di edilizio e d'igiene e diritti soggettivi privati", Corte de Cassação, 1927, 1231; R. RESTA, "In tema di norme regolamentari edilizie", Foro amministrativo, 1932, 19).

O art. 40 do Regulamento Edilício de Roma, aplicado pela Corte de Cassação de Roma no julgado comentado por ZAPPULLI dispunha: "No caso de espaços ou zonas livres ou de via privada interposta entre duas construções diversas ou entre dois corpos de construção dum mesmo grupo, a distância mínima entre os dois muros opostos não deverá ser menor do que três quintos da altura da construção mais alta, e em nenhum caso não deverá jamais ser inferior a oito metros...".

E o art. 41 do mesmo Regulamento dispunha que as normas sobreditas referentes à altura das construções e à altura entre os muros opostos no espaço ou na zona livre ou nas ruas particulares, sofrem algumas modificações nas partes centrais da cidade.

Ora, comenta ZAPPULLI: "Da simples leitura dessas normas resulta evidente que as mesmas não encontram confrontação nas disposições do Código Civil relativas às distâncias das construções, em virtude do que a sua violação não faculta ao particular a ação para remoção da obra abusiva. Pode, entretanto, acontecer que esta, com diminuir, segundo as circunstâncias do local, a área, a luz, ou a segurança dum edifício vizinho, ocasione um dano ao respectivo proprietário, a quem competirá então ação para obter somente seu ressarcimento; e é isto o que a Suprema Corte afirmou na supra citada sentença, confirmando assim o que já havia noutra oportunidade ensinado, em relação ao mesmo art. 41 do Regulamento Edilício de Roma, em sentença de 4 de março de 1932, n. 772 (Caixa Nacional de Seguro do Trabalho contra Colena na dita Revista 1932, II, 389, com notas de A. MANCA; ZAPPULLI, loc. cit.).

Essa mesma doutrina foi exposta por ZAPPULLI no Novo Digesto Italiano:

"Não raramente (escreveu êle) as servidões públicas importam também em utilidade privada, e são por isso invocáveis também pelo proprietário do imóvel que de tal utilidade venha a gosar. Isso acontece frequentemente com as normas sobre a altura dos edifícios, distância das construções, modalidade das próprias construções, estabelecidas pelos regulamentos edilícios.

"Cumpre em tal caso distinguir as normas dos regulamentos que integram as limitações através das quais o Código Civil disciplinou as relações de vizinhança entre particulares, regulando as distâncias e a altura de algumas construções, de cujas normas reclamou a observância não somente *in genere* no art. 436 do Código Civil, mas também em algumas disposições do próprio Código que dizem respeito às servidões legais (como as dos arts. 535, 544, 559, 572, 578 C. C.) das outras normas regulamentares que não têm a dita função integrativa, e provêem, ao contrário, apenas à finalidade do interesse público geral. A violação das primeiras legitima no proprietário interessado, individualmente, o uso da ação sem que deva demonstrar a existência de dano patrimonial, já que, em tal caso, a norma regulamentar tem uma função subsidiária da lei civil e se tem, para tutela do direito, uma ação real, que importa na *restitutio in integrum*, e portanto na demolição da obra ilegalmente construída. No segundo caso, ao contrário, sendo as prescrições regulamentares tendentes eminentemente à tutela dum interesse público, qual seja, por exemplo, o da higiene, do decôro edilício, etc., e, podendo, somente como reflexo, tocar ao interesse privado e coincidir com êste, cabe somente aos órgãos da administração pública o direito de impôr coativamente a sua observância, enquanto ao particular não pode caber senão uma *defesa enfraquecida*, isto é o direito ao ressarcimento do dano, desde que demonstre a sua existência". (N. Dig. Italiano, vb. *Servitù, Parte generale*, n. 7, vol. 12, parte 1.^a, pág. 148

14. — Note-se a evolução doutrinária dos julgados e tratadistas italianos sobre a questão que focalizamos.

