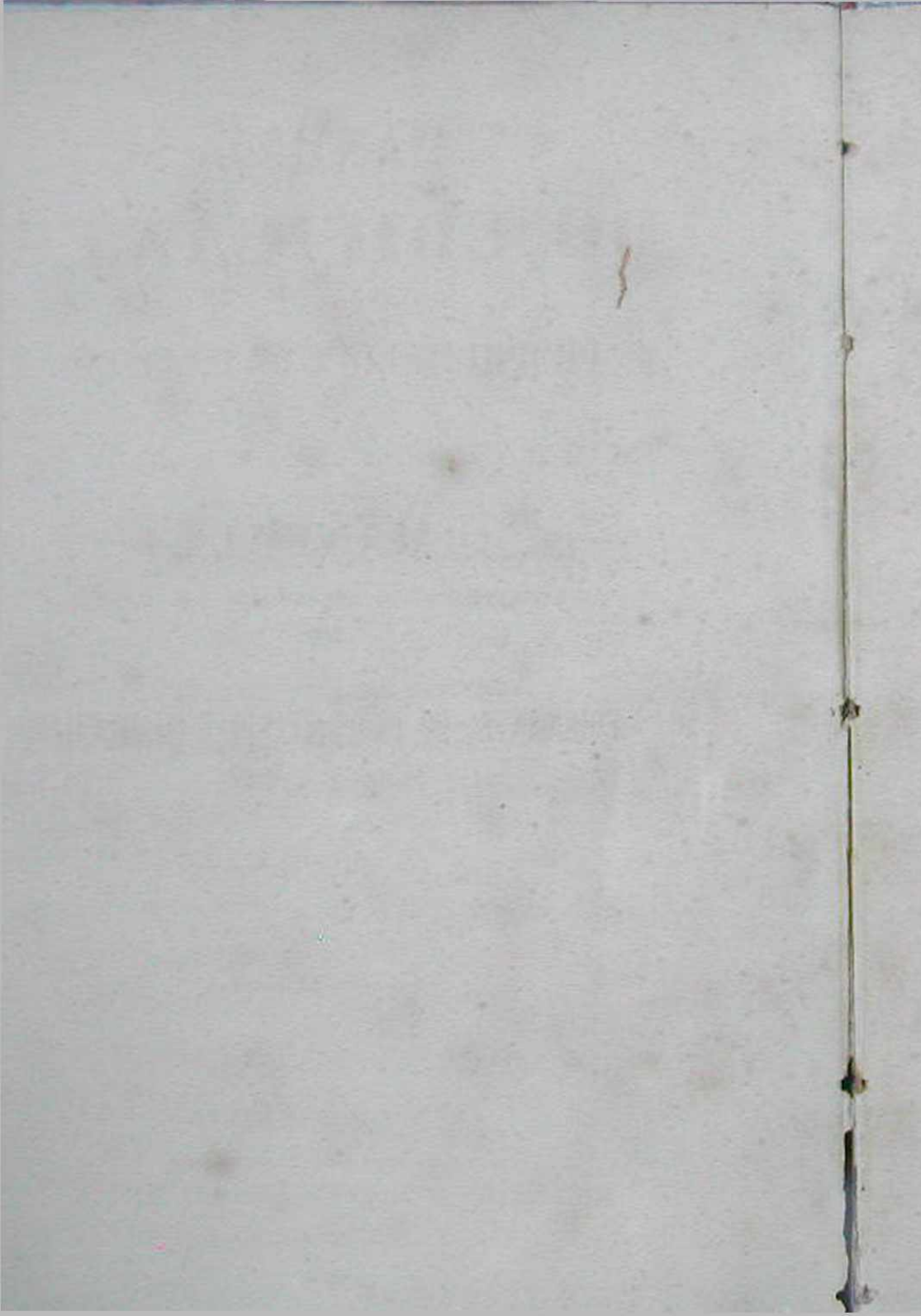


MANUAL

DO

EDIFICANTE, DO PROPRIETARIO E DO INQUILINO



MANUAL
DO EDIFICANTE

DO

PROPRIETARIO E DO INQUILINO

OU

NOVO TRATADO DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES

SOBRE A EDIFICAÇÃO DE CASAS
E Á CERCA DO ARRENDAMENTO OU ALUGUER DAS MESMAS CONFORME O DIREITO
ROMANO, PATRIO E USO DAS NAÇÕES, SEGUIDO DA EXPOSIÇÃO DAS ACÇÕES JUDICIAES
QUE COMPETEM AO EDIFICANTE, AO PROPRIETARIO E AO INQUILINO

ACCOMMODADO AO FORO DO BRASIL

POR

ANTONIO REBEIRO DE MOURA

Bacharel formado em Direito, advogado e membro effectivo do Instituto
Episcopal Religioso do Rio de Janeiro.

Relinquamus aliquid, ut nos vixissetemur.

PARIS.

Deixemos alguma cousa para mostrarmos
que vivemos.

Folentino

RIO DE JANEIRO

SERAFIM JOSÉ

Tem sempre em deposito grande quantidade de livros e os mais do mesmo autor. Mte RT

compras avultadas a DINHEIRO.
Rua da de Setembro 83

JANEIRO
1888

Biblioteca Central - UFSC

Nº. 170.515

Data 17 / 08 / 88



PROLOGO

EMPREHENDER a composição e publicação de um livro, ainda mesmo não original, é uma tarefa por certo nimiamente ardua. Duas difficuldades immensas e quasi insuperaveis se antolhão ao autor: a primeira é a de chegar ao estado de consciencia de haver desempenhado o assumpto, a que se propõe, ao menos approximadamente; e para attingir a este fim o que não é preciso? muita leitura, immensa reflexão, e acerto de ordem nas idéas; a segunda é a de satisfazer aos leitores, não sómente accomodando a materia ás suas intelligencias quanto é possivel pelo estylo, senão tambem prevenindo pelos meios que a logica offerece a maneira mais proficua de attenuar o rigor de suas criticas pela maxima parte incompetentes e injustas, por muitas vezes nascidas puramente do iniquo espirito de emulação, e do

infeliz desejo de deprimir e depreciar algum merito que por ventura pudesse alcançar uma producção intellectual, um trabalho scientifico. Ha ali uma infinidade de zoilos a morderem... Os verdadeiros criticos e censores gyrão em um circulo muito limitado... Reconheço pois a enormidade do peso que tomei sobre os meus hombros e contra o preceito do eximio poeta:

*Sumite materiam vestris, qui scribitis, equam
Viribus, et versate diu quid ferre recusent,
Quid valeant humeri....*

A peito com tamanhas difficuldades, que me parecerão, como disse, quasi insuperaveis, veio em meu auxilio uma consideração que felizmente me fortaleceu o espirito, e assaz me animou para levar a effeito e execução a presente empresa: esta consideração é, — que, sendo relativas todas as cousas deste mundo —, debaixo do ponto de relação ao genero da materia, que me propunha tratar, podia prestar immensa utilidade ao publico. Com effeito parece-me, que posso affirmar, sem perigo de errar, que entre os milhares de livros, que o espirito scientifico do seculo actual tem dado á luz, pôde figurar como um dos mais uteis este tratado de direito das casas; não é um direito novo, é somente um livro novo, no qual se expoem e se reduzem em linguagem, senão em estylo,

com methodo e clareza todos os direitos e obrigações do edificante, do seu vizinho, e de algum terceiro que possa intervir nas questões da edificação, mostrando-se as leis e as disposições do direito que estabelecem esses direitos e obrigações, assim como os que assistem aos proprietarios e aos inquilinos, e ultimamente as acções, e remedios de direito, de que todos podem usar para fazer valer os seus direitos e obrigações reciprocas. Emfim a utilidade de um trabalho desta ordem salta aos olhos, é de primeira intuição, para escusar a demonstração; limito-me portanto a dizer somente, que toda a sociedade está dividida em proprietarios e inquilinos, e dahi a necessidade absoluta de conhecerem todos os seus direitos de edificação e de alugueres de casas.

É verdade, que em 1817 o jurisconsulto Manoel de Almeida e Souza de Lobão publicou o seu instructivo tratado historico, encyclopedico, critico e pratico, sobre todos os direitos relativos a casas quanto ás materias civis e criminaes; mas esse tratado completo e cheio de erudição não se presta á intelligencia de todos, nem póde disseminar as luzes, de que todos precisam para o conhecimento dos seus direitos e obrigações quanto á edificação de casas, não só porque é a doutrina exposta

por aquelle jurisconsulto pela maior parte em latim, transcripto de varios autores, lingua morta, e que não está ao alcance de todos, como porque o seu tratado contém no pouco que escreveu na lingua vernacula pensamentos tão elevados, um estylo transposto, e muitas vezes tão laconico, que sòmente os juristas ou os que estudarão o direito o poderão entender. Essa obra de Lobão foi a principal fonte donde extrahi conhecimentos mais amplos sobre a materia, traduzindo essas transcripções do latim, omitindo o que não me pareceu applicavel ás nossas circumstancias e ao nosso fóro; outros autores tambem consultei, como se verá das notas, cumprindo-me porém advertir em tempo, que alguns nomes de jurisconsultos mais antigos, que vão citados nas notas, citei fundado na autoridade dos que li.

Não tendo em vista escrever para os sabios, como fez Lobão, e sim para aquelles que teem necessidade de ser convenientemente esclarecidos nos seus importantes direitos ácerca da construcção dos edificios, esforcei-me para empregar uma linguagem tal, que sem perder a côr juridica, por assim dizer, de que absolutamente se não pôde prescindir em um tratado de jurisprudencia, pudesse ser comprehendido pela mais curta intelligencia,

de maneira que por isso e pela ordem e direcção das materias no curso do tratado, se conduz como pela mão o edificante a fazer o seu edificio, desembaraçado de todas as questões, que lhe poderião obstar, quer no começo, quer na continuação de sua edificação; e o vizinho reconhece com evidencia os seus direitos e os respectivos remedios legaes, sem que nem um nem outro precisem de consultar a advogado.

Já se vê, pois, que não me fascinão a vaidosa pretenção e orgulho de ostentar erudição: o bom desejo de ser util ao publico é o principal fim da publicação desta obra, como fica bem manifesto; a prova mais convincente, que posso dar da sinceridade desta minha proposição com a mão na consciencia, é, que podendo marchar sobre as pisadas da grande legião de arvorados escriptores, e assim seguir a moda de escrever, sentia em mim uma repugnancia de escrever para o publico, cujo bom senso sempre respeitei, sendo a razão capital dessa repugnancia a intima convicção de pela limitação de conhecimentos não poder alcançar as honras de escriptor, as quaes desde já declaro mui solemnemente que absolutamente não tenho em vista; entretanto com o andar do tempo, á força de laborioso estudo, e de acurada pratica de mais

de 12 annos de advocacia e de exercicio de alguns lugares de magistratura, pude colher alguns fructos no árido campo do positivismo do direito civil, isto é, pude conseguir aclarar as idéas, ruminá-las, systematisá-las sobre algumas especies do mesmo direito, sendo uma dellas a materia deste livro.

Emquanto não fôr publicado entre nós um código que consagre os melhores e mais sãos principios do direito civil, me parece, que faz um relevante serviço ao paiz quem publicar alguns desses principios emittindo tambem o seu juizo critico sobre casos opinativos e contraversos: esta convicção foi uma outra razão que me induzio a formular este trabalho; accrescendo ainda a consideração, que tendo esta materia do direito das casas seu principal assento nos principios e disposições do Direito Romano, o qual é subsidiario ao nosso adoptado das ordenações de Portugal, e ha pouco tempo ensinado nas nossas faculdades de direito, é evidente a vantagem, que resulta de ser publicado o conhecimento ainda mesmo de parte desses principios em um assumpto como este summamente interessante e util a todas as classes da sociedade.

Não tratei da parte criminal do direito das casas, quero dizer, das diversas garantias de inviolabilidade do asylo

domestico, de que tambem se occupou Lobão, porque esta materia, pelo modo porque a tratou este autor, não tem applicação e vigor entre nós, nem mesmo hoje em Portugal; está sabiamente prevista e bem sancionada na nossa constituição politica e no código criminal. Dividi este tratado em tres partes, que me parecerão mais accommodadas ao methodo e á clareza; na 1ª parte se contém as seguintes materias: — Accepções da palavra casa; como em direito se denominão predios urbanos e predios rusticos; o que são as servidões, suas differentes especies, como se constituem, e como se extinguem, liberdade natural de edificar casas, restricções em geral desta liberdade, restricções em particular sobre cada uma das partes integrantes do todo da casa. Direitos e obrigações reciprocas do edificante e do seu vizinho; quatro divisões ou especies de solos ou terrenos, em que se podem edificar casas; na 2ª parte trata-se da reedificação das casas arruinadas ou totalmente demolidas, mostrão-se as disposições do direito e das leis que impoem penas aos que demulem ou desmanchão edificios e casas para negociarem com seus materiaes; expõem-se so direitos e obrigações do proprietario de casas e do inquilino, quaes os casos, em que aquelle sómente pôde lançar a este fóra da casa, e os em que não pôde aug-

mentar o aluguer; trata-se tambem do arrendamento voluntario das casas e do involuntario por direito de aposentadoria; na 3ª parte, finalmente, vai a exposição do modo pratico das acções judiciaes competentes, de que pôde usar o edificante, o vizinho, o proprietario e o inquilino, para fazerem valer seus direitos e tornarem effectivas as obrigações reciprocas. Todas estas materias estão tratadas do modo mais accomodado ao nosso fôro.

