

A Evolução da Teoria dos Direitos de Vizinhança

ARNOLD WALD

O problema dos direitos de vizinhança veio a adquirir especial atualidade nos inícios do século XX. Assistimos então a um movimento doutrinário e jurisprudencial intenso e fecundo em torno da matéria, especialmente em França.

BONFANTE assinalava que a economia moderna implantara na Europa, ao longo do século XIX, com o emprêgo dos maquinismos, do vapor, e mais tarde da electricidade, um regime em que as fábricas e oficinas superpunham-se, por tôda parte, aos demais usos da propriedade. Os mesmos fatores econômicos e psicológicos, que ampliaram extraordinariamente o problema da responsabilidade civil, tornando-a o centro de todo o direito, fizeram com que o juiz e o jurista, diante dos imperativos inspirados pela prática judiciária, se dedicassem aos problemas da vizinhança procurando solucionar os conflitos que surgiam neste campo. Houve até quem caracterizasse juridicamente a nossa época como “a era das imissões” (1).

Depois de lançada a teoria do “uso normal”, formulada por JHERING (*Des restrictions impesées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*), os juristas franceses se detiveram longamente no estudo do problema. Um primeiro ciclo de trabalhos abrange o artigo de Henri Capitant — “*Des obligations de voisinage*” — publicado na “*Revue Critique*” de 1900 (p. 156 e seguintes) e a tese de George Ripier apresentada à Faculdade de Direito de Aix dois anos depois — “*Du droit de propriété envisagé dans ses rapports avec les propriétés voisines*”.

CAPITANT, baseando-se nos artigos 651 e 1.370 do Código Civil Francês, que afirmam existir em obrigações entre proprietários vizinhos independentemente de convenção, viu a origem da responsabilidade pelos danos causados à vizinhança numa infração da norma legal de não prejudicar. Apontou o professor da Faculdade de Direito de Paris a fórmula empregada pela jurisprudência francesa condenando aquêles, que causam um prejuízo excedente à medida das obrigações ordinárias de vizinhança, mostrando que os julgados reconhecem pois a existência de uma obrigação legal de não prejudicar aplicável no campo dos conflitos entre propriedades limítrofes. Há pois, para Capitant, uma obrigação legal de não incomodar os vizinhos além de certos limites. Esta construção, que encontra antecedentes doutrinários em Pothier.

(1) Ap. SAN TIAGO DANTAS, *O conflito de vizinhança e sua composição* — Rio de Janeiro, 1939, pág. 11.

visa distinguir nos conflitos de vizinhança dois domínios: o da culpa, com aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil; o da ausência de culpa em que basta a prova da antijuridicidade do ato sem que seja necessária, para a condenação do autor à indenização, a existência de culpabilidade. Foi o primeiro esforço feito para fazer sair a solução dos conflitos de vizinhança dos cânones rígidos do subjetivismo sem todavia abandonar ostensivamente a teoria da culpa.

RIPERT, em sua brilhante tese posteriormente por êle próprio refutada em *La règle morale dans les obligations civiles*, firmou a teoria do uso anormal ou excepcional do direito de propriedade. Parte o antigo decano da Faculdade de Direito de Paris da análise feita por PLANIOL do direito de propriedade em que vê um sujeito ativo — o proprietário — e numerosos sujeitos passivos — todos os outros, — sendo pois cada proprietário sujeito ativo do seu próprio direito e sujeito passivo dos direitos dos vizinhos. E, assim sendo, o exercício do seu próprio direito pode levá-lo à infração da obrigação que lhe incumbe, como a todos os outros indivíduos, de respeitar o direito do vizinho.

Abandonando o critério relativamente objetivista de 1902, RIPERT, ao escrever a sua obra sobre a regra moral, esclarece que a responsabilidade provém de uma culpa. Mesmo que não tenha agido culposamente, o autor do dano é culpado por não ter indenizado o prejuízo causado.

A teoria da culpa propriamente dita estava decadente. Os autores ainda procuravam todavia encobrir a realidade, dissimulando-a pela transformação de sentido que atribuíam aos conceitos clássicos. Na realidade, mesmo quando as funções dos institutos mudam, a forma se mantém.

