

veis, subordinando-as à vontade do homem. Daí ser classificado como *direito real*, em oposição ao *direito pessoal*, concernente às prestações a que as pessoas se obrigam mutuamente. É *direito real*, no sentido de que se endereça imediatamente à *coisa* (do latim: *res — rei*), contrariamente ao *direito pessoal*, que se dirige às *pessoas* em si mesmas, objetivando vinculá-las a alguma obrigação individual. Em ambos os casos o titular do direito — real ou pessoal — é sempre a pessoa física ou jurídica, mas em se tratando de *direito real* a relação jurídica vai de uma pessoa a outra, visando estabelecer um vínculo obrigacional entre as partes, para a obtenção de alguma prestação (dar, fazer ou não fazer alguma coisa). Por *direito real* se alienam, se adquirem ou se oneram *coisas* móveis ou imóveis; por *direito pessoal* as pessoas se tornam credoras e devedoras de prestações individuais.

O nosso Código Civil, seguindo orientação romanista (1), nos fornece os elementos do direito de propriedade, ao estabelecer que *a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispôr de seus bens, e de reavê-las do poder de quem quer que, injustamente, os possua* (art. 524). Esse direito de uso, gozo e disponibilidade das coisas, associado ao poder de reivindicá-las de quem injustamente as detenha, caracteriza o *domínio*, na sua acepção mais ampla. (2)

2. O DOMÍNIO — O domínio é considerado pela doutrina clássica como um direito *absoluto, ilimitado e exclusivo*. Mas é necessário que se tomem estas expressões no seu verdadeiro significado jurídico. É *absoluto* no sentido de que o proprietário pode utilizar-se da coisa sujeita à sua vontade, em toda a sua substância, acidentemente e acessórios; é *ilimitada* porque confere ao proprietário o poder de praticar sobre a coisa, perenemente, todos os atos que lhe aprouver, fruindo-a da maneira mais ampla possível, transformando-a, alienando-a, ou consumindo-a; é *exclusiva*, no sentido de que afasta da mesma coisa o poder de terceiros, reservando o seu uso, gozo e disponibilidade unicamente ao titular do domínio — o proprietário. Como consectário dessa exclusividade decorre o poder de reaver a coisa, de quem quer que injustamente a detenha. Daí dizer-se que

(1) Os romanos definiram o domínio como o direito de usar, gozar e abusar da coisa: *jus utendi, fruendi et abutendi re sua*.

(2) CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, 1938, III/54 e segs. — LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, 5.^a ed., I/97 e segs. — WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 1953, III/89 e segs. — J. O. LIMA PEREIRA, *Da propriedade no Brasil*, 1932, págs. 58 e segs.

O DIREITO DE CONSTRUIR E AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DAS CONSTRUÇÕES

HELY LOPES MEIRELLES
Juiz de Direito de São Carlos, S. P.

1. O direito de propriedade — 2. O domínio — 3. O condomínio — 4. A propriedade e a posse — 5. A propriedade do solo e das riquezas naturais — 6. O espaço aéreo — 7. As limitações ao direito de propriedade — 8. O uso da propriedade e a teoria da normalidade — 9. O mau uso da propriedade — 10. O conceito de segurança, sossego e saúde dos vizinhos — 11. Os meios judiciais de proteção à segurança, ao sossego e à saúde dos vizinhos — 12. Fundamento do direito de construir — 13. A liberdade de construção — 14. As restrições de vizinhança: a) distância e limites entre os prédios; b) paredes divisórias e tapumes; c) invasão de área vizinha — beirais — janelas — eirado — terraço — varanda — aberturas para luz; d) armários embutidos — aparelhos térmicos e higiênicos — substâncias corrosivas; e) árvores limítrofes; f) águas pluviais, correntes e subterrâneas; g) estrebarias e outras construções prejudiciais à vizinhança; h) entrada em prédio vizinho para construções, reparações e limpeza; i) passagem forçada e servidões prediais — 15. Restrições contratuais ao direito de construir — 16. Construções em desacôrdo com as restrições de vizinhança.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE

1. O DIREITO DE PROPRIEDADE — O direito de propriedade é o que afeta diretamente as coisas corpóreas, móveis e imó-

não há domínio contra domínio. O domínio de um afasta o domínio de outro sobre o mesmo bem (3).

Acolhendo tais conceitos, o Código Civil firma a regra de que o domínio presume-se exclusivo e ilimitado até prova em contrário (art. 527). Este é o domínio pleno. Mas a própria lei civil admite a exceção, esclarecendo que *é plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares* (de uso, gozo e disponibilidade) *se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel* (art. 525).