Tendo dado conta dos motivos, que me induzirão á publicação deste trabalho, termino aguardando a indulgencia dos sabios e doutos na materia, para desculparem algumas faltas e erros a que estão os homens sujeitos, certos de que me darei por muito satisfeito, que sejam corrigidos para lição minha e maior utilidade do publico, pois que este pequeno serviço, que entendi poder prestar ao publico, é somente o resultado de minhas lucubrações; isto quer dizer, que não consultei senão os livros que tratão da materia, trabalho excessivamente penoso, a que me obrigou a falta de jurisconsultos vivos, de que ainda se resentem algumas partes do nosso paiz, e especialmente a localidade em que confecçionei este trabalho.

PARTE PRIMEIRA.

Accepções da palavra casa. Como em Direito se denominão prédios urbanos e prédios rusticos. O que são as servidões, suas diferentes especies, como se constituem, e como se extinguem. Liberdade natural de edificar casas, restricções em geral desta liberdade, restricções em particular sobre cada uma das partes integrantes do todo da casa. Direitos e obrigações reciprocas do edificante e do seu vizinho. Quatro divisões de solos ou terrenos em que se podem edificar casas.

CAPITULO I.

PRELIMINAR.

Accepções da palavra casa.

§ 1.

A palavra casa é tomada aqui no sentido material como synonymo de edificio, e nesta accepção contém duas idéas, uma geral que expressa o genero, e outra particular que indica a especie: na accepção generica significa todo e qualquer edificio construido não só para a habitação do homem e seu recreio, como tambem para reclusão de gados ou de feras, ou

recolhimento de fructos, quer seja esse edificio construido em cidades, villas e aldeãs, quer no campo: na accepção particular é entendida a palavra casa restrictamente á sua fórma e architectura, e dahi as especies de casas terreas, de sobrado, palacios, castellos, etc. (1).

§ 2.

Além das sobreditas accepções da palavra casa, ainda se dá a esta o nome commum de — predio — o qual deu origem á distincção de predios urbanos e de predios rusticos (2).

§ 3.

O vocabulo — predio — porém em sua commum e extensiva significação abrange não sómente todas as casas e edificios das cidades, villas e do campo, mas ainda todas as propriedades territoriaes e ruraes, cujos sitios fõrem cultivados, contendo construcções proprias para a agricultura, ou criação de gado, taes são os engenhos de assucar, as terras situadas para fazendas de gado, e finalmente quaesquer outros terrenos bem-feitorisados e com lavouras e outras plantações lucra-

(1) L. Un. in Cod. L. 11. T. 76. Latissimè Vicat. Verb. Domus.

(2) Ulpiano na L. 4^a ff. Commun prædior. tam urban. quam rust.

tivas. Esta é a genuína intelligência que os Jurisconsultos dão á palavra —predio— (3).

§ 4.

Tendo de tratar das servidões e sendo estas na censura de Direito reputadas taes quaes os predios, a que são devidas, urbanas, se aos predios urbanos, rusticas se aos rusticos (4), é por isso indispensavel, que antes do desenvolvimento da materia das servidões, se firme a intelligencia dos leitores sobre o que é predio urbano e predio rustico, sendo além disto certo, que o conhecimento da qualificação juridica destas duas especies de predios concorre consideravelmente para o edificante ou proprietario reconhecer com clareza os direitos que lhe pertencem sobre cada um delles.

§ 5.

Prescindindo de todas as subtilezas e argumentações especiosas produzidas pelos Jurisconsultos Romanos nesta questão — As casas quando se devem julgar predios urbanos ou predios rusticos? — tenho sómente a considerar as conclusões, a que elles chegarão

(3) Argum. da Lei 20 § 2 ff. de Servit. præd. urb.

(4) Pecch. de Servit. Cap. 4. Q. 1 n. 18. Q. 7 n. 9 e Cap. 9. Q. 5 n. 3.

depois de uma larga discussão sobre este objecto e juntamente a exactidão dessas conclusões.

Ellas podem ser reduzidas a dous enthymemas para maior clareza do modo seguinte: 1.^a Não é o lugar, mas a habitação e a commodidade dos homens, que qualificação o predio de urbano, logo é predio urbano todo aquelle edificio que fôr construido para esses fins, ou seja nas cidades, villas e povoações, ou no campo (5). 2.^a Não é o lugar, mas a qualidade, o genero, a commodidade e destino do edificio que o constituem — predio rustico —, logo é predio rustico todo aquelle edificio que é construido e destinado para as cousas rusticas, taes como todas as propriedades ruraes com suas bemfeitorias, e todos os edificios destinados para recolhimento de gados, reclusão de feras e deposito de fructos, ou sejam construidos nas cidades e villas, ou no campo (6).

§ 6.

Para se comprehender e bem apreciar a exactidão das expostas conclusões, segundo o juizo que dellas faz Almeida e Souza de Lobão no seu *Tratado do Direito das Casas*, Cap. 3, §§ 35 e 36, releva notar

(5) Assim concluem os juriconsultos com as Leis mesmas e com o § Prædiorum Instit. de Servit.

(6) Assim idem idem com a L. 16, Cod. de Præd. et al. reb. min. com Pécch. de Aqueduct. et de Servit.

que Ulpiano, um dos Jurisconsultos Romanos, que mais escreveu e se distinguio sobre esta questão, tendo declarado na L. 198 de Verb. signif. serem predios urbanos—todos aquelles edificios existentes não só nas cidades, como tambem nas villas, povoações e aldeas—, comprehendeu entre esses edificios os que elle distingue com os epithetos de—Meritorios e Pretorios—denominando meritorios os edificios, que são postos publicamente em arrendamento, chamados Stabulos, taes como as estalagens, as cavallariças, armazens, casas de banho, etc., e pretorios todos aquelles edificios que forão construidos mui splendidamente mais para recreio e algumas vezes tambem para a habitação do pai de familia. O citado Lobão censurando as referidas conclusões, que elle chama axiomas, fundado na indicada distincção de Ulpiano, diz o seguinte no sobredito § 35: « Porém o primeiro « axioma não é exacto, porque, e por uma parte lá « estão nas cidades, villas e povoações os meritorios, « armazens, estalagens, tavernas, cavallariças, curraes « degado, os banhos e tudo o mais dentro das cidades, e « villas, que não servindo para a habitação do homem, « podem arrendar-se como —meritorios— e comprehendidos nesta palavra de Ulpiano, e comtudo, sem « embargo de não servirem para a habitação se comtudo « méirão entre os predios urbanos. Por outra parte as « palavras—ou no campo—dependem da distincção « das tres diversas especies de casas ruraes, conforme « a historia romana, de fórma que só as pretorias, as

« emulas dos edificios das cidades, as semelhantes a
 « estas, as edificadas para a habitação e recreio dos
 « Srs. das quintas, só estas, e não as outras duas
 « especies de casas ruraes, podem entrar na classe de
 « predios urbanos (7). »

Continúa o mesmo Lobão na supracitada obra § 36:
 « O segundo dos ditos axiomas tambem precisa de
 « esclarecimento conforme a genuina interpretação
 « das Leis Romanas, porque não a materia e fórma de
 « qualquer edificio, mas o uso, o sujeito, a commodi-
 « dade, a destinação, o distingue de urbano ou rusti-
 « co. » Sobre este objecto e para bem firmar a applicação dos — Stabulos — como predios urbanos ou rusticos, diz Leyser, obra citada na Nota infra n.º 13 e 14, o seguinte: « Que os stabulos, que se tomão
 « pela estalagem e taverna, pelas cavallariças e cur-
 « raes de gados, umas vezes se referem aos predios
 « urbanos, outras vezes aos rusticos, porque quando
 « estes stabulos são aptos e destinados para receberem
 « homens e cavallos, bem como hospedes viajantes, seus
 « cavallos, os de suas carruagens, e de outros misteres

(7) A História Romana, a que allude Lobão, é a que a este respeito escreveu Leyser. Jus Georg. Liv. 1. Cap. 4 desde o n.º 6., onde referindo-se tambem a Columella diz ser notório, que os costumes dos Romanos havião introduzido tres especies de casas ruraes chamadas — Urbana — Rustica — e Fructuaria —, a 1.ª era Synonima da Pretoria e servia igualmente para a habitação do Senhor ou dono; a 2.ª era destinada para habitação do Colono e do gado; a 3.ª para deposito e conservação dos fructos: é por isso que Lobão diz no final do § 35, que só as Pretorias e não as outras duas especies de casas ruraes podem entrar na classe de predios urbanos.

« semelhantes, e também recebem gados e animaes
 « para engordarem por trato e pagamento, não duvido,
 « que sejam predios urbanos, porque servem para o uso
 « urbano, posto que não sejam edificadas na cidade,
 « mas no campo. Se porém nos stabulos se recebem e
 « agasalhão-se gados, rebanhos e cavallos proprios do
 « uso rustico, então merecidamente devem ser nume-
 « rados entre os predios rusticos.»

§ 7.

Com a critica de Lobão e illustração de Leyser ficão rectificadas e exactas as duas referidas conclusões dos Jurisconsultos ácerca da importante questão:—Quando as casas se devem reputar—predios urbanos ou rusticos—, e em consequencia pôde-se definir predio urbano conforme os principios e disposições do Direito Romano: = Todo o edificio, ou casa, que foi construido para a habitação dos homens e destinado para os usos urbanos e interesses das cousas urbanas, seja qual fôr o lugar da sua edificação, e quer habite quer não alguma pessoa nesse edificio, bastando, segundo o mesmo Direito Romano, sómente o destino da casa para os usos urbanos, ainda que não tenha commodidade para habitação, para ser qualificado predio urbano (8.)

(8) O mesmo Leyser, lugar citado.

E por — Predio Rustico — se deve entender pelo contrario: = Todas as casas e edificações construídas e destinadas para serventia e usos das cousas rusticas, ainda que sejam construídas mesmo nas cidades e villas ou no campo; assim como todas as propriedades territoriaes ou ruraes bemfeitorisadas para a agricultura e para dellas se aproveitarem outros interesses rusticos; e em geral todos os estabelecimentos que tiverem por fim interesses rusticos.

§ 8.

É porém necessario notar, que os chamados — Stabulos —, que Ulpiano comprehendeu nos predios urbanos, se devem entender não só debaixo da distincção que Lohão fez nos mencionados §§ 35 e 36, mas ainda no caso em que estejam esses Stabulos conjunctos e coherentes aos edificios urbanos, por isso que esta coherencia ou juneção dos taes Stabulos aos predios urbanos é que lhes dá a natureza destes, mas não quando separados delles, ainda que nas cidades e villas: assim dispõe a L. 4, § Stabula ff. Quib. in Caus.: a razão desta lei é evidente, porque é muito manifesto, que o Stabulo, ou algumas especies de Stabulos, taes como as cavallariças e curraes de gados só quando annexos ao edificio se comprehendem e confundem na nomenclatura de — Casa — e não quando separados.

§ 9.

Outros diversos objectos, que ordinariamente estão conjunctos e annexos ás casas, são considerados pelos Jurisconsultos Romanos como comprehendidos, ora entre os predios urbanos, ora entre os predios rusticos, taes são as hortas, os jardins, a area, e finalmente os moinhos e azenhas. A respeito das hortas, em cuja expressão estão implicitamente incluídos os jardins, diz o precitado Leyser, Cap. 4, n° 15 e 16, com a L. 91, § 5, o seguinte: « As hortas ou são feitas como
« um addicionamento á commodidade das casas, ou
« construídas nos edificios, e então são como um
« additamento ou parte integrante das casas, como
« diz Papiniano na L. 91, § 5, ff. de Leg. 3, mas
« aquellas que são cultivadas tão sómente por causa
« de recreio e amenidade do terreno justamente
« devem ser comprehendidas nos predios urbanos.
« Aquellas porém que derem mesmo algum redito,
« e dellas preebamos algum fructo, tal como legumes,
« favas, e outras cousas de igual genero, Florentino
« julga, que devem pertencer tambem aos predios
« urbanos. »

O mesmo Leyser (citada obra), Cap. 5, n° 26, diz ainda o seguinte: « As hortas, se são cultivadas tão
« sómente por causa da fertilidade do terreno e são
« tratadas de tal modo, que dellas se colhão hervas
« de pharmacia ou medicinaes, assim como outras

« cousas uteis deste genero, ou são plantadas para
 « gozo e recreio, como por exemplo para gozarmos de
 « verduras e desfructarmos o cheiro de varios generos
 « de flôres, são ainda hortas urbanas; se porém são
 « construidas principalmente para os usos rusticos,
 « como para produzirem vinhas, oliveiras, etc., são
 « comprehendidas nos predios rusticos. »

§ 10.

Em diversas accepções é tomada a palavra — Area — pelos jurisconsultos: Florentino na L. 211 de verb. signifi. chama — Area — o lugar vasio na cidade destinado para nelle se construirem edificios e casas: outros chamão tambem — Area — o lugar ou porção de terreno deixado entre uma mesma casa, ou entre duas, com o destino de nelle cahirem do telhado as aguas da chuva L. 2, ff. de Servit. urb. Præd.: finalmente chamão Area os lugares ou terrenos proprios e destinados para trilhar, malhar, seccar e limpar fructos da agricultura. L. 14, § ult. Cod. de Servit.