MORIN analisou esta persistência das formas no direito, indicando como os novos institutos surgiam camuflados e dissimulados sob a roupagem dos antigos. Já TARDE aliás assinalara que a continuação da vigência do direito formal antigo esconde as transformações em que vai nascendo o direito material e vivo; os primeiros vagões conservaram a forma das diligências e os automóveis não quiseram romper com o aspecto tradicional das carruagens. (2) Assim, no domínio dos conflitos de vizinhança como na esfera da responsabilidade civil, os autores se mantiveram arraigados por muito tempo à noção de culpa, ampliando-a tanto que lhe retiraram o sentido.

Coube a JOSSEAND e DUGUIT conceituar a propriedade como função social, aplicando aos conflitos de vizinhança o "ubi emolumentum, ibi onus". O primeiro no seu livro — *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus des droits* — e o segundo na consagrada obra — *Transformations du privé* — condenam o causador do dano à sua reparação por ter sido anti-social o uso da propriedade. O decano da Faculdade de Direito de Lião mostra que nos casos em que não houve infração a texto legal específico, não

(2) MORIN, *La révolte du droit contre le Code — La révision nécessaire concepts juridiques (Contrat — responsabilité — propriété)* Paris, Sirley, — p. 2-6. No mesmo sentido. IHERING, "Esprit du droit romain", IV, p. 235. TARDE, "Les transformations du droit", 2.^a ed., p. 123 e HENRI BERGSON, "L'évolution créatrice", 77.^a ed., Paris, Presses Universitaires, 1948, p. 139.

se pode falar em desvio ou abuso de direito. Quando uma disposição de lei foi violada, as fronteiras objetivas do direito foram ultrapassadas e não apenas os seus limites subjetivos. Quando ao contrário, sem que haja uma norma especial regulando a matéria, o proprietário causa, no seu próprio interesse, danos ao seu vizinho que ultrapassam a medida de tolerância necessária, imposta pela solidariedade social, não há abuso de direito nem este é desviado da sua função normal. Explica JOSSEKAND que há um equilíbrio a ser mantido entre os interesses em choque, resolvendo-se a questão sem o estudo da moralidade ou da conveniência do ato e dos móveis do agente; a questão há de ser examinada fora de qualquer pesquisa psicológica e em função exclusiva da teoria do risco, sendo de ordem quantitativa e não qualitativa. (3) Indica ainda JOSSEKAND que abuso de direito há na hipótese de emulação, citando o famoso caso do tribunal de Campiègne que condenara o vizinho de um hangar que fizera construções exclusivamente a fim de dificultar as evoluções dos dirigíveis que subiam ou desciam ao hangar. (4)

A ofensiva enérgica de JOSSEKAND não conseguiu todavia demover os partidários da culpa. Na segunda edição do *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* publicado em 1934, os irmãos HENRI et LEON MAZEAUD se detêm no estudo do problema dos conflitos de vizinhança, assinalando que merece um exame particular não só pela sua importância prática como também pelas dificuldades de ordem teórica que levanta. (5) Concluem todavia que os princípios aplicados pela jurisprudência são os dominantes na teoria da responsabilidade civil, ou sejam os princípios da culpa e do abuso de direito. Reconhecem os eminentes civilistas franceses que, em numerosos casos, os tribunais de segunda instância e a própria cassação condenaram a pagar uma indenização o proprietário que tinha causado danos aos seus vizinhos, não somente sem dolo e sem culpa mas ainda embora tivesse tomado tôdas as precauções necessárias e possíveis para evitar o evento. (6) Desde que objetivamente o prejuízo ultrapasse a medida das obrigações ordinárias de vizinhança, deve haver reparação mesmo quando tôdas as medidas para evitar o dano tenham sido tomadas. Assim sendo, os tribunais consideraram como excessivos não só os danos causados por indústrias cujas emanações tóxicas prejudicavam os vizinhos, como também aquêles oriundos do perigo que representava uma casa de saúde em centro de região residencial, a vizinhança de uma garage, fonte de incômodos pelo barulho que causa e pela ameaça de incêndio etc... concedendo-se ainda reparação pelo dano excessivo causado pela proximidade de um anúncio

(3) JOSSEKAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 1939, Paris, 2.^a edição, p. 21.