Ônus real é toda restrição que incide diretamente sobre a coisa, traspassando a terceira parcela de direito de propriedade, como ocorre nos casos em que os bens estão gravados com *enfiteuse* (art. 678), com *servidão* (art. 695), com *usufruto* (art. 713), com *uso* (art. 742), com *habitação* (art. 746), com *rendas expressamente constituídas sobre imóveis* (art. 749), com *penhor* (art. 768), com *anticrese* (art. 805), ou com *hipoteca* (art. 809).

Domínio resolúvel ou revogável é o que tem duração limitada, por cláusula expressa no título constitutivo (art. 647), ou por força de lei. Verificando-se a condição resolutiva prevista no título de propriedade, ou na lei, o domínio volta ao antigo dono ou ao seu sucessor, ou passa a terceiro (art. 1.733).

3. O CONDOMÍNIO — O condomínio ou compropriedade não desnatura o caráter exclusivo do direito de propriedade. O que ocorre no condomínio é o exercício do mesmo direito sobre uma *coisa indivisa*, em que cada um dispõe de *parte ideal* sobre o todo. Em relação a essa parte ideal, prescreve o Código Civil, cada condômino dispõe livremente, independentemente do consentimento dos outros, sendo-lhe facultado exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão (art. 623). Mas, como a parte de cada condômino é puramente ideal e não lhe corresponde parte material fixada, não é lícito a nenhum deles dispor da coisa em si mesma, no todo ou em parte fisicamente determinada, nem tão pouco transformá-la, a não ser pelo modo estabelecido em lei (4) e segundo os princípios consagrados pela doutrina (5).

(3) LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, 5.^a ed., I/119.

(4) O condomínio, em geral, está regulado pelo Código Civil nos arts. 623 a 646. O condomínio de edifícios de dois ou mais pavimentos é regido pelo Decreto federal n. 5.481, de 25-6-1928, com a modificação da Lei federal n. 285,

(5) CARLOS MAXIMILIANO, *Condomínio — Terras, apartamentos e andares perante o Direito*, 1950.

4. A PROPRIEDADE E A POSSE — Propriedade e posse não se confundem, embora quase sempre se encontrem reunidas no mesmo titular. A propriedade é um *direito*; a posse, um *fato*. A propriedade se manifesta pelo poder de uso, gozo e disponibilidade da coisa; a posse se exterioriza pela detenção física da coisa, com ânimo de dono, legitimada pelo domínio ou por qualquer outro título: locação, empréstimo, etc. A posse é inerente ao domínio, mas pode ser exercida também por quem não é proprietário, como ocorre nos casos de locação, em que o locador (dono da coisa), mantém a *posse indireta*, e o locatário (possuidor da coisa) passa a exercer a *posse direta* da coisa locada. Consoante êsses princípios o nosso Código Civil considera *possuidor todo aquêle que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade* (art. 485).

Impõe-se, ainda, distinguir a *posse* da simples *detenção*. A posse é uma situação de fato, legítima; a detenção, ilegítima. O ourives que recebe uma jóia para conserto passa a ter sobre ela a posse; o ladrão que furta essa mesma jóia passa a ter mera detenção. A posse, com o ser uma situação legítima, é amparada pelo direito, a detenção é juridicamente desprotegida.

5. A PROPRIEDADE DO SOLO E DAS RIQUEZAS NATURAIS — A propriedade do solo e das riquezas naturais está sujeita a regime jurídico diverso, o que exige considerações especiais. Segundo dispõe o Código Civil, *a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício* (art. 526), pertencendo ao dono da terra todos os seus *frutos e produtos* (art. 529), mas a Constituição Federal estabelece que *as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial* (art. 152). Assim sendo, a utilização dos recursos minerais naturais e da energia hidráulica depende de concessão ou autorização federal, na for-

de 5-6-1948, ao seu art. 1.^o A venda, locação e administração de coisa comum estão reguladas pelos arts. 405 a 410 do Código de Processo Civil. O condomínio em queda d'água está previsto no art. 148, parágrafo único do Decreto federal n. 24.648, de 10-7-1934 (Código de Águas). A situação do condomínio em caso de falência está prevista no art. 48, parágrafo único, do Decreto-lei federal n. 7.661, de 21-6-1945 (Lei de Falências). A transcrição referente a edifícios em condomínio está prevista no art. 249 do Decreto federal n. 4.857, de 9-11-1939 (Lei de Registros Públicos).

ma da lei, salvo o aproveitamento das quedas d'água de potência reduzida (Const. Federal, art. 153 e § 2.º). Como se vê, a Constituição retira do domínio particular as minas e demais riquezas do subsolo, bem assim as quedas d'água de elevada potência, sujeitando-as ao regime especial que a lei ordinária estabelece para cada espécie, como veremos a seguir.