As areas tomadas nas duas primeiras accepções são predios urbanos, e tomadas na ultima accepção são predios rusticos, porque sem duvida são destinadas para o uso rustico: area na primeira accepção é synonymo de solo, ou terreno em que se edificão casas (9).

(9) L. 21 ff. Pignor. act. L. 2. Cod. de reivind.

§ 11.

Finalmente, pelo que pertence aos moinhos e azenhas, é questionado, se são predios rusticos ou urbanos; os Jurisconsultos se dividem em opiniões, e fazem distincções entre o moinho simples, e o moinho junto ou unido a uma casa, ou quando conjuncto a predio urbano: no caso da primeira distincção do moinho simples dizem que é rustico: quando unido com casa para habitação do moleiro e conservação das farinhas, ou unido a predio urbano, dizem que tem esta natureza.

Lobão porém diz a este respeito (citada obra § 41), que não concorda na primeira parte da segunda distincção feita pelos Jurisconsultos; porque diz elle: — « a *pars prævalentior*, a primeira intenção de quem « edifica o moinho com casa unida a elle, é o moinho, « e a casa para habitação do moleiro não é a *pars* « *prævalentior*, nem a primeira, mas só a secundaria; « e sempre se attende a *pars prævalentior*, e á sua « causa primaria. Que haja moinho em povoação « unido a casas urbanas formando tudo um predio, « e as casas o principal, pôde ser, mas será raridade: « nos mais casos a casa é mais accessoria do moinho, « do que este da casa. » O que se diz a respeito do moinho é inteiramente applicavel ás azenhas.

§ 12.

Os principios e disposições do Direito Romano, que

ficção expostos ácerca da qualificação de predios urbanos e de predios rusticos, devem ser executados no nosso Fóro como Direito Subsidiario em falta de legislação patria; o que sendo assim me parece incurial e injusto o proceder das nossas Camaras Municipaes enquanto marcão os limites das Cidades e villas, dentro dos quaes comprehendem indistinctamente todos os predios para o fim de pagarem na qualidade de urbanos a respectiva Decima Nacional, por isso que póde acontecer que algumas dessas casas comprehendidas nos designados limites sejam predios rusticos juridicamente qualificados, e como taes isentos do pagamento da referida decima: se o proprietario de algum predio existente nas Cidades e Villas provar, que o seu predio é rustico, conforme a definição do Direito Romano, entendo, que deve ser exonerado da Decima, por quanto esta só póde ser exigida e cobrada dos predios propriamente ditos urbanos, na fórma do Alvará de 26 de Setembro de 1762, que creou o sobredito imposto decretado e aceito entre nós nas competentes leis dos orçamentos provinciaes como artigo de receitas das Provincias.

§ 13.

Pelo extremado conhecimento e distincção de predios urbanos e de predios rusticos é que se pódem conhecer com acerto as acções judiciaes que competem aos proprietarios de casas e de terras contra os moradores, inquilinos ou colonos; porque na razão da qualidade

desses predios diversificão as acções, como se verá no lugar competente: foi esta mais uma razão por que tratei previamente de expôr as disposições do Direito que estabelecem a mencionada distincção.

CAPITULO II.

DAS SERVIDÕES E SUAS DIFFERENTES ESPECIES.

§ 14.

Sendo as servidões remedios, que o Direito prescreve e permite ao edificante, ao proprietario e aos vizinhos, como meios, de que se podem servir para levar a effeito os seus direitos na edificação das casas, no gozo das commodidades da habitação e na utilidade da agricultura, é evidente a indeclinavel necessidade que ha de tratar-se das servidões, suas differentes especies, como se constituem e como se extinguem, antes de entrar no desenvolvimento da materia sujeita; e posto que as servidões rusticas não fação parte do tratado das casas, todavia não pude prescindir de tratar dellas, tanto porque estão estreitamente ligadas com as servidões urbanas, como para melhor distinguir e fazer conhecer estas ultimas.

§ 15.

Dos principios do Direito Romano se deduz mui cla-

ramente que—*servidão*—é a faculdade concedida ao edificante, aos proprietários de terras e de casas e aos moradores destas, e por utilidade publica tambem ao governo do Estado, para servirem-se ou obrigarem aos heréos e vizinhos a cederem-lhes, que se sirvão de partes de seus terrenos e predios, ou de certas commodidades das casas, de que tem necessidade os ditos edificantes, proprietários e moradores para poder levantar o edificio da casa, utilisarem e desfructarem os interesses e commodos da sua propriedade e da habitação; daqui vem que o edificante, proprietario ou morador que obtém a servidão chama-se—senhor dominante—, e o vizinho, heréo, ou qualquer outro que a soffre chama-se—dono serviente—: tambem se costuma chamar o predio do senhor dominante—predio dominante—e o do dono serviente—predio serviente.—Comprehende ainda a palavra *servidão* a faculdade de praticar o morador de uma casa certas acções com o fim de gozar dos commodos da habitação com o incommodo mesmo do vizinho.

§ 16.

Diversas são as denominações e especies de servidões que apresentam os juriconsultos, os quaes as dividem em servidão pessoal, real, apparente, não apparente, affirmativa, negativa, continua, discontinua, urbana e rustica. A servidão pessoal é a que se impõe a um predio em utilidade immediata de certas pessoas,

e, morrendo estas ou destruindo-se o predio serviente, acaba esta servidão e não revive, ainda que seja reedificado o mesmo predio; desta natureza é a servidão que tem o usufructuario ou o usuario e habitador de uma casa, os quaes fallecendo ou destruindo-se a casa por arruinada, posto que novamente seja construída, não se póde mais sobre ella exercitar a servidão do uso ou habitação (1).

§ 17.

A servidão real consiste em ser um predio gravado com um encargo a favor do possuidor de outro predio: tem esta servidão a natureza de perpetua, isto é, uma vez obtida póde o senhor dominante não usar della emquanto não termina o prazo de trinta annos, que deverá ser contado segundo o exposto adiante nos §§ 51 e 52; assim se entende em Direito a perpetuidade desta servidão e da maior parte das acções judiciaes. Sem embargo desta perpetuidade póde o senhor dominante convencionar-se com o dono do predio serviente para esta servidão acabar depois de certo tempo (2). (*)

§ 18.

É apparente a servidão quando se manifesta por factos

(1) Bohem. in Jus. Dig. L. 8. Tit. 1, n. 1.

(2) L. 4 ff. de Servit. Bohem. in Jus. Dig. L. 8 Tit. 1 n. 12. (*) Cod. Freder. da Prussia P. 2 L. 4 T. 10 art. 1. § 25.

visiveis, como as obras que faz o senhor dominante no predio serviente; é não apparente quando não apresenta signaes demonstrativos da sua existencia, ou não se dá a conhecer por factos praticados pelo mesmo senhor dominante, tal é a servidão—*Altius non tollendi*, isto é, o direito que tem alguém de impedir que o vizinho levante a sua casa mais alta do que a do impedi-dente, de maneira que o prive da luz de suas portas e janellas.

A servidão affirmativa é aquella que dá poder ao senhor dominante para fazer algum acto no predio serviente, tal é, por exemplo, o de fazer um caminho, ou abrir uma estrada para transito seu e das pessoas de sua familia, ou de trabalhadores, tanto para o serviço da agricultura, como para a edificação de casas; e bem assim o de fazer um cano pela casa ou quintal do vizinho para o fim de evacuar por esse cano immundicias, aguas podres, etc. (3) A servidão negativa é a que dá poder ao senhor dominante para prohibir que o serviente pratique algum acto, ou faça alguma obra que estorve ou impeça a servidão devida, tal é a referida servidão—*Altius non tollendi*.

§ 19.

Chama-se continua a servidão quando ella é de na-

(3) Pecch, de Servit. C. 8. Q. 35.

tureza tal, que uma vez constituida com algum acto ou signal exterior não precisa de mais actos para continuar a ser exercitada, tal é a servidão de um aqueducto no predio serviente. A discontinua pelo contrario é de natureza tal, que, sendo obtida, não póde continuara existir sem a reiteração de actos sob pena de extinguir-se, tal é o direito de transito pelo predio serviente, o qual não sendo exercitado dá lugar á prescripção, a qual é de trinta annos, e principia a ser contada desde que cessa o uso ou a continuação do transito (4).

§ 20.

Finalmente as servidões urbanas são todas aquellas que prestão utilidade aos predios, que na fôrma do Direito que fica exposto desde o § 5 até 11 são chamados urbanos. Rusticas são todas as servidões, que se adquirem no uso e exercicio do direito de propriedade dos predios rusticos, e em utilidade destes como taes considerados conforme a mesma exposição dos referidos §§ 5 até 11.

§ 21.

Importa porém fazer uma observação ácerca das sobremencionadas especies de servidões : é que em rigor de Direito essas servidões não são inteiramente distinctas e separadas umas das outras; porquanto a ser-

(4) Lobão Add. a Mello Freire L. 3. Tit. 13 § 1 n. 12. Voet. ad Pand. L. 8. Tit. 6. n. 7.

vidão pessoal entra na classe das servidões descontínuas, e é além d'isto não apparente, a servidão real é da classe das continuas, e pôde ser umas vezes apparente e outras vezes não apparente, a servidão affirmativa é continua e apparente, e pôde tambem ser não apparente, a negativa é não apparente, e finalmente a servidão continua é sempre apparente, etc.; portanto não ha muita vantagem em ter conhecimento das divisões destas servidões; o que é essencial saber são os casos e as hypothèses, em que o Direito as permite e faculta ao proprietário e ao edificante, e bem assim os modos, pelos quaes ellas se constituem e se perdem, o que fará o objecto dos dous capitulos seguintes.

§ 22.

Ha ainda outras servidões mais especiaes, e porque tem inteira applicação á materia sujeita, o assumpto deste Tratado, não pude dispensar-me de tratar dellas: são principalmente quatro: primeira, a servidão *Tigni immittendi*; segunda, a servidão *Oneris ferendi*; terceira, a servidão *Luminis recipiendi*; quarta, a servidão *Projiciendi*.

§ 23.

A servidão —*Tigni immittendi*— se define: O direito que tem o edificante para apoiar uma viga, trave, ou qualquer outra cousa, e de a introduzir na parede

ou muro do vizinho, que é obrigado de o soffrer (5).

§ 24.

A servidão *Oneris ferendi* é a que dá o direito á alguém de fazer sustentar o peso de sua casa sobre a casa do vizinho; ella tem lugar, por exemplo, quando Pedro pôde apoiar ou pôr um gabinete, uma viga, trave, ou outro peso de edificação sobre o muro, pedestal, pilar, ou columna da casa de Paulo, e este é obrigado de o soffrer (6) *.

§ 25.

A servidão *Luminis recipiendi* é o direito que tem o proprietario, o usuario, inquilino ou morador de uma casa, de receber pelas portas e janellas a luz do dia, que lhe pôde vir por cima do telhado do vizinho, ou pelo atrio, campo ou quintal do mesmo vizinho; o que mais ordinariamente acontece com as janellas abertas nos outões das casas sobre o telhado da casa do vizinho; e quer sejam abertas sobre o telhado, quer sobre o campo, páteo, ou quintal do vizinho, as janellas sómente serão denominadas juridicamente — lucernaes — quando a servidão — *Luminis recipiendi* — fôr legitimamente constituida por tracto ou por outra maneira (7).

(5) Richer, Jurispr. Univ. Tom. 3 § 997 Voet. ad Pand. Liv. 8 Tit. 2 § 2.

(6) Richer supra § 989. * Cod. Freder. P. 2 L. 4 Tit. 10 art. 1 § 21

(7) L. Veteribus 39 ff. de Pact.

§ 26.

A servidão *Projiciendi* é a faculdade permittida ao morador de uma casa, ou seja proprietario ou inquilino, de lançar pelas portas e janellas para o telhado, quintal, páteo ou campo do vizinho, objectos que não são mais necessarios ao uso domestico, taes como aguas servidas, quando não tenha para onde as lance, comtanto que não damunifique o vizinho; pelo que não se comprehendem nesses objectos immundices e outras cousas semelhantes, que podem prejudicar a saude do vizinho ou causar algum damno á sua casa ou ás pessoas de sua familia; deste genero são aguas fetidas, infeccionadas e quaesquer outras materias fecces, vidros quebrados, etc. (8).

§ 27.

Releva porém observar, que as ditas servidões *Tigni immittendi* e *Oneris ferendi* comquanto pareçam semelhantes, são comtudo essencialmente diversas: as principaes differenças, que ha entre estas servidões, são duas: 1ª, que pela servidão *Tigni immittendi* só se introduz e faz peso em parte do muro ou parede do vizinho, e em virtude da servidão *Oneris ferendi* se edifica e faz-se recahir o peso da obra sobre todo o muro ou parede do

(8) Ferr. de Nov. Oper. L. 2 Disc. 9 n. 41. Noet. supra citado Richer Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1019.

vizinho, ou sobre columna e pilar; o effeito desta differença é que na servidão — *Tigni immittendi* — não pertence ao proprietario do fundo serviente, mas ao do dominante, fazer as despezas da reparação do muro ou parede quando precisa de reforma; o que é pelo contrario na — *Oneris ferendi* —, ao dono do fundo serviente é que incumbe fazer as ditas despezas de reparação, afim de poder o senhor dominante continuar a gozar a utilidade da servidão: a 2ª differença é, que nas mais servidões, inclusive a *Tigni immittendi*, compete ao senhor dominante acção judicial não só contra o serviente, mas ainda contra qualquer terceiro que a impede; na — *Oneris ferendi* — só tem lugar a acção contra o serviente, que impede ou perturba o uso da servidão (9). A dita acção judicial competente é a de Força turbativa ou Força nova, a qual tem lugar quando o inquietado na posse e impedido no uso da servidão intenta a dita acção dentro de anno e dia contado da sciencia da turbação (10): no lugar competente se verá o modo de intentar esta acção.