A princípio, afirmavam que qualquer cidadão era parte legítima para "constranger" o vizinho a respeitar os regulamentos edilícios mesmo quando não expressamente reclamados pelo Código Civil, como sejam os relativos à altura e distância das construções e à grandeza de suas áreas internas: "*Le disposizioni in essi (regolamenti edilizzi) contenute* (proclamava um acórdão da Corte de Apelação de Turim de 18 de maio de 1891), *in quanto determinano*

l'altezza e le distanze delle costruzioni, quantunque ridarguino d'interessè pubblico, costituiscono materia all'esercizio di diritti fra privati. La qualità di proprietario vicino confrontante basta a creare quel legittimo interesse individuale che à fondamento dell' azione giudiziaria PER COSTRINGERE il vicino a non fare uso delle sua proprietà in modo contrario al regolamento" (apud FERRINI e PULVIRENTI, loc. cit.).

"All'obbligo, che incombe ad egoni proprietario di non eccedere nell'esercizio del suo diritto i limiti assegnati dal regolamento (afirmou o já citado acórdão da Côte de Cassação de Roma de 20 de maio de 1884), é correlativo il diritto negli altri proprietari, che correbbero a risentire danno dalla violazione di tali leggi e regolamenti, DI RETENDERNE L'OSSERVANZA."

Era também o ensinamento de LORENZE MEUCCI: *"Così se una legge e un regolamento edilizio, nell' interesse dela sicurezza e della igiene pubblica, prescrive un limite massimo dal'altezza delle fabbriche a alla grandezza delle aree interne, non ripugna il principio del diritto che il cittadino più interessato, p. e. il vicino, possa avere oltre il reclamo amministrativo, anche l'azione civile PER SONDARE l'applicazione di quel regolamento contro colui che lo violò a sue danno. Infatti in questo caso si possono verificare tutte le condizioni per la creazione di um diritto: autorità legittima ordinante, legge, obbligo imposto, precisione e determinazione di quest'obbligo, a interessa primario in determinata persona, avvegnachè l'interesse e il danno pubblico se realizza, in quel caso, negl'interesse e noi danni privati. Per tali condizioni sacaturisce chiara la intenzione del legislatore o dell'autorità di sancire un obbligo giuridico a favore non solo del pubblico collettivo, ma dei signoli interessati, a meno che il contrarie risulti esplicitamente o implicitamente dal tenore dello stesso regolamento (Istituzioni di Diritto Amministrativo, 3.^a e. 1892, pág. 147).*

Contrapondo-se a isso, as opiniões mais recentes que acabamos de citar reconhecem no cidadão particular a qualidade para invocar regulamentos edilícios não reclamados pelo Código Civil, não para constranger o vizinho violador à sua execução, mas simplesmente para pedir-lhe indenização.

15. — Este último ponto de vista veio afinal a ser expressamente consagrado pelo novo Código Civil Italiano, de 1942, no seu art. 872, 2.^a parte: "Aquêlê que, por efeito da violação (de normas regulamentares municipais) sofreu dano, deve ser ressarcido,

salvo a faculdade de pleitear a volta ao primitivo estado quando da violação das normas contidas na seção seguinte (*diritti de vicinhança*) ou com esta relacionada." *"Colui che per effette delle violazione (delle norme di edilizia) ha subito danne deve essere risarcito, salva la facoltà di chiedere la riduzione in pristino quando si tratta della violazione delle norme contenute nella sezione seguente o da questa richiamate."*

De acôrdo com êste dispositivo, somente os direitos de vizinhança discriminados no Código Civil ou as normas regulamentares a que expressamente se reporte o Código como complementares às suas determinações é que autorizam o exercício da ação demolitória para desfazer construções efetuadas com violação das referidas normas.

Se, porém, se tratar de normas regulamentares não correlatas ao Código Civil, justificarão apenas o pedido de indenização do vizinho prejudicado.