(4) JOSSEKAND, *op. cit.*, p. 27. V.D.P. 1913. 2.177, nota de Josserand, a sentença de 19-II-1913 do Tribunal civil de Campiègne e em D.P. 1917, I. 79 os acórdãos do Tribunal de Amiens (12-XI-1913) e da Côte de Cassação (3-VIII-1915).

(5) HENRI et LÉON MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2.^a edição, 1934, Paris, tomo I, p.p. 559 e seg.

(6) HENRI et LÉON MAZEAUD, *op. cit.*, p. 563 e também a decisão da Câmara Cível de 18-II-1907, S. 1907, 1.77 e D. 1907 315.

luminoso, pelo barulho produzido por um teatro, um dancing, uma escola de dança, casas de música, vitrolas e rádios. (7)

Depois do exame da jurisprudência, passam os autores francêsés uma vista de olhos na doutrina. Citam BEUDANT e JOSSE RAND ao afirmarem que os tribunais não se contentam em ampliar a noção de culpa, chegando a suprimi-la como condição de existência da responsabilidade civil. Evocam a teoria de MAURICE PICARD (8) que considera culposo não o ato causador do dano mas a ausência de reparação voluntária do prejuízo causado. Lembram a teoria da guarda da coisa, desenvolvida em brilhante tese por ANDRÉ BESSON (9), que poderia ser aplicada aos conflitos de vizinhança. Em conclusão, atendem a que só existe a culpa quando se ultrapassa o limite normal de tolerância obrigatória, postulando pois que há culpa quando tal medida é transposta. Fazer depender a genese da culpa da quantidade do dano, é realmente dar à palavra um conceito novo. E' excesso de sutileza para esconder um fato evidente. A jurisprudência abandonou os critérios antigos mas ainda não tem a doutrina a coragem necessária para afirmar estas modificações, obrigando-se pois a viver num mundo de mistificações em que os conceitos se confundem por se aplicar a outras realidades terminológicas antigas.

As críticas feitas aos irmãos MAZEAUD também se aplicam à extensão da teoria de ANDRÉ BESSON que faria do proprietário o guardião da coisa, o encarregado de riscos que teria sob sua eterna vigilância barulhos, cheiros, fumaças e mesmo parasitas que não deveria deixar perturbar as audições radiofônicas dos seus vizinhos. (10)

Uma tese interessante, pela procura encetada pelo autor de uma certa originalidade é a de PAUL LEYAT, publicada em 1936 com um prefácio do Professor GABRIEL MARTY de Tolosa. (11) Na sua obra intitulada, *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, LEYAT considera tôda imissão como culposa. Chega a uma conclusão oposta a dos MAZEAUD. Para êstes, a culpa surge quando o dano é excessivo. Para aquêle, a culpa desaparece quando o dano é pouco relevante. A culpa em matéria de conflitos de vizinhança adquire para LEYAT um caráter especial, tornando-se uma figura *sui generis*. "Au sens large, escreve, nous déclarerons faltif l'auteur d'un trouble de voisinage, par le fait précisément de ce voisinage, même s'il est entouré de toutes les précautions utiles, même s'il s'est conformé aux lois et aux règlements, parce qu'effectivement à côté et en dehors de la faute ordinaire, de droit commun, il existe — nous le démontrerons — une faute sui generis, étroitement subordonnée au fait de la proximité géographique, faute spéciale de voisinage proprement dite et dont les conséquences, bien que tributaires re l'article 1382, doivent cependant — nous le mentrerons également — être soumises à un

(7) HENRI et LÉON MAZEAUD, *op. cit.*, p. 565-566.

(8) PLANIOL, RIPERT et MAURICE PICARD, III, *Les biens*, n.º 454 et suivants.

(9) ANDRÉ BESSON, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, tese, Dijon, 1927, p. 127-128.

(10) V. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civil considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 186.