§ 28.

Póde tambem o senhor dominante que fôr impedido no uso da servidão intentar a acção *Confessoria* para ser restituído ao dito uso, e o dono do edificio serviente, á

(9) Pecch. de Servit. C. 6. Q. 1 n. 5. Cod. Freder. P. 2 L. 4 Tit. 10 § 22.

(10) L. 8. § 5 ff. Si servit. Vind.

quem se pretender impôr uma servidão indevida pôde usar da acção *Negatoria* para repellir essa servidão (11), assim como pôde igualmente usar do interdicto chamado em Direito — Embargo de Obra Nova — ou por essa causa de imposição de servidão indevida, ou quando alguém edifica alguma obra nova, com a qual vem a priva-lo de uma servidão legitimamente constituída, por ex. — a *Luminis recipiendi* —; a dita acção de Embargo de Obra Nova prescreve passado anno e dia.

§ 29.

As servidões mencionadas no § 22 são ordinariamente mais applicaveis e exequiveis sobre os predios juridicamente qualificados urbanos, e dellas se pôde prevalecer tanto o edificante como o proprietario de casas, quando fõrem legitimamente constituídas essas servidões: o conhecimento de todas as servidões, o qual outr'ora pertencia aos Almotacés, pertence presentemente entre nós aos Juizes de Paz na conformidade do § 3º do art. 1º do Regulamento de 15 de Março de 1842 expedido para a execução da parte civil da Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841, comtanto que o valor da questão não exceda a alçada destes Juizes, a qual é da quantia de cincoenta mil rs. (12); excedendo esta alçada pertence o dito conhecimento, assim como o de Embargo de Obra Nova aos

(11) L. 2. L. 7. L. 10 ff. *idem* Pecch.

(12) Decreto n. 285 de 30 de Novembro de 1853, art. 7.

Juizes Municipaes na fórma do disposto no § 3º do art. 2º do citado Regulamento. A fórma do processo judicial neste negocio de servidões é summarissimo, pois tendo o Juiz de conferir á alguém alguma servidão com coacção do dono do predio serviente deve proceder por meio de vistoria com louvados nomeados pelas partes, quando não os ha nomeados pelas Camaras Municipaes na fórma das leis, que citarei no lugar competente quando tratar do modo pratico das vistorias; e com audiencia das mesmas partes tanto sobre o local ou terreno que faz o objecto da servidão questionada, como sobre a justa indemnisação do dono serviente dará sua decisão ou sentença definitiva (13).

§ 30.

Da mesma fórma que aos particulares é permittida por utilidade publica ao governo do Estado a faculdade de tomar alguns predios assim urbanos como rusticos, ou sómente parte delles, desapropriando seus respectivos donos ou senhores, sendo porém previamente avaliados esses predios por seus justos valores e indemnizados os proprietarios delles: a Lei de 29 de Setembro de 1826 e o Decreto n. 353 de 12 de Julho de 1845 estabelecem as condições e regulão o modo de fazer estas desapropriações para as obras de utilidade publica.

(13) Alvará de 27 de Novembro de 1804 § 11.

§ 31.

Nestas causas summarissimas, pelas quaes se decidem as questões de servidões, não deve haver conciliação attenta a letra do disposto no art. 6.^a da Disposição provisoria ácerca da administração da justiça civil, porquanto se a acção é intentada pelo Governo (ou sómente a avaliação do predio que ha de ser desapropriado) por meio dos seus procuradores, é muito clara a primeira parte do citado artigo, na qual se declara expressamente não poderem os procuradores publicos transigir; se é intentada pelos particulares, julgo que esta acção está comprehendida na letra da segunda parte do mesmo artigo, isto é, nas — causas arbitraes —.

CAPITULO III.

COMO SE CONSTITUEM AS SERVIDÕES.

§ 32.

Segundo os mais salientes principios e disposições de Direito, as servidões podem ser constituidas ou por actos de vontade livre, ou por coacção; no primeiro caso estão todas as servidões obtidas por contracto ajustado entre as partes, por doação ou seja *inter vivos* ou *causa mortis*, por sentença de adjudicação do juiz em acto de partilhas com parecer de peritos e audiência dos coherdeiros e interessados, e finalmente por tes-

tamento de pessoa habil e juridicamente qualificada para o poder fazer: no segundo caso são comprehendidas todas as servidões constituídas pela natureza, pela lei, por decisão do juiz á instancia de parte, e ultimamente por prescripção.

§ 33.

Qualquer pessoa *sui juris*, isto é, emancipada e que esteja na livre administração dos seus bens moveis e immoveis, póde gravar estes com encargos de servidões (1) ou gratuitamente por simples e expresso consentimento de servidão em favor de alguém, ou por contracto de venda, ou por doação, ou enfim por testamento de qualquer das fórmãs e com as solemnidades legaes, cedendo alguma parte de seus predios e de suas casas para utilidade de outrem; donde se segue, que aquelles que administrão bens em nome alheio não pódem dar nem receber servidão; e por isso quaesquer actos obrados por esses taes á respeito de servidões sem sciencia ou procuração dos donos dos predios não devem prejudicar á estes nem á seus respectivos senhores.

§ 34

A servidão constitue-se por adjudicação do juiz em acto de partilhas, quando este, como é de seu dever, na

(1) Inst. de Servit. § 4 L. 16 ff. Comm. præd.

divisão que fôr necessaria fazer dos predios obrar de tal maneira, que cada um coherdeiro fique com servidão, devendo esta porém ser menos onerosa possível aos demais coherdeiros, interessados, ou credores, aos quaes se adjudiquem nas mesmas partilhas alguns predios em pagamento e satisfação de legados ou de debitos legalmente justificados: o que melhormente se conseguirá podendo todos ter servidão de entrada ou caminho conforme os predios fôrem urbanos ou rusticos (2).

§ 35.

A respeito das casas póde realizar-se uma hypothese, em que em acto de partilhas se constitue servidão, ou por intervenção do juiz, ou por convenção amigavel das partes, e é quando um pai de familia tem um grande assento de casas, e fallecido elle os seus herdeiros o dividem e depois todos se ficão servindo de um páteo commum e por uma porta principal para o mesmo páteo, sendo que este é o melhor meio de em tal caso e outros semelhantes estabelecer-se a servidão, tanto porque dá-se a grande vantagem de respeitarem todos o direito reciproco de cada um no uso da servidão, como porque evita-se o grave inconveniente de ficarem alguns coherdeiros carecendo de servidão, e verem-se obrigados a compra-la aos outros: de outro modo, isto é,

(2) Arouca na L. 2 § 1 de Ber. Divis. n. 76, Lobão a Mello Freire Liv. 3^o tit. 42 § 2 n. 5.

não conferindo-se servidão a todos, tendo sido iguaes as partilhas, como devem ser por direito, e não havendo refeições em razão das servidões de uns, ficarião diminuidas as sortes de outros que ficassem servientes (3).

§ 36.

Quando a servidão é adquirida ao senhor dominante por doação, é preciso distinguir se esta é *inter vivos* ou *causa mortis*; porque no primeiro caso, sendo a doação *inter vivos* constitue-se logo a servidão desde a data, ou prova da doação, pois é da natureza desta especie de doação transferir immediatamente o dominio ou posse da coisa doada: no segundo caso porém, se a doação é — *causa mortis* — não opera o effeito da transmissão do dominio ou posse senão depois da morte do doador; porquanto ha sómente promessa ao donatario, da qual póde retractar-se o doador até sua morte; por conseguinte a servidão que provém desta especie de doação só se constitue quando esta fica irrevogavel com a morte do doador (4). O mesmo acontece com a servidão constituida por testamento, porque este igualmente só fica irrevogavel depois da morte do testador.

(3) Luc. de Servit. Disc. 32 n. 12. O cit. Arouc. na mesma L. 2 § 1 de Rec. Divis. n. 76 supracitado.

(4) Corrêa Telles Doutr. das acções Nota 2 ao § 307 e Nota 2 ao § 113.

§ 37.

As servidões são constituídas pela natureza, quando os predios em relação uns aos outros ficão uns em posição ou sitio mais elevado ou superior, de maneira que o predio inferior é obrigado a receber as aguas que nascem no superior ou que cahem no mesmo predio inferior quando chove (5); pelo que é claro, que as servidões naturaes pôdem ser constituídas tanto nos predios rusticos como nos urbanos: no primeiro caso quando ha uma nascente de agua em um sitio ou propriedade territorial, e devendo essa nascente correr naturalmente para baixo passão e atravessão suas aguas outros terrenos e predios: neste sentido é que se diz ser um predio inferior e outro superior, ou quando um está em terreno mais alto do que outro que lhe fica adjacente, e por consequencia tem este ultimo de necessariamente receber a passagem das aguas do outro, o que ordinariamente se verifica nos predios rusticos do campo (*): no segundo caso a respeito dos predios urbanos se dá a mesma relação de superioridade e inferioridade, mas em attenção sómente á elevação do terreno, em que está edificada a casa; acontecendo por isso que, pelo páteo, campo ou quintal do predio edificado no baixo do declivio do terreno, ha de naturalmente

(5) Vinnio Select. L. 1 Cap. 30, Hubero de Inst. Liv. 2 tit. 3 n. 2.

(*) Disse—predios rusticos do campo—porque nas cidades, villas, e povoações, ha tambem terrenos que entrão no numero de predios rusticos, veja-se adiante o § 49.

passar a corrente das aguas da chuva que vem do predio superior: vê-se pois, que as servidões naturaes são essencialmente obrigatorias, de maneira que o dono do predio inferior serviente não pôde repelli-las ou impedi-las fazendo dique para represar a corrente natural das agoas (6); nem tambem o dono do predio superior pôde tornar estas servidões mais onerosas fazendo alguma obra, por exemplo para que venha ficar a mesma corrente mais impetuosa ou violenta (*).

§ 38.

As servidões são constituídas pela lei quando ha lei expressa, que as estabelece em favor dos particulares, ou por utilidade publica decreta e regula os modos de as constituir, o que se chama desapropriação: entre nós ha em favor de pessoas particulares a Ord. liv. 1.^o tit. 68 §§ 25, 33, e 42, e por utilidade publica as leis citadas no § 30.

§ 39.

Constitue-se a servidão por decisão do juiz a requerimento de parte, quando o dono de um predio ou de um terreno tem necessidade legitima de uma servidão para agriculturalar e desfructar seu predio, ou para realisar sua edificação, e em tal caso requer ao juiz constanja os vizinhos a vender-lhe a servidão necessaria,

(6) L. 3 ff. de Aq. et. aq. pluv. arc.

(*) Esta hypothese está prevista no Cod. C. dos Francezes, art. 610.

o que se entenda sempre com menos perda possível do dono serviente (7): a decisão do juiz é dada por meio da vistoria, de que já se tratou no § 29.

§ 40.

Por diversos tempos se constitue a servidão por prescrição, conforme é a servidão rustica ou urbana: se é rustica e o senhor dominante tem justo titulo e boa fé, constitue-se a servidão pela prescrição de 10 annos entre presentes e 20 entre ausentes, o que fica entendido tendo posse durante aquelle espaço de tempo: se porém não tem titulo, só a posse de 30 annos successivos e não interrompidos pôde estabelecer a prescrição e constituir a servidão, posto que esta seja descontínua, uma vez que seja apparente (8); o que em outros termos quer dizer que a prescrição ordinaria de 30 annos constitue as servidões, quando estas principião por factos visiveis praticados pelo senhor dominante no predio serviente, sendo porém esses factos de natureza tal, que obriguem o dito Sr. dominante a manifesta-los por actos possessorios continuados durante o tempo de 30 annos, comtanto que tenha boa fé, ainda que não tenha titulo. (Vejaõ-se os §§ 17 e 19.)

(7) Corrêa Telles Dig. Port. art. 409 Tom. 3.

(8) L. fin. Cod. de Prescrip. long. temp. Bohem. in Jus. Dig. L. 8 T. 1 n. 8, Lobão a Mello Freire Liv. 3 Tit. 13 n. 11.

§ 41.

Quando a servidão é descontinua e não aparente, e o senhor dominante não tem título, ainda que tenha boa fé, é preciso que haja em seu favor a posse immemorial, isto é, que goze da servidão por um tal tempo, que a memoria humana não póde mais conservar ou recordar: esta é a regra que estabelecem os Jurisconsultos para se constituirem pela dita prescripção immemorial as servidões rusticas descontinuas e não apparentes, mas esta regra soffre a excepção do disposto na Lei Portugueza de 9 de Julho de 1773 § 12, a qual determina, que não obstante essa posse immemorial, ninguem póde continuar a exercitar atravessadouros e caminhos particulares feitos tambem em propriedades particulares, que se não dirigem a fontes ou pontes com manifesta utilidade publica, dando a dita Lei acção ao proprietario prejudicado para vedar e abolir pelo officio do juiz esse atravessadouro (9), o que se decide tambem por vistoria.