Assim por exemplo, no caso do art. 578 do nosso Código Civil: "as estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras, e em geral as construções que incomodam ou prejudicam a vizinhança, guardarão a distância fixada nas posturas municipais e regulamentos de higiene."

Em tal hipótese as posturas municipais e os regulamentos de higiene conterão normas complementares e cuja aplicação é reclamada expressamente pelo art. 578 do Código Civil, constituindo, portanto, dentro desses limites, normas de direito de vizinhança, a serem coativamente exigidas pelo vizinho.

Se, porém, se tratar de posturas relativas a altura de prédios, número de pavimentos, alinhamento, grandeza de áreas internas, forma estética dos edifícios, proteção a monumentos históricos e artísticos, servidões de uso público, militar, aeronáutico, ferroviário, ou mesmo distância entre construções, não expressamente reclamados pelas normas do Código Civil sobre direito de vizinhança, dariam lugar a simples pedido de perdas e danos da parte do vizinho prejudicado.

Parece-nos, entretanto, que tal solução acolhida pelo novo Código Civil Italiano não corresponde à boa lógica.

Com efeito, se se admite que uma simples disposição regulamentar de interesse geral constitua direito subjetivo do particular a quem interesse, não vemos por que limitar o uso de tal direito apenas ao poder de pleitear perdas e danos e não o de desfazer o que outrem haja feito com sua violação.

Adotado porém êsse princípio, é fácil prever a gravíssima perturbação que iria sofrer a administração pública com a intervenção de qualquer cidadão particular que se entendesse prejudicado pela violação duma lei de interesse público.

Daí a restrição que se pretende fazer a essa intervenção dos particulares a um simples pedido de indenização. E daí também a necessidade de explicar-se tal restrição com a existência dum simples direito “enfraquecido” dos cidadãos particulares a invocar a seu favor, *uti singuli*, uma norma regulamentar de interesse geral.

Ou bem os cidadãos terão direito próprio a invocar os regulamentos de interesse geral, com tôdas suas conseqüências. Ou não terão êsse direito próprio, podendo apenas reclamar contra a administração pública encarregada de cumprir os ditos regulamentos.

O que, porém, não é aconselhável é que a lei, como se fêz na Itália, crie um direito intermédio e indefinido a um simples pedido de indenização.

E o que certamente parece inadmissível e arbitrário é que a jurisprudência usurpe a função legislativa para criar semelhante espécie nova de direito, não reconhecida nem regulada pela lei.

16. — Se passarmos os olhos, agora, ainda que perfunctória-mente, sobre a legislação de outros países sobre a matéria, veremos que adotam a orientação mais diversa.

Assim, o art. 841 do Código Civil do Chile inclui expressamente, como o Italiano, as ordenanças de polícia rural entre as servidões legais de utilidade dos particulares.

Já o mesmo não ocorre com o art. 899 do Cód. Civ. da Colômbia que somente admite as “leis sobre polícia rural” como servidões legais relativas à utilidade dos particulares, quando não colidam com os dispositivos especiais do Código: “*Las servidumbres legales de la segunda especie, son asimismo determinadas por las leyes sobre policia rural, con excepcion de lo que aqui se dispone respecto de algunas de tales servidumbres.*”

17. — O art. 551 do Código Civil Espanhol, tem uma redação obscura: “*Las servidumbres que impañe la ley en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada, se regirán por las disposiciones del presente titulo, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales e locales sobre policia urbana e rural. Estas servidumbres podrán ser modificadas por*

convênio de los interesados cuando no lo prohiba la ley ni resulte perjuicio a tercero.

Pareceria, à primeira vista, que o legislador teria incluído todos os regulamentos de polícia não só rural como urbana entre as servidões de utilidade particular.

Mas isso não somente tornaria inócua a distinção entre as duas espécies de servidão, feita no art. 549, como também conduziria à conclusão extravagante de que as servidões de utilidade seriam suscetíveis de modificação por convênio entre os interessados (art. 551, alínea).