AGUAS — As águas (públicas, comuns ou particulares) estão sujeitas ao regime especial do Código de Águas (decreto federal n.º 24.643, de 19-7-34), e leis subseqüentes, além das disposições gerais do Código Civil (arts. 66, 537 a 544, 553 a 567, e 585).

Águas Públicas, segundo o Código de Águas, são de uso comum ou dominicais (art. 1.º). São águas públicas *de uso comum*: a) — os mares territoriais; b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis; c) as correntes de que se façam estas águas; d) as fontes e reservatórios públicos; e) as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o “caput fluminis”; f) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade (art. 2.º). São águas públicas *dominicais*, isto é, do patrimônio público disponível, as situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns (art. 6.º) — As águas públicas podem pertencer à União, aos Estados-membros ou aos Municípios.

Pertencem à União as águas públicas: a) quando marítimas; b) quando situadas nos Territórios; c) quando servem de limites com as nações vizinhas ou se estendem a território estrangeiro; d) quando situadas na zona de 100 quilômetros contígua aos limites da República com as nações estrangeiras; e) quando percorram parte dos territórios de dois ou mais Estados-membros da União. Pertencem ao Estado-membro as águas públicas: a) quando servem de limites a dois ou mais Municípios; b) quando percorrem parte dos territórios de dois ou mais Municípios. Pertencem aos Municípios as águas públicas situadas exclusivamente em seus territórios, respeitadas as restrições que possam ser impostas pela legislação estadual (art. 29) (6).

Águas comuns são as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam (art. 7.º), isto é, que não formam outras

(6) Veja-se sobre o mesmo assunto o Decreto-lei federal n.º 852, de 11-11-1938, que complementa o Código de Águas.

navegáveis ou flutuáveis. Neste caso, embora as margens dessas águas pertençam a particulares, as águas em si mesmas não pertencem aos donos das terras por onde correm, e por isso delas podem usar os proprietários ou possuidores de prédios marginais, para as necessidades domésticas, para a agricultura ou para a indústria, contanto que do refluxo das mesmas não resulte prejuízo às propriedades superiores, nem se altere o ponto de saída das águas remanescentes (art. 27).

Águas particulares são as nascentes e tôdas e demais situadas em terrenos que também o sejam, desde que não estejam classificadas entre as águas comuns de tôdas as águas públicas comuns (art. 8.º). Excluídas, portanto, as águas de uso de todos (mares territoriais, rios navegáveis, fontes e reservatórios públicos, etc.), e as simplesmente comuns (correntes não navegáveis ou flutuáveis), consideram-se particulares as que nascem e se encerram nos limites da propriedade privada. Quanto a estas, pertencem ao proprietário do imóvel, mas a sua utilização se subordina às regras de vizinhança estabelecidas no Código Civil (arts. 563 a 567, 584 e 585), como veremos no ponto seguinte. Entre as águas particulares se incluem as pluviais, assim consideradas as que procedem imediatamente das chuvas (Código de Águas, art. 102).

As quedas d'água são considerados bens imóveis e tidas como coisas distintas e não integrantes das terras em que se encontrem. Assim, a propriedade superficial não abrange a água, o álveo do curso no trecho em que se acha a queda d'água, nem a respectiva energia hidráulica, para o efeito de seu aproveitamento industrial (Código de Águas, art. 145). Mas as quedas d'água das correntes comuns ou particulares, pertencem aos proprietários dos terrenos marginais, ou a quem o fôr por título legítimo (Código de Águas, art. 146). Separando a propriedade da queda d'água da do solo, a lei não a retira do domínio particular. Possibilita, tão somente, a sua alienação e aquisição independentemente da dos terrenos marginais, e sujeita o seu aproveitamento ao regime de concessão e autorização do Governo Federal (7).

JAZIDAS E MINAS — A situação jurídica das jazidas e minas está definida o Código de Minas (decreto-lei federal n.º 1.985,

(7) Veja-se, a respeito: ALFREDO VALADÃO, *Regime Jurídico das Águas e da Indústria Hidro-Elétrica*, 1943. — ARMANDO e AQUILES DE OLIVEIRA FERNANDES, *A indústria da Energia Elétrica no Brasil*, 1953.

de 29-1-40), o qual dispõe que a jazida é bem imóvel distinto e não integrado do solo. A propriedade da superfície abrangerá a do subsolo, na forma do direito comum, não incluída, porém, nesta a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria (art. 40). Considera-se jazida toda massa de substância mineral, ou fóssil, existente no interior ou na superfície da terra e que apresente valor para a indústria; mina é a jazida em lavra, entendido por lavra o conjunto de operações necessárias à extração industrial de substâncias minerais ou fósseis da jazida (art. 1.º § 1.º).