§ 42.

Quanto ás servidões dos edificios e predios urbanos, a prescripção que as constitue ou é a ordinaria de dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes havendo título e boa fé, ou sómente a de um anno chamado em Direito Romano —anno pretorio—, ou finalmente a

(9) Pereira e Souza Primeiras L' sobre o Proc. C. Nota 1010.

de tres mezes com sciencia e paciencia do dono serviente.

As servidões dos predios urbanos que se constituem pela prescripção de dez ou vinte annos são as—*Tigni immittendi et Oneris ferendi*— tendo o senhor dominante titulo e boa fé, ainda que não exercite essas servidões por actos continuados, porque são da classe das continuas, e por consequencia não precisão da continuação de actos de posse (10): os titulos de que póde estar munido o senhor dominante são adquiridos pelos outros modos, pelos quaes se constituem as servidões, já mencionados no § 32: não tendo o senhor dominante titulo nem boa fé, então constituem-se as ditas servidões pela prescripção de trinta annos, havendo posse, porque tanto o titulo como a boa fé se presumem (11).

§ 43.

A servidão *Luminis recipiendi* constitue-se pela prescripção do —anno pretorio— quando um vizinho tem umas casas com janellas abertas para oatrio, quintal, ou campo do vizinho, recebendo por ellas luz para a sua casa e por mais tempo que um anno, produzindo esta servidão assim constituida o effeito juridico de impedir o vizinho edificar na frente dessas janellas, salvo se deixar o intersticio ou intervallo de

(10) *Pecch. de Servit. Cap. 7 Q. 3 Sub. n. 1.*

(11) *Mello Freire L. 3 Tit. 4 §§ 8 e 9.*

vara e quarta de medir em terreno seu proprio (12) entre a nova parede fronteira e as janellas do vizinho.

§ 44.

Pela prescripção do lapso de tres mezes com sciencia e paciencia do dono da casa serviente, constitue-se a servidão *Projiciendi* (veja-se o § 26), excepto se teve algum justo e legitimo impedimento, que o obistou a intentar a acção competente para repellir a servidão, porque então, segundo a regra de Direito — ao impedido não corre tempo — não pôde constituir-se a dita servidão ainda mesmo que tenha passado aquelle espaço de tempo dos 3 mezes (13) *.

(12) Ord. Liv. 1 Tit. 68 §§ 25 e 33.

(13) Ord. supra § 42.

* Entendo que na letra deste § 42 está estabelecida a prescripção de tres mezes para se constituir a servidão *Projiciendi* — porque as palavras — servientia de casa ou qualquer outra coisa de servientia empregadas naquelle § me parecem comprehender tambem a acção de lançar o vizinho no páteo, quintal ou campo do vizinho objectos que sómente o incomodem e não o dâmnifiquem, que é juridicamente como se entende admitida a servidão *Projiciendi* —: esta intelligencia do dito § 42 se corrobora por duas razões, 1^a porque é principio sustentado pelos juriconsultos, que ainda alguém provando posse antiquissima de lançar immundicias para o predio do vizinho, não pôde obter prescripção em seu favor em tempo algum, e isto mesmo se deduz do final do § 40 da precitada Ord., palavra — Porém... 2^a porque sendo a servidão — *Projiciendi* — discontinua, não apparente e urbana, não pôde ser constituída nem pelos diversos tempos mencionados no § 40 para a prescripção das servidões apparentes, nem podem entrar na regra do § 41 que trata da prescripção immemorial sómente applicavel ás servidões discontinuas, não apparentes e rusticas.

§ 45.

Convém ultimamente observar acerca das servidões em geral, que toda servidão é restricta e inampliavel de caso a caso, de lugar a lugar, de cousa a cousa; o que importa o mesmo que dizer, que uma vez constituida a servidão deve permanecer e subsistir sómente com as condições, com que foi constituida; não pôde ser mudada do lugar onde foi estabelecida, nem ser alterada para mais pelo senhor dominante em prejuizo do dono serviente, nem diminuida ou impedida por este em damno daquelle, salvo se ha convenção entre ambos (14); sem embargo disso, e independente de convenção, pôde o dono do predio serviente fazer obras para tornar menos onerosa a servidão que soffre; por exemplo, pôde mandar fazer a estrada da servidão por outro sitio, que não sendo menos commoda ao senhor dominante, é menos onerosa a elle serviente, porque o incommodava e devassava sua casa, ou lhe produzia e causava prejuizo em seus interesses (15); pelo contrario o senhor dominante nada pôde fazer que contribua de maneira alguma para tornar mais incommoda e onerosa a servidão sem consentimento do dono serviente, sendo que esta prohibição tem com razão applicação mais especial ás servidões urbanas (16).

(14) L. 24 ff. de servit. rust.

(15) Pecch. de servit. Cap. 1. Q. 12 n. 25.

(16) L. 20 § 5 ff. de servit. urb.

§ 46.

É preciso ainda observar, que as servidões ou sejam urbanas ou rusticas, tomão a denominação de activas e passivas: são activas todas aquellas que pertencem e são adquiridas ao senhor dominante, e passivas as que soffre o dono serviente; assim como é necessario notar, que são pessoas competentes para adquirirem servidões ao senhor dominante os seus procuradores, colonos, ou inquilinos, os quaes, pelos usos que fazem dellas, as conservão em favor do mesmo senhor dominante (17).

CAPITULO IV.

COMO SE PERDEM E EXTINGUEM-SE AS SERVIDÕES.

§ 47.

Todas as servidões, quer sejam urbanas quer rusticas, ou activas ou passivas, extinguem-se 1º pelo perecimento do predio dominante ou do serviente (1), 2º pelo não uso de trinta annos (2), 3º pela remissão (3), 4º pela confusão (4), 5º finalmente pela extincção do direito de quem concedeu a servidão, ou pela expiração do tempo, pelo qual a servidão foi concedida (5).

(17) L. 20 ff. Quemadm. Servit. amit.

(1) Noct. ad Pand. L. 8 Tit. 6 n. 4.

(2) Noct. supra n. 7.

(3) L. 8 ff. Quemadm. Servit. amit.

(4) L. 5 ff. de Fund. dot.

(5) L. 44 § 1 ff. Quemadm. Servit. amit.

§ 48.

A' vista d'ò que fica exposto nos §§ 2, 3, e 7 a respeito da intelligencia da palavra — predio —, donde se vê quaes os predios urbanos e rusticos, e sua respectivas definições, é facil de comprehender como uma servidão póde extinguir-se pelo perecimento do predio dominante ou do serviente; e posto que as propriedades territoriaes ou ruraes, que são uma especie de predios rusticos, pareção insusceptiveis de perecimento, comtudo bem comprehendida a intelligencia daquelles §§ se conhecerá cabalmente, que os terrenos do campo não são só por si qualificados — predios rusticos —; é mister, que sejam aproveitados, beneficiados, e agricultados, e que além disto contenhão edificios ou construcções aptas e destinadas para uso das cousas rusticas, taes como engenhos de assucar com suas casas de vivenda e outras para o trafico e fabrico do assucar, e sitios para fazendas de gado igualmente com suas casas de vivenda, de fabrica, curraes, etc., ou fialmente qualquer outro terreno do campo beneficiado e com os utensis necessarios para o uso e fim das cousas rusticas: em geral se dá o nome de propriedade á um terreno não beneficiado ou agricultado, mas para ser qualificado — predio — é necessario, que se verifiquem as mencionadas circumstancias.

§ 49.

Fica portanto evidente, que extingue-se a servidão pelo perecimento do predio dominante ou do serviente,

1º quando os predios urbanos ou casas destinadas para o uso das cousas urbanas ou seião do senhor dominante ou do dono serviente se arruinão totalmente e cahem, mas não quando este os faz demolir com o fim de subtrahir-se á servidão devida, porque então seria o mesmo que impedir ao senhor dominante o uso da servidão, o que não pôde fazer (vejão-se os §§ 37 e 45), 2º quando o predio rustico (do campo), ou pertença ao senhor dominante ou ao dono serviente, fica reduzido a estado tal, pela ruina completa dos objectos efficientes de sua existencia, que se não pôde mais fazer uso da servidão, ou finalmente quando o predio rustico existente na Cidade, Villa, ou Povoação, ou mesmo no campo, se arruina de um modo que fica extincto, por exemplo as casas quando cahem por inteiramente arruinadas, e o terreno quando é inundado por enchentes e fica reduzido a alguma lagõa, ou lhe sobrevém algum outro acontecimento que o inutilise (6).

§ 50.

Em regra de Direito, se o predio arruinado e extincto fôr reedificado, renascem as servidões urbanas activas, que d'antes tinha, seja qual fôr o tempo de vinte, trinta ou mais annos que esteja demolido o predio: esta regra porém soffre duas excepções: 1º quando a servidão é pessoal, porquanto pela natureza desta servidão, destruido o predio serviente, extingue-se ella, e

(6) Lobão Trat. das Aguas § 265, Cod. C. dos Francezes art. 703.

não revive ainda que seja reedificado o mesmo predio (veja-se o § 16), 2.^a quando o dono serviente pratica á vista e face do senhor dominante um acto formal, que positivamente attente contra a conservação da servidão devida, de maneira que venha a ficar o predio livre da servidão (7) quando reedificado; tal é, por exemplo, na servidão — *Tigni immittendi* — o acto do dono serviente construindo na reedificação do predio demolido e serviente uma parede de maneira tal, que nella não possa o senhor dominante exercer a servidão adquirida de madeirar nessa parede, comtanto que desse seto tenha o senhor dominante sciencia e lhe preste acquiescencia por mais de anno e dia contado do acabamento da parede sem intentar a acção competente, (veja-se o § 27 *in fine*), deixando por conseguinte o dono serviente obter a liberdade natural do seu predio (8): não tendo lugar nenhuma das duas indicadas excepções, são perpetuas as servidões urbanas legitimamente adquiridas. Pela doutrina deste § recebe illustração o exposto no § 49 relativamente á extincção da servidão dos predios urbanos, pois se deve entender esta extincção temporaria e de facto enquanto permanece demolido o predio serviente, e conservada de Direito a servidão para reviver na reedificação do mesmo predio arruinado, o que mais extensamente se verá na segunda parte deste Tratado, por ser ali o lugar proprio de tratar desta materia.

(7) L. 6 ff. de Servit. urb. præd.

(8) Gl. Richer. Jurispr. Univ. dit. Tom. 3 § 1260.

§ 51.

São as servidões rústicas as que se perdem e extinguem-se pelo lapso de trinta annos, mas para se conhecer o modo legal de principiar a decorrer este espaço de tempo é mister distinguir as servidões discontinuas das continuas, porquanto sendo as servidões discontinuas, começam os ditos trinta annos a computar-se desde que cessou o uso da servidão; se porém são continuas, esse prazo de trinta annos principia a decorrer dès que o senhor dominante pratica um facto ou faz uma obra contraria á servidão, que lhe é devida (9) *.

§ 52.

Quanto *ao não uso* das servidões é preciso ainda distinguir, se elle provém de um acto voluntario do senhor dominante, ou se de circumstancias independentes de sua vontade, as quaes são obstativas do uso; porque no 1º caso lhe é inteiramente applicavel a doutrina do § antecedente, mas no 2º caso não se deve principiar a contar os trinta annos senão depois que cessão esses obstaculos que impedião o uso; assim, por exemplo, se a servidão era de tomar agua em alguma fonte ou aqueducto particular, e aquella ou este secou, os trinta annos só se contão desde que a agua tornou á fonte, e assim cessou o obstaculo que impe-

(9) Noct. supra, n. 7.

* Esta distincção é do Cod. C. das Francezes art. 700.

dia o uso della (10); da mesma sorte se o dono do predio serviente, é obrigado a reedificar a obra que soffria a servidão, tal como uma ponte, não o fez, o tempo dos trinta annos sómente começa a contar-se do momento, em que a reedificação ou reparo foi concluido (11).

§ 53.

Extinguem-se as servidões pela remissão, quando o senhor dominante dá consentimento expresso, ou por paciencia e negligencia presta consentimento tacito ao dono do predio serviente para fazer obra opposta á servidão (12); mas convém saber, que a remissão não opera o effeito de extinguir a servidão quando o dominio do senhor dominante remittente é resolúvel, como por exemplo o de um donatario, a quem se fez doação condicional de passar a outro o dominio do predio doado por sua morte ou em certo tempo, porque sendo assim o successor desse donatario tem o direito de requerer a renovação da servidão (13). Por um simile deste direito do dito successor a remissão da servidão que faz um dos consenhores da coisa commum tambem não prejudica aos companheiros (14).

(10) L. 34 § 1 L. 35 ff. de Servit. rust.

(11) L. 18 § 2 ff. Quemadm. Servit. amit.

(12) Citada L. 8 Quemadm. Servit. amit.

(13) L. 5 ff. de Fund. dot. Lobão Trat. das Aguas § 256.

(14) L. 34 ff. de Servit. proed. rust.

§ 54.

As servidões extinguem-se pela—confusão—quando acontece, que os dous predios, dominante e serviente, veem a pertencer a um só senhorio ou dono, comtanto que o direito de aquisição e do dominio seja irresolúvel e perpetuo, como é o titulo de compra ou de doação incondicional, no qual só podem succeder os herdeiros do adquirente (15), porque se é resolúvel o direito, em virtude do qual se adquire um dos dous predios, extinto esse direito pelo modo figurado no exemplo do § antecedente, revivem as servidões que existião antes de serem os predios confundidos no dominio de um só dono (16).