Pareceria mais lógico admitir que, no dispositivo citado, haveria uma simples ressalva quanto à obediência às servidões impostas por utilidade pública, sem transformar a natureza destas em meras servidões de utilidade privada.

18. — Determinou o art. 2.611 do Código Civil Argentino: “*Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.*”

Êste art. 2.611 (esclarece SALVAT) “tem sua fonte na obra dos juriconsultos AUBRY ET RAU” (*Tratado de Derecho Civil Argentino*, 2.^a parte, *Derechos reales*, n. 1058, pág. 544).

AUBRY ET RAU, como em geral os juristas francêses, desprezando a referência feita à “polícia rural” pelo art. 652 do Código Civil Francês, ensinaram que as “restrições ao exercício do direito de propriedade” pertencem mais ao Direito Administrativo do que ao Direito Civil (e entre elas estão, por exemplo, as posturas sobre alinhamento das ruas, a altura das casas, número de andares e limite de altura de cada pavimento (*Droit Civil Français*, vol. 2 § 193).

Daí dizer SALVAT que o Código Argentino dividiu em duas classes as restrições e limites do domínio: “1.^o restrições estabelecidas com finalidade de interesse público; 2.^o restrições estabelecidas no interesse recíproco dos imóveis vizinhos. As primeiras fundam-se *exclusivamente* em razões de interesse público; nas segundas predomina o interesse privado, mas o interesse público tem também alguma influência.”

“As restrições de interesse público (escreve ainda Salvat), como já dissemos, fundam-se *exclusivamente* nos interesses desta classe, sem ter em conta o interesse imediato das propriedades e dos vizinhos” (SALVAT, obra citada, ns. 1054 e 1058).

Isso mesmo resulta da fórmula legal: "*restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público.*"

Tais disposições, por consequência (e entre elas as relativas, por exemplo, ao alinhamento, áreas internas e demais condições de construção não apontadas pelo Código Civil) estão excluídas do campo dos direitos de vizinhança.

É o que deixou muito claro o próprio codificador argentino, Dr. VÉLEZ SANSFIELD, em nota ao citado art. 2611: "*Las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público, por la salubridad e seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los Códigos, ser extrañas ao Derecho Civil. La Ley de partida, por ejemplo, prohíbe que ningún edificio se arrime a las iglesias: porque, dice la iglesia es casa santa de Dios, L. 24, Tit. 32, parte 3.^a — La Ley Romana prohíbe edificar cerca del palacio de los príncipes por una razón muy singular: Nam imperio magna ab universis secreta debentur. — Las leyes o ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco para el estanco de ese ramo de comércio, etc. non crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto entrar en un Código Civil. Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contidas, son principalmente el unico objeto de este Título*" (JOSÉ OLEGARIO MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, vol. 7, 1922, pág. 6, nota).

E isso também é o que BIELSA exprime enérgicamente ao estudar a questão sob o ponto de vista do direito administrativo, ao qual foi relegado pelo citado art. 2611 do Código Civil Argentino: "*Las restricciones fundadas en el interés público colocan al particular (propietário) frente a la Administración pública, e NO a LOS DIVERSOS PROPIETÁRIOS FRENTE A SI; éste último es lo que ocurre a "las limitaciones en el interés privado" y en las "servidumbres por derecho civil"*" (RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, vol. III, ed. 1947, n. 659, pág. 380).

19. — O Código Civil Uruguaio (art. 556) e o Alemão (ENNECERUS, KIPP. WOLFF, *Tratado de Direito Civil*, trad. Gonzales y Alguer, *Derecho de Cosas*, vol. III, § 52, pág. 308, n. III) emitem o exame das limitações de direito de propriedade por utilidade geral, deixando-o ao campo do direito público.