(11) LEYAT, *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, Paris, 1936.

régime particulier de réparation, si l'on veut que reste possible la vie en société". (12)

A tese de LEYAT pretende continuar fiel à culpa embora os seus termos sejam inequívocos em apontar a mistificação embora talvez involuntária a que assistimos. O referido trabalho é o último reduto dos partidários da teoria tradicional. Não obstante seja assinalado em França uma volta aos princípios do século XIX em matéria de responsabilidade civil, o que ocorre, na realidade, é o emprego de terminologia do século passado com a aceção dada nos dias de hoje. Os corifeus da culpa e do risco discutem metafísica mas concordam na prática. SAVATIER (13) e LALOU (14) já abandonam um pouco o estudo teórico do problema para enumerar as diversas soluções que nas hipóteses verificadas pela experiência nos oferece o direito positivo.

Desde 1900, vemos o problema dos conflitos de vizinhança se deslocar do campo da propriedade para o domínio da responsabilidade civil, explicando-se tal evolução pela necessidade de ampliação da reparação em caso de mau uso desde que haja qualquer culpa ou mesmo havendo simplesmente proveito do autor do ato danoso, aplicando-se o ubi emolumentum, ibi onus.

Por um lado, a teoria da responsabilidade civil não conseguia explicar a reparação concedida independentemente de culpa ou de proveito do autor do dano. Por outro lado a subordinação da teoria dos conflitos de vizinhança ao risco não explicava a agravação da indenização em caso de culpa.

Coube a B. STARCK, laureado das faculdades de direito de França desvendarem excelente trabalho, a realidade que se dissimulava por trás das explicações sempre lacunosas oferecidas pelas diversas doutrinas. Já uma bipartição tinha sido feita no campo da responsabilidade civil entre os domínios da aplicação da culpa e do risco de acordo com a natureza individual ou social das relações jurídicas. Em tese, jamais suficientemente citada, TRIANDAFIL (15) estabelece a responsabilidade baseada sobre a culpa nas relações interindividuais e fundamentada no risco nas relações entre indivíduos e grupo. Indo bem mais longe, B. STARCK elabora o seu "*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*". (16)

A revolução feita por STARCK consiste em abandonar o ponto de vistado autor do dano, da justiça do seu comportamento para atender à vítima, ao agente passivo. Em vez do direito de não reparar os danos causados involun-

(12) LEYAT, *op. cit.*, p. 24.

(13) RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, com prefácio de Georges Ripert, 1939, p. 91.

(14) HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a edição, Paris, 1949, p. 541 e seguintes.

(15) TRIANDAFIL, *L'idée de faute et l'idée de risque*. V. também ARNOLD WALD, *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro no domínio da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, 1953, p. 70.

(16) B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Hodstein, éditeur, Paris, 1947, com prefácio do Professor MAURICE PICARD.

tariamente, sem culpa, voltamos o nosso pensamento para o direito inerente a cada ser humano, direito à segurança.

Por muito tempo, mantiveram-se unidos num binômio os termos culpa e dono. O drama do nosso século é para STARCK a desintegração do binômio que tem tão somente valor histórico e não lógico e experimental. O que o direito moderno reconhece sob os disfarces de técnica que são a guarda da coisa, o encarregado de riscos, a obrigação contratual de segurança, é na realidade o direito intangível que cada um tem à saúde, à integridade física corporea, à conservação dos seus bens. Sempre que há infração a tal direito, o dano causado é ilícito. Tal é a idéia fundamental da teoria da garantia. Independentemente disso, a noção de culpa pode manter o seu sentido, como pena privada, para assegurar uma reparação mais ampla no caso de culpa provada, abrangendo então o dano moral, o dano imprevisível etc. E' como no domínio dos acidentes de automóveis em que certos sistemas legislativos preconizam, ao lado de uma responsabilidade limitada garantida pelo seguro, uma reparação mais ampla em caso de culpa provada.