§ 55.

Quanto finalmente ao quinto e ultimo modo, pelo qual se extinguem as servidões, ou pela extincção do direito de quem as concedeu, ou pela expiração do tempo pelo qual foi concedida uma servidão; no 1º caso verifica-se extinguir-se a servidão, quando, por exemplo, alguém compra um predio com *pacto de retro*, a saber, com a condição de que tornando o vendedor ao comprador em certo tempo o preço da venda, entregue-lhe o predio e fique desfeita a venda, contracto este licito e legal (17): concedendo o com-

(15) L. 1 ff. Quemadm. Servit. amit.

(16) L. 7 ff. de Fund. dot.

(17) Ord. Liv. 4 tit. 4 pr.

prador servidão nesse predio assim comprado, e desfazendo-se a venda no tempo pactuado, e por consequencia extincto o dominio do comprador, com elle tambem se extingue a servidão, e passa o predio ao vendedor sem este encargo: no 2º caso extingue-se a servidão quando antes de ser ella constituida, ou mesmo durante a sua existencia, ha convenção expressa entre o senhor dominante e o dono do predio serviente para a servidão acabar e findar-se em tempo determinado, e com effeito expirando o prazo convencionado, expira tambem e extingue-se a servidão (veja-se o § 17).

CAPITULO V.

LIBERDADE NATURAL DE EDIFICAR: DIREITOS E OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS DO EDIFICANTE E DO SEU VIZINHO.

§ 56.

Toda a pessoa ou seja nacional, isto é Brasileiro, ou seja Estrangeiro, ou resida dentro do Imperio ou fóra d'elle, tem o direito e goza da ampla e illimitada faculdade de edificar e mandar edificar casas. Esta liberdade de edificar concedida pelo Direito Natural e Jurisprudencia de todas as Nações é fundada principalmente em duas razões, uma de interesse particular e individual, e outra de interesse social, porquanto se por um lado é incontestavel, que as casas servem de maior segurança pessoal, de abrigo contra

as adversidades do tempo, do frio, da chuva e do calor, e são um dos mais solidos objectos sobre que se exerce o importante direito de propriedade, por outro lado não é menos certo, que é do interesse do Estado, que se fação sempre novos edificios, e que os arruinados se reformem em boa estrutura já em beneficio e augmento das Povoações, e de sua melhor educação e civilisação, e já para o bom ornato e perspectiva das Cidades (1). Por ser a liberdade de edificar fundada nestas razões, os Jurisconsultos Romanos, e entre elles Hermogeniano, a considerárão tão natural, que a connumerárão entre os Direitos das Gentes, porque, segundo o sentir desses Jurisconsultos e conforme o seu Direito antigo, costumavão entender por Direito das Gentes o mesmo Direito Natural, isto é, aquelle Direito que a razão natural estabelece entre as Nações (2).

§ 57.

Apezar de ser tão natural a liberdade de edificar, ella está comtudo sujeita á condição e sorte geral da contingencia das cousas creadas, e em consequencia soffre restricções que lhe obstão o pleno e illimitado exercicio de sua acção, nascidas estas restricções do respeito devido aos direitos do vizinho do edificante,

(1) L. fin. ff. Nequid. in Loc Public. L. Si quis Cod. aedif. priv.

(2) Confira-se Heinecio Elem. J. N. Liv. 1 § 24. Martia. Pesit. Jur. Civitat. Cap. 15 § 523.

os quaes se irão conhecendo no decurso deste Tratado.

§ 58.

Para se realisarem os direitos do edificante e do seu vizinho na edificação das casas nada importa, que estas sejam construidas de barro e madeira, chamadas de taipa, ou sejam de pedra e cal: a diversidade dos materiaes não pôde alterar nem modificar o essencial dos referidos direitos, nem fazê-los variar; elles permanecem sempre os mesmos, qualquer que seja o material com que se construa o edificio; outro tanto porém não acontece com a diversidade dos solos ou terrenos em que se erigem os edificios, porque podendo a obtenção desses terrenos verificar-se de diversos modos, por esta causa varião os direitos do edificante, mas os do seu vizinho se conservão sem alteração para usar delles com as limitações leaes.

§ 59.

O solo ou terreno, em que se edificação as casas, pôde ser 1º ou publico, a saber, do Estado ou da ingerencia e administração das Camaras Municipaes, 2º ou totalmente alheio, 3º ou commum do edificante e outros consocios, 4º ou plenamente proprio do edificante: segundo fica dito esta diversidade de solos faz variar os direitos do edificante, pelo que é mister dividir e tratar separadamente de cada uma dessas especies de solos, da maneira de sua aquisição, e dos diversos direitos que competem ao edificante.

DIVISÃO 1ª.

Solo publico em que se edifica ou se edificou.

§ 60.

Pela razão já dita no § 56 de interessar ao Estado a construcção e multiplicação dos edificios se permitem os aforamentos dos solos publicos para esse fim com facilidade e poucas solemnidades, consistindo estas sómente em proceder á avaliação dos terrenos e arbitrar o fôro, fazendo-se lavrar aos aforantes os competentes titulos, os quaes tem a natureza de prazos fateosins, isto é, perpetuos, quer sejam mandados passar pelo Governo quando o terreno é plenamente do Estado, quer pelas Camaras Municipaes em suas *cartas de data* quando o terreno é concedido por doação de algum particular para fundação de povoações, como acontece em algumas localidades do nosso paiz.

§ 61.

Em virtude do titulo obtido pela maneira exposta no § antecedente, o aforante ou edificante adquire e contrahe simultaneamente não só o direito e privilegio perpetuos de edificar no terreno aforado e de não poder ser demolido o seu edificio em tempo algum, salva sómente a excepção da desapropriação mencionada no § 30, como tambem a obrigação de não poder elle mesmo edificante ou dono da casa

demolir esta na fórma da terminante disposição da Ord. Liv. 2º Tit. 26 § 27 com a intenção de vender os materiaes e não mais edificar, sendo neste sentido a prohibição da citada ordenação, de que fallarei mais amplamente na 2ª parte deste Tratado, como materia propria desse lugar: se porém o aforante ou edificante cahir em commissio, excedendo o prazo, que ordinariamente é marcado no titulo para a erecção do edificio, sem que este seja ao menos começado com o alicerce, então, prevalecendo sempre a razão do interesse do Estado no progresso dos edificios, póde ser o terreno aforado a outra pessoa, a menos que o aforante cahido em commissio não obtenha a renovação de prazo para a sua construcção.

§ 62.

Suscita-se a questão—se por ventura alguém sem titulo nem solemnidade alguma arroga-se a construir no solo publico casas, e se estas só por isso devem ser demolidas? A opinião dos Jurisconsultos nesta questão, na falta de Lei, é que não devem as casas ser demolidas, se o povo em geral ou algum particular prejudicado se não oppôz á sua construcção, procedendo ainda aqui a imperiosa e vantajosa razão do interesse publico, que se não destruão nem se demulão os edificios (3). Sirva esta razoavel e justa opinião de regra ás Camaras Municipaes para que não mandem

(3) Portug. de Donat. Liv. 3 Cap. 39 n. 3 e 4.

demolir as casas que se construírem em seus municípios sem título do terreno quando lhes compete a concessão deste, e ainda mesmo quando o título for nullo, porque, se o contrario praticarem, commettem uma arbitrariedade e violencia, por isso que, além de não terem pelo seu respectivo Regimento a attribuição de mandar demolir casas, transgridem o Alvará de 26 de Outubro de 1745, o qual, declarando o outro de 15 de Julho de 1744, mandou conservar os possuidores dos bens dos concelhos (Camaras Municipaes) nullamente aforados (ainda não sendo casas edificadas em solos publicos) pagando os fóros que fossem arbitrados.

§ 63.

Igual decisão é decretada pelo Direito Romano, quando se dá o caso de ser por algum particular construída alguma casa em terreno publico sem precederem as formalidades legaes para a obtenção de título do terreno; o edificante é não obstante isso conservado na posse do terreno e no pleno gozo do direito de propriedade do seu edificio, e sómente se lhe impõe o tributo chamado — Solario — (4), o qual equivale ao que entre nós se chama fóro, sendo assim denominado no Direito Romano pela sua origem etymologica da palavra — Solo. —

(4) L. 2. § Si quis nemine 17. ff. Nequid in Loc. publ.

DIVISÃO 2ª.

Solo alheio em que a casa se edifica ou se edificou.

§ 64.

O solo alheio, em que alguém edifica, pôde ser obtido e occupado ou por contracto de aforamento havido entre as competentes partes, o qual sempre se entende ser perpetuo pelo favor e privilegio de não serem demolidos os edificios, ou o edificante o obtem arbitrariamente occupando-o com o seu edificio; no primeiro caso não ha questão, e o edificante adquire o mesmo direito perpetuo de edificar no terreno aforado igualmente e com a mesma restricção e declaração como quando o adquire sobre o solo publico (veja-se o § 61); mas no segundo caso se o proprietario do solo se oppõe á obra da casa, que nelle se pretende edificar, usando da acção do interdito de Nova Obra, e provando o seu dominio, que deve provar nessa acção (5), impede assim o progresso da obra, se já houver sido começada, e o edificado que existir é demolido. Se porém o mesmo proprietario deixa fazer a casa á sua vista e face sem contradizer nem embargar a nova obra, e o edificio assim se conclue, não lhe resta outra acção senão para só pedir a justa estimação do solo occupado, e pagando o edificante essa justa

(5) Peg. Tom. 6. ad Ord. pag. 58 desde o n. 15 até 26.

estimação ou valor, deve lhe ser adjudicado o dominio do terreno em que está edificada a casa (6).

§ 65.

Não deve essa opinião de Cancr. exposta no final do § antecedente parecer um attentado contra o direito de propriedade, se attender-se, que ainda aqui, como nos edificios feitos em lugar publico, militão as razões que favorecem a construcção dos edificios e se oppoem ás suas demolições (7).

Ao mesmo Cancr. seguem outros juriconsultos, cujas opiniões são confirmadas com o uso das nações (8), e com o estylo de julgarem-se nos tribunaes casos identicos, como se vê em Pegas Tom. 6, pag. 105, ser julgada não competir a acção de reivindicção a um individuo que pretendia rehaver o dominio de sua terra, na qual quando se fizera uma parede estava elle presente e não contradisse; além deste, outros mais e identicos casos traz julgado o citado Pegas. Deve-se attender mais, que nesta hypothese tem seu inteiro vigor e applicação o principio de direito — *Qui non contradicit, approbare et consentire visus est.*

Quem não contradiz um facto é visto approvar e consentir nelle; presta-lhe o seu consentimento tacito, o qual tem o mesmo effeito juridico que o

(6) Cancr. 3. Var. Cap. 6 n. 132.

(7) Citado Portug. de Donat. Liv. 3 C. 8 n. 40 e 41.

(8) Voet. ad Pandect. Liv. 3 Tit. 5 § 6.

expresso (9); importando esse consentimento tacito uma renuncia do direito de opposição que lhe compete contra um facto, que lhe é prejudicial; por conseguinte não pôde o proprietario de um terreno, em que se edifica á sua vista e face, ter acção em juizo contra o edificante; o que não se estende nem tem applicação aos menores de 21 annos (10), em cujas terras se edificar á sua vista e face, porque estes teem em seu favor a restituição *in integrum* (11).

§ 66.

E' verdade que no Direito Romano está consagrado este principio—Que o edificio cede ao solo—(12); mas este principio se deve limitar em sua applicação e execução a alguns casos; um delles é quando o edificio se faz á vista e face do dono do solo sem sua contradicção; neste caso é evidente, que deve proceder a regra de Direito mencionada no § antecedente, donde se conclue á *contrario sensu*, que é exequivel o sobredito principio na hypothese de ser a casa construida clandestinamente e com inteira ignorancia do dono do terreno, o qual pôde usar da acção do Interdicto — *Quod vi aut clam* — para ser restituído ao do-

(9) Pereira e Souza Pr. Lin. sobre o Proc. C. Nota 427.

(10) A Lei de 31 de Outubro de 1831 Art. un. terminou a menoridade em 21 annos completos.

(11) Ord. Liv. 3 Tit. 41 §§ 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

(12) Inst. de rer. divis. § 30. L. Adeo ex diverso ff. de adquir. rer. domin.

minio do terreno arbitrariamente occupado pelo edificante, contanto que o dito proprietario intente esta acção dentro de anno e dia, que deverá ser contado do momento em que teve sciencia da arbitraria e clandestina edificação no seu solo (13). Parece-me, que restituído o proprietario do terreno na hypothese, de que se trata, não tem direito de demolir o edificio construido, tanto pelo favor e protecção que o Direito presta á conservação dos edificios, como porque a demolição no caso de construcção arbitraria só tem lugar de parte e não do todo da obra, e quando o proprietario prejudicado intenta a acção ou Interdicto de Nova Obra (veja-se o § 64); fica sim o mesmo proprietario com o direito de exigir fóro ou renda do seu terreno, porque nesta hypothese não tem o edificante direito á adjudicação do dominio do terreno occupado com o seu edificio. Outro caso a que deve limitar-se o supradito principio do Direito Romano é quando o solo é de pouca e o edificio de muito superior estimacão, o que muitas vezes acontece: nesta hypothese a parte suprema e de maior valor deve vencer a de menor, á maneira da taboa mais vil que cede á pintura mais nobre, segundo a expressão do mesmo Direito Romano (14); por consequencia é o solo que deve ceder ao edificio e não o edificio ao solo: deve-se entender a limitação deste

(13) Lobão Trat. dos Interd. Cap. 9 § 160.