Já o Código Civil Suíço, devido á dificuldade de unificar os diversos usos regionais, remeteu para a legislação subsidiária can-

tonal a fixação das normas relativas ás construções: "*La législation cantonale peut déterminer les distances que les propriétaires sont tenus d'observer dans les fouilles ou les constructions. Elle peut établir d'autre règles encore pour les constructions*". (ROSSEL ET MENTHA, *Manuel de Droit Civil Suisse*, II, n. 1288).

Uma coisa, entretanto, é autorizar o Código Civil que leis estaduais ou posturas municipais integrem as normas do Código com disposições suplementares. E outra coisa muito diversa é pretender-se que normas de posturas municipais (por exemplo, sobre zoneamento, distância entre construções) modifiquem as do Código Civil, ou estabeleçam novas regras complementares que não estejam expressamente autorizadas pelo Código Civil.

20. — O nosso Código Civil, como vimos, distingue cuidadosamente, no art. 572, os regulamentos administrativos do direito de vizinhança: "O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprover, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos".

Se tais regulamentos constituíssem parte integrante do direito dos vizinhos, tornar-se-ia incompreensível a discriminação feita nesse dispositivo.

Sua fonte é o art. 1456 do projeto COELHO RODRIGUES, copiado literalmente pelo art. 661 do Projeto CÓVIS BEVILAQUA: "Todo dono de um terreno pode levantar nele as construções que lhe aprover, salvo o direito dos vizinhos e as disposições regulamentares sobre a forma, segurança e higiene dos prédios urbanos e as de polícia dos estabelecimentos industriais."

Aí estão claramente delimitadas as duas classes de limitações ao direito de construir: a) as de direito civil (direito de vizinhança); b) e as de direito administrativo (regulamentos).

Explica-o excelentemente PHILADELPHO AZEVEDO:

"Por ora vamos salientar que as restrições ao uso da coisa podem ser distribuídas em duas classes — as que interessam à *coletividade em geral*, ao bem público, como os preceitos relativos ao zoneamento, arquitetura, alinhamento, estética, prevenção de incêndio, higiene, etc.; e os que resguardam, especialmente, o *interêsse, próximo, do vizinho*;

"COLIN ET CAPITANT consideram três grupos, dos quais o terceiro não interessa diretamente ao assunto deste trabalho:

“I — *Restrictions d'ordre administratif, apportées par la loi au droit du propriétaire, dans un intérêt public.*

“II — *Restrictions d'ordre civil établies par la loi à raison du voisinage des fonds.*

“III — *Restrictions d'ordre contractuel, résultant d'une clause d'inaliénabilité imposée au propriétaire pour celui dont il tient la chose.*

“Em quanto às primeiras restrições, sobreleva o bem público, interessando ao direito administrativo, ao chamado poder de polícia” (Destinação do Imóvel, n. 30, pág. 130; CLÓVIS, Cód. Civ. Com., vol. 3, pág. 112; SPENCER VAMPRE, Man. do Dir. Civ. Brasil., II §§ 19 e 20; COELHO DA ROCHA, Direito Civil §§ 404 e 591; LAFAYETTE, Dir. das Coisas §§ 29 e 120).

Por isso constituiria uma pretensão nova e surpreendente em nosso direito, sustentar que um mero regulamento administrativo seja equiparado a um direito de vizinhança, salvo nos casos em que determinado dispositivo do Código autorizar normas regulamentares complementares, como, por exemplo, no caso do art. 578 do Código Civil, em relação à distância a ser observada pelas estrebarias, currais, pocilgas, etc.

Nenhum de nossos autores de direito administrativo, nem mesmo TEMISTOCLES CAVALCANTI em seu precioso e minudente Tratado, abordaram sequer a questão, certamente por entendê-la inexistente em nosso direito. Muito menos sustentaram constituírem parte do direito de vizinhança disposições regulamentares sobre o alinhamento, altura de prédios, estética, materiais empregados nas construções e normas de defesa nacional.