O direito de quaisquer substâncias minerais em terras do domínio público ou particular, constitui-se por autorização do Governo da União, ficando obrigado a respeitá-lo o proprietário ou possuidor do solo (art. 5.º). Além dessas disposições sobre a propriedade particular, o Código de Minas sujeita, ainda, o solo e o subsolo das propriedades vizinhas às minas a diversas *servidões*, para fins de pesquisa e lavra (art. 39), as quais se constituem mediante prévia indenização do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação (art. 40).

As águas minerais estão sujeitas ao regime estabelecido no Código de Águas Minerais (decreto-lei federal 7.841, de 8-8-45), que as define como *as águas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas-químicas distintas das águas comuns, com características que lhes confirmam ação medicamentosa* (art. 1.º). O aproveitamento comercial das fontes de águas minerais, termais, gasosas, de mesa ou destinadas a fins balneários, quer situadas em terrenos do domínio público, quer do domínio particular, é feito pelo regime de autorizações sucessivas de pesquisa e lavra instituído pelo Código de Minas, observadas as disposições especiais do Código de Águas Minerais (arts. 4.º e 5.º), mas a exploração comercial das águas de mesa é reservado aos proprietários do solo (art. 4.º § único).

As jazidas de petróleo e gases naturais, conforme dispõe o decreto-lei federal n.º 3.236, de 7 de maio de 1941, *pertencem à União, a título de domínio privado imprescritível* (art. 1.º) e a sua pesquisa e lavra são reguladas pelas disposições gerais do Código de Minas, em tudo que não esteja expressamente modificado por este decreto-lei. No mesmo regime das jazidas de petróleo são colocadas as rochas betuminosas e piro-betuminosas.

FLORESTAS — As florestas, como acessórios do solo, são consideradas bens imóveis (Cód. Civil, art. 43, n.º I) e seguem a sorte das terras a que estão integradas (Cód. Civil, art. 59), mas o Código Florestal (decreto federal n.º 23.793, de 23-1-34) coloca-se em regime especial, por considerá-las *em conjunto, bem de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis em geral, e especialmente este Código, estabelecem* (art. 1.º). Consoante estes princípios, o Código Florestal estabelece condições para as queimadas de campos, para as derrubadas de matas, para a colheita de seiva e exploração de plantas taníferas ou fibrosas, para o preparo de carvão vegetal, para o aproveitamento de lenha, para o abate de árvores em que se hospedem exemplares da flora epífita ou colmeias de abelhas silvestres, para o devastamento de vegetação das encostas dos morros, e outras (art. 22). Tais restrições, entretanto, só se referem à vegetação espontânea ou resultante do trabalho feito por conta da Administração Pública ou de associações protetoras da natureza, podendo o proprietário dispor à sua vontade, das resultantes de sua própria iniciativa, sem compensação conferida pelos poderes públicos (Cód. Florestal, art. 24).

ANIMAIS SILVESTRES — Os animais silvestres e os peixes, conquanto pertencentes ao proprietário das terras e das águas em que se encontram, ficam sujeitos à legislação própria, ou seja, ao Código de Caça (decreto-lei federal n.º 5.894, de 20-10-43) e ao Código de Pesca (decreto-lei federal n.º 794, de 19-10-38), que estabelecem condições para o seu aprisionamento e exploração industrial, dispoendo sobre as espécies que não podem ser caçadas ou pescadas, bem como sobre as épocas de caça e pesca e demais requisitos para sua prática. Por sua vez, o Código Civil fornece os lineamentos do aprisionamento dos peixes e animais silvestres, tendo em vista disciplinar o direito de propriedade sobre estes seres (arts. 594 a 602).