(14) Texto no § 34 das citadas Inst. de rer. divis.

caso de conformidade com a doutrina do § 64 e com a do presente, porquanto é manifesto, que um edificio nobre e de muito valor pôde ser construido em um terreno de menor, tendo o edificante legitimo titulo, ou arbitraria e clandestinamente; o que se adverte por serem differentes os effeitos de Direito em um e outro caso. A distincção do edificante de boa ou má fé, que nesta questão apresenta Mello Freire Inst. de Jur. Civ. Luz. Liv. 3 Tit. 3 § 8, me parece, que deve ser attendida e ter applicação apenas ao caso em que é arbitraria e clandestina a construcção da casa, porque quando o edificio é construido á vista e face do proprietario do solo sem contradicção, presume-se a boa fé no edificante, fundada no consentimento tacito do dono do terreno; ainda na construcção clandestina a má fé attribuida ao edificante não opera o effeito da demolição do edificio nem a perda dos materiaes, no caso da demolição parcial da obra, isto por uso do Fóro das Nações (15).

§ 67.

O mesmo principio do Direito Romano — Que o edificio cede ao solo — tem sua completa execução quando alguém edifica em terreno, no qual só tem dominio temporario, por ser resoluvél, ou sómente administração e usufructo, tal é o comprador com pacto *de retro* (veja-se o § 55) e o usufructuario: estes

(15) Richer. Jurispr. univ. Tom. 3 § 618.

se edificarem nos terrenos, em que tem apenas domínio temporario e usufructo, pelo facto da edificação não adquirem direito á adjudicação do dominio do terreno, no qual foi construido o edificio; este cede ao solo, e o edificante só fica com o direito de haver as bemfeitorias dos seus successores, aos quaes passarem os terrenos, ou dos herdeiros dos mesmos successores; o mesmo acontece com qualquer outro que edificar em algum terreno, que não possa alienar, e que esteja sujeito á restituição e a passar a diversas pessoas (16); tal é o emphyteuta ou foreiro. Sendo os edificios construidos pelas referidas pessoas em chãos juridicamente qualificados predios urbanos, ou em terrenos dos predios rusticos e propriedades ruraes, não póde o proprietario dos ditos chãos fazer demolir esses edificios; tem sómente o direito de exigir o fóro ou renda, e adquire além disto o direito de preferencia em igualdade de preço quando o dono do edificio o queira vender, devendo offerece-lo primeiro ao senhorio do terreno, o qual, se não quizer declarar logo se quer o edificio por tanto quanto outro dá, será esperado trinta dias, que deverão ser contados do em que fór avisado ou lhe offerecido o edificio: o proprietario porém dos terrenos dos predios rusticos não sómente adquire os mesmos direitos que o dos chãos dos predios urbanos (17), mas ainda o de constranger e obrigar o dono

(16) Citado Lobão Trat. das casas Cap. 4 § 62.

(17) Ord. Liv. 4 Tit. 11 § 3 e Tit. 38 pr. e § 1.

do edificio ou casa a demolir em um prazo razoavel o dito edificio quando não o queira comprar tanto por tanto: com maioria de razão podem pois os Fazendeiros e proprietarios de terras do campo expellir e despejar os seus moradores, fazendo-lhes demolir as casas, quando estes despoticamente se arroguem a edificar em seus terrenos, ou quando mesmo por seu consentimento e notificados para sahirem e despejarem o predio em prazo razoavel, que lhes deve ser marcado, não o fazem, devendo porém os mesmos Fazendeiros usar deste desforçamento com a cautela indicada no final do § 79 deste Tratado.

DIVISÃO 3ª.

Solo commum: como poderá o edificante exercer nelle a liberdade de edificar?

§ 68.

E' por Direito qualificado commum todo e qualquer objecto de valor, em que dous ou mais individuos teem dominio ou posse; consequentemente é commum o solo ou terreno, em que mais de uma pessoa tem parte, ou seja esta proveniente do direito de dominio ou do de posse; quando é proveniente do direito de dominio chamão-se os que o teem no terreno — consenhores e consocios —; quando o é do direito de posse chamão-se compossuidores e igualmente consocios; mas para ser real a communhão

do terreno em um e outro caso de dominio e posse é necessario, que o mesmo terreno esteja — *pro indiviso* — sem demarcação alguma, pois desde que ha demarcação verificada por sentença judicial ou por accommodação das partes (18) cessa a communhão e cada um consenhor ou compossuidor fica com dominio ou posse particular e com direito liquido e indubitavel de edificar no que é seu.

§ 69.

Póde porém aquelle que tem parte em um terreno commum ser ou simplesmente consenhor ou simultaneamente consenhor e compossuidor, por isso que póde ter sómente o dominio dessa parte, ou ao mesmo tempo o dominio e posse, da mesma sorte que acontece com o dono de um objecto particular, o qual dono póde ser umas vezes sómente senhor, outras vezes conjunctamente senhor e possuidor: faço esta distincção não só porque ella é reconhecida e expressa em Direito, mas ainda porque influe e concorre para em uma ou outra hypothese conceder-se ou denegar-se ao edificante o direito de edificar no solo commum contra a vontade dos consenhores ou compossuidores, como adiante se verá (§ 72).

§ 70.

Para se chegar ao estado de clareza, quanto é possi-

(18) Vanguerve Prat. Judic. Part. 4^a Cap. 20 § 1 membr. 4 § 30.

vel, nesta difficil materia do como se poderá licitamente edificar no solo commum; em falta de legislação patria, se deve recorrer ás disposições do Direito Romano que a regem e bem interpretadas devem servir de base das decisões judiciaes entre nós como Direito subsidiario. Existem neste Direito sobre o ponto, de que se trata, as seguintes encontradas disposições.—E' meu o que é commum.—O socio da cousa commum tem parte em qualquer minima parte e reputa-se quasi senhor da cousa — (19). O que é commum não é meu absolutamente (20) e só em lata e não restricta significação se deve entender o direito de um consocio (21). Ninguem pôde chamar propria uma cousa commum.... O commum se diz meu a respeito da minha parte que tenho na cousa commum, etc. (22): á vista destas disposições os juriconsultos se dividem em duas opiniões. Em virtude das disposições que dão amplo poder ao consocio opinão uns, que este pôde edificar no solo commum sem consentimento dos demais consocios, e que estes não podem embargar a nova obra, podendo sómente usar da acção — *Communi Dividundo* — ou de partilha da cousa commum: no lugar competente explicarei o modo pratico de

(19) Leit. Fin. regund. Cap. 6 n. 9 e 10.

(20) L. 63 ff. Pro. Soc.

(21) L. 5. § 4 ff. Legat. 1.

(22) Confira-se Pegas Tom. 6 ad Ord. Liv. 1 Tit. 68 § 24 n. 100 e 101.

intentar esta acção. Os que sustentão esta opinião (23) fundão-se na Lei 3. § 1. e 2 ff. de Nov. Oper. Nunt., a qual confirma os principios legaes favoraveis ao consocio que edifica no solo commum sem consentimento dos outros consocios. Outros porém em contrario, fundados nas Leis 28 ff. Commun.—Divid. e 11 ff. de Servit. Rust., dizem, que um consocio não pôde occupar com edificio seu o todo ou parte do solo commum contra a vontade de outro consocio, e se o fizer, este tem direito de obstar, porquanto, quando se trata de exercer direitos na coisa commum, deve prevalecer a condição do consocio que prohibe (24).

§ 71.

Em presença destas duas opiniões oppostas, ambas fundadas em disposições legaes, como decidir e julgar o juiz os casos occorrentes na materia sujeita? Eis o que me occupou todo o pensamento e me obrigou a emittir o meu juizo ácrea da materia, não contra alguma das duas opiniões, mas no sentido de concilia-las.

§ 72.

Podem-se conciliar as duas referidas opiniões ou pela distincção de estar ou não o consocio na posse

(23) Desta opinião são Ferr. de Nov. Op. L. 4, Desc. 6. Peg. T. 6 ad Ord. L. 13 Tit. 68 § 23, sub. n. 20. Silv. ad Ord. Liv. 3. Tit. 78 § 4 n. 21.

(24) Os que defendem esta segunda opinião são Stryk, vol. 7 Disp. 27 C. 3 § 2. Guerr. Tr. 3 Liv. 5 C. 4 n. 19, e o mesmo Ferr. de Nov. Oper. Liv. 2 Desc. 7 n. 63 e 69, onde procura concillar as opiniões.

da coisa commum, ou pela necessidade e utilidade do edificio: se um consocio é simplesmente consenhor e não tem posse em parte alguma do solo commum, e o consocio que quer edificar pôde com boas razões negar-lhe a communhão no *jus in re*, ou no dominio, então pôde edificar sem seu consentimento, porque esse consocio, a quem se nega a communhão no *jus in re* não tem direito de contradizer a nova obra nem com o Interdicto da Nunciação, nem com a acção —*Communi dividundo*—podendo tão sómente intentar a de reivindicção.

Se porém o consocio ou consocios dissidentes, e que contradizem a construcção do edificio, são possuidores no solo commum, não pôde o consocio edificante fazer obra no mesmo solo contra a vontade delles, e ainda que lhes negue o *jus in re* não deve ser attendido, porque *Possessor præsumitur dominus*. O possuidor presume-se senhor (25); se fizer a obra sem o consentimento dos ditos consocios, estes podem usar de todos os remedios possessorios tanto da Nunciação de nova obra, como do desforçamento *in continenti* (26). Quanto á necessidade e utilidade do edificio fica ao prudente arbitrio do juiz pesar as razões da contradicção dos consocios dissidentes (quando estes as podem apresentar) e as da necessidade e utilidade do edificio, e ver quaes são mais ponderosas, devendo nunca es-

(25) Corrêa Telles Doutr. das Acç. § 276, e Not. 5 ao mesmo §.

(26) Lobão Tract. dos Interdict. Cap. 2 § 12 pag. 18.

queer, que as razões da necessidade e utilidade do edificio teem para sua maior procedencia o favor e protecção, que o Direito concede á edificação, reconhecendo mesmo nos edificios particulares a utilidade publica e geral; mas se occorrer a hypothese de que- rerem os consocios dissidentes ao mesmo tempo e pelo mesmo modo edificar no solo commum impedindo-se mutuamente, deve o arbitrio do juiz fundar-se no parecer de peritos, que deverá nomear (27), afim de conhecer qual delles pôde concorrer mais para o augmento das povoações e o aformoseamento das cidades e villas; e devendo a necessidade e utilidade geral prevalecerem sobre o commodo particular ou individual, segue-se, que é do dever do juiz, dada a collisão de igual procedencia entre as razões da contradicção dos consocios dissidentes e as que militão em favor da necessidade e maior utilidade do edificio, decidir-se por estas sem hesitação.

§ 73.

O mesmo direito de adjudicação do terreno, que adquire aquelle que edifica no solo alheio á vista e face do dono sem contradicção, adquire tambem com mais forte razão o consocio que edifica no solo commum, e finda o edificio á vista e face do consocio sem

(27) Pecch. de Servit. Cap. 28 Q. 4 n. 31. Citado Riche. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1048.

contradição deste: nisto são concordes os juriconsultos (28).

§ 74.

Ha porém um caso, em que o consocio que quer edificar no solo *commun* o póde fazer absolutamente sem consentimento e não obstante a contradição dos outros consocios, e é quando existem muitos solos *commun*s e indivisos de igual qualidade, de maneira que possam ser commodamente partilhados e com elles inteirados com igualdade de direito todos os consocios: nesta hypothese póde o consocio edificante lançar mão de qualquer dos solos *commun*s e nelle fazer seu edificio ou casa, pois, além de estar para isso fundado no geral favor da construcção dos edificios, accresce, que nenhum prejuizo causa aos outros consocios (29), porque nas futuras partilhas se lhe deve adjudicar o terreno occupado e inteirar os outros com os demais predios ou solos, á semelhança do socio que apropriou e alienou um dos predios *commun*s antes de partilhas, sendo o unico remedio de Direito neste caso adjudicar-lhe em sorte ou quinhão hereditario o preço do predio alienado com a obrigação de repôr executivamente aos outros coherdeiros o excesso, se esse preço fór maior do que o computo da sua herança (30).

(28) Dunod. Tract. das Prescripções T. 2 C. 2 pag. 1 n. 39. Vers. *Celui qui a vu* — Richey. Jurispr. Univ. T. 3 § 1055.

(29) Ex L. Marcellus § *Resque*, ff. ad Trebell.

(30) Pereira de Carvalho Prim. Lin. sobre o Proc. Orph. nota 105. ao

Solo proprio : como exercerá o edificante a liberdade de edificar no solo proprio ? Que restricções podem obstar a esta liberdade ?

§ 75.