Sòmente, ao que sabemos, um único autor, SAN TIAGO DANTAS, influenciado por um comentário doutrinário de dois juristas italianos, ALFREDO ASCOLI (Riv. Dir. Civile, 1918, pág. 72 e seg.) e FRANCESCO ROVELLI (Rev. dir. privato, 1934, II, p. 11, 126), admitiu, de maneira hesitante e obscura que, em certos casos, conforme “exame individual de cada norma administrativa” “o direito de exigir seu cumprimento possa caber não apenas ao poder público senão também aos particulares interessados.

“Sempre que as normas (expõe o referido autor) visarem a proteção de um interesse geral, através da tutela imediata de um interesse particular, é fóra de dúvida que essa proteção se resolve *nam direito* do interessado. Quando, porém, o que se dá é o contrário, isto é, quando o interesse imediatamente visado é o da co-

letividade, e o particular apenas tira as vantagens conseqüentes, então cabe só ao poder público exigir o cumprimento da norma àquele sobre quem ela faz cair um dever.”

“Dois exemplos esclarecerão a diferença (acrescenta). Se alguém, na nossa rua, contrói fora do alinhamento, embora nós tenhamos *desvantagens com a irregularidade do traçado* assim verificado, só a administração tem direito de fazer modificar aquêl estado, pois o nosso interesse é mera conseqüência do interesse geral pela urbanização das cidades. Se a lei manda, porém, que, na encosta de um morro, as construções de uma rua não excedam a cota de nível da rua superior, agora o interesse urbano se atua através do interesse dos proprietários em guardar o *gôzo de certas perspectivas* e se alguém levanta demais a sua casa, é indiscutível ao prejudicado o direito de reclamar” (SAN TIAGO DANTAS, Conflito de Vizinhança, pág. 67).

Para demonstrar, entretanto, o equívoco do ilustrado escritor citado, vamo-nos servir de seus próprios exemplos.

Quando a municipalidade determina o alinhamento de uma rua, tem em vista o interesse geral e, dentro dêle, o dos moradores da rua que ficarão prejudicados, com a desvalorização de seus prédios se algum vizinho não obedecer ao traçado.

De outra parte, quando a lei limita a altura duma construção tem em vista a estética da cidade e o interesse geral, abrangendo dentro dêste o interesse dos particulares, exatamente dentro da mesma medida que no caso precedente.

Sem dúvida, uma lei que “visasse a proteção dum interesse geral através a tutela *imediata* de um interesse particular” resolver-se-ia num direito do interessado. Mas tal lei deixaria de ser um genérico regulamento administrativo, para instituir um direito de vizinhança, porquanto é sòmente em tal caso que a lei “tutela imediatamente um interesse particular”, ainda que indiretamente reverta na utilidade pública.

Uma lei com êsse característico deve necessariamente especificar ter sido promulgada “no interesse dos vizinhos” e dar a êstes o direito de exigir o seu cumprimento, como qualquer outro direito de vizinhança.

Se, porém, a lei apenas estatui normas gerais relativas á construção dos prédios, como, por exemplo, a sua altura, sem instituir expresso direito de vizinhança, não podem os vizinhos arrogar-se direito a “perspectiva” que não lhes foi concedido. A lei, em tal

hipótese, apenas estabeleceu restrições ao direito de construção por interesse geral, e não no interesse especial dos vizinhos.

Estes, portanto, têm “interesse” indireto, no cumprimento da lei por parte do Poder Público, mas não têm “direito” próprio a exigir o cumprimento da lei nem contra o vizinho nem contra o Estado.