Aponta STARK as lacunas da teoria da culpa, mostrando que não é a constatação da culpa que induz o juiz a condenar o autor do dano à reparação mas a proclamação dessa responsabilidade pelos tribunais que impelirá a doutrina a demonstrar a existência da culpabilidade. A culpa não é mais constatada, é construída. Não é a responsabilidade que é deduzida da culpa, mas a culpa que, como um *Deus ex machina*, surge da responsabilidade. (17)

As conclusões de STARCK esclarecem sobremaneira a teoria dos conflitos de vizinhança. Postulando-se a existência do direito à segurança na sua pessoa e nos seus bens, compreendemos porque cada homem tem um direito de não ser prejudicado ao qual corresponde um dever, pensando sobre os outros, de não prejudicá-lo. Aqui se reconciliam CAPITANT e RIPERT, JOSSEAND e os irmãos MAZEAUD, DUGUIT e FIGARD, todos reconhecendo na base do conflito o imperativo de não prejudicar que se explica pelo direito que cada homem tem à segurança. Já vimos que as soluções práticas oferecidas pelas diversas correntes doutrinárias pouco divergiam. Os juristas concordavam com as sentenças dos juizes a que davam todavia sentido teórico diverso. STARCK conseguiu reconciliá-los mostrando que a lição dos mestres era a mesma; não só levava a preferir os mesmos julgados como ainda partia da mesma fonte, do direito à segurança ao qual correspondia o dever não não prejudicar, o tradicional *non laedere*.

Postulado o direito de cada um à segurança jurídica, à integridade física e dos seus bens, podemos aplicar um critério de diferenciação que facilitará o enquadramento das soluções jurisprudenciais. Há, em primeiro lugar, atos lícitos produzindo danos lícitos: no caso, não há violação do direito à segurança, não devendo pois haver indenização. Se, todavia, o ato é praticado culposa ou dolosamente, torna-se ipso facto ilícito, devendo o juiz condenar o autor do dano à uma reparação do prejuízo causado, obrigando-o ainda a tomar as devidas medidas para que futuramente não se reproduza. Há enfim

(17) STARCK, *op. cit.*, p. 9.

danos ilícitos causados por atos lícitos como a exploração de determinada indústria cujos efeitos entram no campo da ilicitude por serem incômodos extraordinários que ultrapassam a medida de tolerância admitida pela jurisprudência francesa. Há, para STARCK, uma obrigação, derivada da solidariedade social e da proximidade geográfica, que impõe a aceitação de suportar certos prejuízos. Todos os outros importam em responsabilidade.

Temos pois os danos que devem ser suportados porque mínimos e inerentes à vida social, constituindo o uso normal das coisas. A seguir, vem os danos causados sem direito, em que há antijuridicidade e falta todavia a culpabilidade. Deve então haver reparação com base na teoria da garantia. Enfim, os danos causados culposamente devem ser reparados o mais amplamente possível, considerando-se no caso a reparação como pena privada.

A teoria de STARK não é perfeita. Em muitos casos, torna-se difícil distingui-la do antigo objetivismo puro. Mas foi um esforço, que vale como tal, de harmonização da doutrina com os dados jurisprudenciais. Abandonando um mundo de sutilezas em que o sentido da culpa já se tornara uma charada, a doutrina francesa está voltando à clareza e às construções úteis sem ser fictícias que são as suas qualidades tradicionais.

Num meio-século de estudos brilhantes a doutrina renovou a matéria dos conflitos de vizinhança, dando-nos enfim um critério seguro para resolvê-los "de juro constituendo". critério muito próximo daquele empregado intuitivamente pela jurisprudência para definir o uso normal e a medida de tolerância obrigatória, deduzindo destes dados o modo de compor os conflitos.

SUMMARY

1. *The problem of the rights of vicinity. Their importance since the 19th century. Doctrines and jurisprudence.*
2. *The comments of Bonfante. The theory of "normal use", by von Jhering. The contributions of Capitant and Ripert.*
3. *Josserand and Duguit, and the principle of ubi emolumentum, ibi onus as applied to the conflicts of vicinity.*
4. *Henri and Léon Mazeaud, their recent work (1934) and their conclusion, viz., the principles applied by the jurisprudence are those that prevail in the theory of civil responsibility, i. e., the principles of culpa and of abuse of right.*
5. *Criticism of the doctrine of Henri and Léon Mazeaud. The thesis of Paul Leyart.*
6. *The problem of the conflicts of vicinity has been, since 1900, gradually transferred from the orbit of property to that of civil responsibility.*
7. *The great contribution of B. Stark that fill the gaps of the several doctrines that prevail in our days. His emphasis on the "passive subject" (or the victim) of the juridical situation rather than on the author of the injurg. Stark's doctrine criticized.*