6. O ESPAÇO AÉREO — O espaço aéreo foi considerado pelo nosso Código Civil como pertencente ao proprietário do solo correspondente (arts. 43 e 526). Mas o Código Brasileiro do Ar (decreto-lei federal n.º 483, de 8-7-38), veio, posteriormente, estabelecer que a União exerce *completa e exclusiva soberania sobre o espaço situado acima de seu território e respectivas águas territoriais* (art. 1.º). Sendo o espaço aéreo inapropriável, quer pelo particular, quer

pelo Poder Público, a lei civil permite a sua utilização em tôda a altura útil, na extensão da superfície da propriedade particular, não podendo, todavia, o proprietário do solo opor-se a trabalhos que sejam compreendidos a uma altura tal que não tenha êle interesse algum em impedi-los (Cód. Civil, art. 526). Por sua vez, o Código Brasileiro do Ar estabeleceu que o direito de vôo sôbre as propriedades privadas não deverá prejudicar o da propriedade do solo, tal como o define a legislação civil (art. 61). A regra, é, pois, a de que ninguém pode opor-se à passagem inofensiva da aeronave sôbre a sua propriedade (8), mas se essa passagem prejudicar efetivamente o proprietário do solo será lícita a oposição, e a reparação do dano que causar (art. 97).

Firmados êsses princípios, o Código Brasileiro do Ar impõe certas restrições à propriedade particular, nas vizinhanças dos aeroportos, relativas a instalações, edificações ou culturas, que possam embaraçar a partida e chegada de aeronaves (art. 133). Essas limitações são perfeitamente lícitas, por já previstas no Código Civil, quando condicionou o exercício do direito de construir às restrições da vizinhança e dos regulamentos administrativos (art. 572). Tais limitações do Código Brasileiro do Ar constituem verdadeiras servidões administrativas sôbre a propriedade particular e estão discriminadas no decreto-lei federal n.º 7.917, de 8-8-45.

7. AS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE — O direito de propriedade, a despeito de ser considerado absoluto, admite limitações impostas pelas relações de vizinhança e pelo bem estar geral. Predomina hoje em dia a idéia da relatividade dos direitos, porque, como bem expõe RIPERT, o direito não pode ser absoluto visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por conseqüência, simplesmente relativo (9).

Superado o conceito absolutista da propriedade particular, que teve o seu apogeu no século XVIII, o conceito do domínio se vem *socializando* ao encontro da afirmativa de DUGUIT de que *a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário: é a função social do detentor da riqueza* (10). Com esta moderna caracte-

(8) HUGO SIMAS, *Código Brasileiro do Ar Anotado*, 1939.

(9) GEORGES RIPERT, *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, trad. Cortezão, 1937, pág. 233.

(10) LÉON DUGUIT, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado*, trad. Posado, págs. 37 e 178.

rística, já não se permite o exercício *antisocial* do direito de propriedade, nem se tolera o uso anormal dêsse direito, nem se admite a prevalência do interesse do proprietário sôbre o interesse geral da comunidade (PERTICONE), atribuindo-se à propriedade u'a missão mais alta, qual seja a de concorrer para o enriquecimento individual e o bem estar da coletividade (FRAGOLA) (11). É a tendência da publicização do direito a que o professor RÁO atribui, dentre outras causas, a ascendente *padronização* dos meios materiais, de vida, e, conseqüentemente, da própria vida, a transformar em problema coletivo o que dantes constituia problema individual (12).

Do embate entre o *individual* e o social resultou a composição de interesses, numa síntese feliz em que se conciliaram as prerrogativas do indivíduo com as exigências da sociedade, para u'a justiça distributiva. Dessa conciliação nasceu a fórmula da nossa Constituição: — é garantido o direito de propriedade, desde que exercido em consonância com o bem estar social (arts. 141 § 16 e 147).

Além das limitações de ordem pública, ressaltou-se também o direito dos vizinhos, opondo-se restrições de ordem civil ao exercício dos direitos de propriedade, com o fim imediato de resguardar a segurança, o sossego, e a saúde dos que habitam os prédios confinantes. Firmou-se, assim, a doutrina do *uso normal da propriedade*, concedendo-se aos vizinhos o poder de impedir o mau uso dos direitos dominiais, quando lesivo dos direitos de vizinhança (Cód. Civil, arts. 454 e 455). Essas restrições e limitações foram expressamente admitidas pelo nosso Código Civil, quando, ao cuidar do direito de construir, estabeleceu que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, *salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos* (art. 572). Quais sejam as restrições de vizinhança e as limitações administrativas é o que veremos adiante (Pontos 2.º e 3.º).

O USO DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO A SEGURANÇA, AO SOSSÊGO E À SAÚDE DO VIZINHOS

8. O USO DA PROPRIEDADE E A TEORIA DA NORMALIDADE — Ao cuidar dos direitos da vizinhança, o nosso Código

(11) GIACOMO PERTICONE, *La Proprietà e i suoi limiti*, 1930, págs. 15 e segs. — UBERTO FRAGOLA, *Teoria delle Limitazioni Amministrative al Diritto di Proprietà*, 1910, pág. 34.

(12) VICENTE RÁO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 1952, I/248.