A diferença entre “lesão de interesse” e “lesão de direito” é claramente explicada pelo próprio SAN TIAGO DANTAS, quando escreve: “Considera-se então como lesivo do direito somente o ato que interfere na espera interna de um proprietário, isto é, aquele que vai exercer os seus efeitos sobre as vantagens que o dono desfruta no recesso mesmo do seu imóvel, enquanto se considera lesivo do interesse tudo o que apenas diminui as vantagens exteriores, alterando o ambiente, no qual o prédio se encontra, mas já sobre que não tem poder a vontade do proprietário. Aplicando-se aos casos concretos essa distinção, verificamos que as imissões em geral, sejam de fumo, água, umidade, odores, sejam de ruídos, de calor ou de trepidações, todas incidem sobre a esfera interna das propriedades invadidas, e são assim lesivas do direito, enquanto os atos conducentes à perda de um prospecto ou à desvalorização de um bairro pela implantação de indústrias ou abertura de lojas de segunda ordem, ficam na esfera externa e por isso não ofendem senão simples interesses dos proprietários vizinhos, os quais contra êle carecem de toda proteção civil” (obra citada, pág. 82).

A perda de um prospecto, portanto, pela elevação dum imóvel vizinho, constitui, no exemplo trazido por SAN TIAGO DANTAS, uma simples eliminação duma vantagem externa ao seu imóvel e, assim, não ofende senão seu interesse e não a seu direito de vizinhança, como é óbvio.

Esse mero interesse não se poderia transformar em direito pelo simples fato do poder público fixar a altura máxima dos prédios de determinada zona, tendo em vista o benefício geral e não o de determinados proprietários.

21. — Por isso, tivemos ocasião de afirmar, como relator de acórdão do E. 4.º Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça desta Capital, que “não pode um vizinho pleitear a demolição da obra feita com violação de posturas municipais, sem ofensa a específico direito de vizinhança como tal reconhecido pelo Código Civil” (ac. de 1 de dezembro de 1954, nos embargos na apelação cível n. 18 307).

E até há pouco, não nos constava, mesmo, que jamais qualquer tribunal, entre nós, houvesse admitido que um simples particular intentasse ação contra outro baseado na simples violação de regulamento administrativo de ordem geral, transformando-o em direito de vizinhança.

Foi assim com surpresa que deparamos com um acórdão da E. 1.ª Câmara desta Capital, de 6 de julho de 1955, publicado no Diário de Justiça de 29 de Setembro, pág. 3500, contendo em ementa, a seguinte tese: “Direito de construir. As restrições de direito administrativo opostas ao exercício do direito de construir inerente ao da propriedade, criam obrigações de não fazer para o seu titular e cujo inadimplemento ou probabilidade de inexecução corresponde o *direito subjetivo do proprietário vizinho de obter a reposição in prestinum* ou a execução *in natura* daquele dever de abstenção.”

Alegaram os autores da referida ação que, ao pretenderem construir no lote adquirido à rua Sacopã na Lagoa Rodrigo de Freitas, foram obrigados pela Prefeitura a fazê-lo com os afastamentos de 1,50m. e de 2,50m. nas divisas laterais, tudo de conformidade com plano de loteamento aprovado pelo Prefeito e nos termos dos arts. 32 § 2 e 38 do Código de Obras em vigor (decreto 6.000 de 1 de julho de 1937); que, entretanto, os réus haviam obtido licença da Prefeitura para construir, no lote vizinho, um edifício de apartamentos, sem qualquer afastamento das divisas laterais e sem que no local houvesse espaços livres contíguos no centro das quadras e áreas de passagens de servidão comum no interior das mesmas quadras.

Ora, uma simples postura municipal ordenando que, em determinado loteamento, se observe afastamento lateral obrigatório de 2,50m. não pode evidentemente alterar a norma do Código Civil, segundo o qual o vizinho somente pode reclamar a abertura de janela a menos de metro e meio e não pode embargar obra levantada na divisa, desde que não tenha abertura alguma sobre o outro imóvel.

Também o vizinho nada tem a ver com as áreas internas do outro prédio, desde que não infrinjam as normas do Código Civil relativas ao direito de vizinhança.

Pela doutrina do acórdão, o vizinho poderia substituir a Prefeitura para fiscalizar a altura, do prédio contíguo, a de seus pa-

vimentos, a estética do mesmo, os materiais com que vá sendo feito, sua higiene interna, seu alinhamento, etc.

Seja-nos permitido observar também o engano do acórdão quando atribuiu a FERRINI e PULVIRENTI a opinião constante dum julgado de tribunal italiano que precisamente aquêles autores criticam enêrgicamnete, como vimos.

Também por equívoco atribui a BIELSA opinião favorável à tese do acórdão, quando, como também vimos, sua opinião é precisamente a oposta. A citação que faz dêsse autor, tirada do vol. III de seu livro, n. 663, pág. 389 refere-se a um caso em que o interêsse privado está conexo ao interêsse público, como está expresso no próprio trecho citado: "*este sucede, a veces simultâneamente, cuando el hecho "dañino" que motiva la restricción, además de afectar al "vecino" repercute en le interés del "público."* Tal, por exemplo, é o que acontece com "os ruídos e emanações nauseabundas causadas por um estabelecimento industrial", prejudicando não sòmente os vizinhos, como a população (como ainda esclarece a nota 16 a que o texto citado faz direta referência).

O vizinho tem direito próprio a reclamar contra tal "emissão" e o Estado também o tem na forma dos seus regulamentos.

Também não foi feliz a citação de PHILADELPHO AZEVEDO, na Destinação do Imóvel, pág. 130, n. 29. Aí aquêle eminente jurista limita-se a observar que o Código Civil, ao encampar certos regulamentos municipais, elevou-os à categoria de direito substantivo. Isso não significa que tenha encampado indiscriminadamente todos os regulamentos administrativos então existentes e os futuros.

2. — Se um loteamento é inscrito no registro de imóveis constituiu-se sem dúvida uma obrigação real a cargo de cada proprietário.

Ainda porém em tal caso ocorre dúvida sòbre quem seja o titular dessa obrigação: sòmente o vendedor, a comunidade dos compradores de lotes, ou o Estado que aprovou o loteamento; ou também qualquer um dos compradores isoladamente.

A opinião de RIPERT é restritiva: "*Cette analyse conduit à décider que chaque propriétaire ne peut agir directement contre un autre propriétaire pour exiger le respect de l'obligation réelle. Il n'y a pas de rapports juridiques individuels entre les propriétaires. Pour agir il faut représenter la communauté des intéressés. Cette représentation est assurée par le vendeur que est l'auteur commun et qui est garant envers chaque acquéreur de l'exécution des obligations mises à la charge de tous les autres, ou par l'association syn-*

dicale qui aura été crée (Droguignan, 5 mai 1933, D. H. 1933, 455), ou par la ville qui a approuvé le plan de lotissement (Req. 18 octobre 1938, D. P. 1939, 1.61, note MONTSARRAT. Comp. Civ., 30 juin 1936, précité)" (Traité El. de PLANIOL, ed. 1950, vol. 1, n. 3041).

Costuma-se, entretanto, admitir entre nós que essa obrigação cumpulsória assumida pelos compradores dos lotes em relação ao vendedor seja interpretada como verdadeira servidão (de contornos indefinidos) em relação aos titulares dos demais lotes (SERPA LOPES, Tratado dos Registros Públicos, vol. III, n. 417 2.^a ed. pág. 55).

Ainda quando assim se entenda em relação aos loteamentos inscritos no registro de imóveis, não seria razoável que também se desse caráter de servidão predial a loteamentos simplesmente aprovados pela Prefeitura, porém não registrados.

23. — Em conclusão:

a) Se um dispositivo legal sòbre direito de vizinhança se reporta expressamente a normas complementares de posturas municipais, tais normas aquirem também o caráter de direito de vizinhança e sua execução pode ser demandada compulsòriamente pelo vizinho nela interessado;

b) Se a norma regulamentar não é exigida como complemento por algum dispositivo legal sòbre direito de vizinhança, sua violação não dá direito a que um cidadão particular proponha ação contra outro para obstar a violação do regulamento ou obter indenização.