Já vimos no § 56 a liberdade que goza qualquer pessoa nacional ou estrangeira para edificar ou mandar edificar casas ; já vimos também, que por effeito desta liberdade protegida pelo geral favor da construcção dos edificios se pôde edificar no solo publico, alheio, e commum, com restricções em alguns casos ; agora resta-nos ver como ella se exerce no solo proprio, e com que restricções. E' no solo proprio, onde cada um pôde exercer a liberdade de edificar com mais amplidão (31) ; em consequencia pôde qualquer pessoa edificar no seu solo ainda que prejudique a terceiro (32), por isso que é regra de Jurisprudencia, que quem exerce um direito não causa damno (33) : portanto em virtude desta natural liberdade de edificar pôde o edificante construir ou mandar construir sua casa ou edificio na especie em que quizer, ou terras, ou de sobrado, de um ou muitos andares, etc. ; pôde abrir

§ 59. Gouvêa Pinto Trat. de Test. nota 1 á pag. 169. Ord. Liv. 4 Tit. 97 §§ 5, 13 e 14, que se devem entender combinados e em união.

(31) L. 8, L. 9 Cod. de Servit. et aq.

(32) L. 24, ff. ult. L. 26, ff. Damn. infect.

(33) L. 9 ff. de Servit. urb. præd.

nella as janellas que quizer, fazer frestas, e portaes, eirado com peitoril, como lhe aprouver, e alçar-se na altura que lhe parecer conveniente; e para levar a effeito esse alçamento pôde mesmo quebrar as beiras do telhado, as cimalthas e encanamentos de aguas da chuva da casa do vizinho (34): pôde ainda o edificante que quizer fazer casas no seu solo, e não puder ter entrada para ella e passagem dos materiaes senão pelo solo ou predio do vizinho, obrigar a este a vender-lhe a servidão por justo preço (35), sendo este avaliado por arbitros com vistoria (vejão-se os §§ 29 e 31): finalmente pôde mandar fazer os andames, e apodeamentos ou armaduras para os obreiros sobre o predio ou casa do vizinho, quando de outro modo não é possível fazê-los, sendo este indemnizado quando a isto se opponha (36).

§ 76.

Temos visto até aqui a liberdade e os direitos que competem ao edificante para construir casas nas quatro especies de solos ou terrenos, em que se podem fundar edificios: agora vamos ver as restricções legaes que soffrem essa liberdade e os direitos do mesmo edificante no solo proprio. A primeira restricção que

(34) Ord. Liv. 1 Tit. 68 §§ 24 e 38.

(35) L. fin. § fin. Cod. de Servit. et aqd. Richer. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1083, Cod. C. dos Francezes art. 675.

(36) Cæpola de Servit. Urban. Cap. 73 totum.

se oppõe á plenitude da acção da liberdade de edificar é, que o edificante não deve edificar em prejuizo do vizinho sem alguma utilidade propria, devendo entender-se esse prejuizo não material, mas juridicamente quando a construcção do edificio offende e viola algum direito do vizinho; assim por exemplo todos os moradores de uma cidade ou villa tem o direito de pelas portas e janellas das frentes de suas casas olharem ao longo da rua; é uma commodidade natural e incontestavel, e por isto ninguem pôde edificar casas com frontispicios ou frente de parede sobresahida á frente da casa do vizinho, porque o priva da dita commodidade, e é além disto uma deformidade para a rua; e se edificar-se assim, tem o vizinho o direito de embargar a obra com o interdito Nunciação de obra nova (veja-se o § 28 no fim).

§ 77.

Dessa primeira restricção da liberdade de edificar nasce mesmo a segunda, a qual consiste em não ser a nova casa edificada contra a fórma prescripta no regulamento politico ou municipal; as Camaras Municipaes, a quem compete a policia administrativa e economica das cidades e villas pelo seu Regimento, tem a attribuição de organisar posturas, prescrevendo a maneira de construir os edificios com regularidade tanto a respeito do alinhamento das ruas, como mesmo da altura da parede das frentes quando as casas são terreas, e assim se deve entender a fórma prescripta

para as casas, contra a qual não é permitido edificar (37).

§ 78.

A terceira restrição, que obsta á plena liberdade de edificar é, que o edificante não deve edificar contra alguma servidão negativa, que por ventura tenha legitimamente adquirido o seu vizinho, a qual lhe cohiba ou restrinja a liberdade de edificar; donde se segue, que se o novo edificio impede alguma servidão, por exemplo de carro, de cavallo, de pé, que competia ao vizinho pelo solo occupado com o mesmo edificio, fica illicita a edificação só porque impede a servidão, a que era sujeito o solo occupado; mas o edificante antes de fazer obra no seu solo póde variar o lugar da servidão e constitui-la por outro lugar igualmente commodo ao vizinho para evitar, que este lhe intente a Nunciação de obra nova (veja-se o § 45): será porém uma prudente cautela, que antes de variar o lugar da servidão requeira ao juiz para que lhe julgue licita essa variação, abstendo-se de se fazer justiça por autoridade propria, afim de evitar rixas e conflictos algumas vezes funestos (38). Como se constitue legitimamente a servidão, veja-se o capitulo 3º deste Tratado per totum.

(37) Regimento das Cãmaraes Municipaes.

(38) Lobão Tract. do Direito das Casas Cap. 4 § 6: e Tract. dos Interdictos Cap. 2 §§ 19 e 20. Bohemer. Exercit. 23, Poena jus tibi dicentis sine iudice.

§ 79.

A quarta restrição da liberdade natural de edificar é, que o edificante não póde metter traves ou quaesquer outras madeiras do seu edificio na parede do vizinho, sem que esteja para isso autorizado pelo consenso prévio do mesmo vizinho, ou habilitado por algum dos tres seguintes meios legitimos e legaes: 1º, ou por compra ajustada com o vizinho de toda ou parte da parede que lhe fôr necessaria para o madeiramento da nova casa; 2º, ou usando do meio da coacção, que neste caso em beneficio da edificação das casas lhe permite a lei (39), afim de obrigar o vizinho a vender-lhe metade da parede; mas essa mesma coacção só será exequivel depois de julgado o preceito por sentença do juiz, sendo previamente avaliada a parede no todo ou parte que se requerer por pedreiros (40), depositado logo o preço da avaliação antes que na parede se dê principio á obra (41); 3º, finalmente, ou quando tem o edificante em seu favor, legitimamente adquirida, a servidão — *Tigni immittendi*; ou a — *Oneris Ferendi* —; se, não autorizado e habilitado por algum dos referidos meios, o edificante despoticamente se arroga a madeirar na parede do

(39) Ord. Liv. 1, Tit. 68, §§ 35, 36 e 37, que é muito clara, e ainda mais claro o Cod. C. dos Francezes arts. 654 e 655.

(40) Lei de 20 de Junho de 1774.

(41) Ferreira de Nov. Op. L. 2, Disc. 6, n. 20.

vizinho, este, segundo o nosso Direito (*) e bem entendida praxe do fóro, deve recorrer aos remedios de Direito, os quaes são neste caso a Nunciação de obra nova e o desforçamento, devendo deste ultimo usar por prudencia com o auxilio de officiaes de justiça (42) para se obviarem conflictos.

§ 80.

Quando porém o edificante tem em seu favor alguma das servidões referidas no § antecedente, e querendo fazer uso della, não o pôde, porque precisa de reforma o muro, pilar ou parede serviente, ou mesmo quando já tendo assentes suas madeiras sobre qualquer daquellas bases servientes, estas se deteriorão e precisão de reparo, suscita-se a questão entre os Jurisconsultos — quem deve fazer as despesas da reforma ou reparo em falta de pacto expresso, se o dominante, se o serviente? — A opinião de alguns, fundada na regra geral, é que pertence ao dominante, o qual, para a percepção do commodo, deve sujeitar-se aos incommodos; mas a opinião mais seguida no fóro incumbe ao serviente as despesas da dita reforma ou reparo pelas razões que apresentam outros (43), sendo

* Disse pelo nosso Direito, porque pelo Cod. C. dos Estados da Prussia, T. 2 Tit. 10 Art. 1 § 22 permite-se ao dono da parede, na qual se introduz despoticamente madeiras, remover esse madeiramento por autoridade propria.

(42) Lobão, citada obra, Interdictos, cap. 2, §§ 10 e 18 *in fine* e § 19.

(43) Richer, Jurispr. Univ. T. 3 §§ 988 e 994. Voet. ad Pand. L. 7 T. 2 n. 3. Stryk Vol. 14 Disp. de Jure Servit. prædial hodiern. Tit. 2 § 2.

uma dellas, que não podendo o dono serviente em regra impedir ou embaraçar por qualquer modo voluntario o uso da servidão ao senhor dominante, deve o dito serviente fazer as mencionadas despezas para que o senhor dominante possa utilizar a servidão devida; os mesmos Jurisconsultos referidos na nota supra são de opinião, que o serviente pôde desonerar-se dessas despezas abandonando ao dominante todo o dominio do muro, pilar ou parede, salvo se houver pacto em contrario, porque o dominante e o serviente podem pactuar sobre as servidões aquillo que lhes fôr conveniente e mais comodo (44).

§ 81.

Se as servidões — *Tigni immittendi e oneris ferendi* — não estiverem já constituídas por outro modo, que não seja contracto, ou mesmo que o estejam, podem o senhor dominante e o dono serviente pactuar sobre ellas sob as bases e condições seguintes, as quaes o edificante deve estrictamente cumprir e igualmente todos os successores das suas casas, aos quaes esse pacto obriga perpetuamente (45):

1ª Determinando-se expressamente o numero e a qualidade das madeiras, que podem ser immittidas

(44) Stryk supra § 2 in fine.

(45) Ferreira de Nov. Oper. L. 2 Disc. 7. n. 12, 17, e 34.

na parede serviente, não será licito ao senhor dominante ou edificante immittir nem um numero maior, nem de qualidade differente, ainda que a utilidade do seu edificio pareça exigir isso (46); 2ª, se os contrahentes expressarem o fim para que são constituidas as sobreditas servidões, isto é, se expressarem que o madeiramento será immittido na parede serviente para o fim, por exemplo, de fazer peso nella com a obra de uma cozinha ou outra qualquer edificação pequena, não será licito immittir madeiras para outro fim, *verbi gratia*, para uma sala ou outra edificação maior (47); 3ª, se o vizinho, cujo fundo é serviente, alargar ou estender a parede, não é licito ao senhor dominante ou edificante immittir madeiras nessa parte da parede accrescentada, se por ventura as palavras da convenção não comprehenderem tambem essa parte (48). Estas são as principaes bases, sobre as quaes o senhor dominante e o dono serviente podem assentar o seu pacto a respeito das supraditas servidões, podendo porém accrescentar outras condições, que lhes fõrem convenientes e uteis segundo as circumstancias que occorrerem; todas estas e outras condições semelhantes tem por fundamento a restricta observancia das servidões que são inampliaveis de cousa a cousa, de lugar a lugar, de

(46) Richer citado, § 999.

(47) Citado Richer, § 1000.

(48) O mesmo Richer, *idem*, *idem*.

caso a caso (veja-se o § 45); contudo se os madeiramentos immittidos se corromperem, podem renovar-se e immittir-se outros na mesma quantidade e qualidade sem excesso (49).

§ 82.

As restricções que ficão expostas são as mais geraes, com que o direito e as leis limitão a liberdade natural de edificar; alguns autores e o mesmo Direito Romano acrescentão ainda a essas restricções geraes a emulação, e sustentão que, verificando-se ser qualquer obra edificada por emulação ao vizinho, é illicita (50); mas como diz muito bem Lobão (Direito das casas, Cap. 4º, § 69): « Semelhante emulação não se presume, « sem que quem a allega prove concludentemente, « porque em contrario está a presumpção mais forte — « que quem edifica só tem as vistas na propria utilidade. . . e por isso raro será o caso em que alguém « sensato se sacrifique a fazer uma dispendiosa obra « sem algum proprio interesse ou occorrer a prejuizos, « e só com o depravado espirito de prejudicar ao « vizinho; » eu porém digo ainda mais do que Lobão, que a boa razão do direito e da justiça repelle como impraticavel essa restricção de emulação decretada

(49) Confira-se sobre este § Voet ad Pand., Liv. 3.º T. 2.º § 2.º do qual o citado Richer plagiou todo o exposto, porque Voet o comprova mais amplamente.

(50) Novell. 63 C. 1 Lei Opus ff. de oper. publ. Stryk Vol. 3.º Disp. 17 De Jure emulacionis Cap. 3.º n. 9.

pelo Direito Romano á liberdade natural de edificar, por isso que póde tornar-se um germen fecundo de rixas, intrigas e conflictos entre o edificante e o seu vizinho, o qual por odio ao edificante póde obstar muitas vezes com uma demanda injusta á obra a mais necessaria e util ao edificante e ao publico, visto como lhe será facil provar a emulação do edificante, porque o mesmo Direito Romano admite a prova da emulação por conjecturas arbitrarias ao juiz, que nem sempre terá um prudente arbitrio; e á vista destas reflexões, que me parecem justas, entendo, que não deve ser admittido entre nós o Direito Romano nesta parte, nem a opinião dos autores que o sustentão.

§ 83.

Tambem estava decretado entre os Romanos, pela famosa lei das 12 Taboas adoptada pelos Decemviros na antiga Roma, que o edificante deixasse o intersticio ou intervallo de dous pés e meio entre a sua casa e a do vizinho, e fundava-se essa exigencia em tres razões: 1ª, para se não communicarem os incendios de umas para outras casas; 2ª, para seus donos andarem em torno dellas; 3ª, para se evitarem demandas sobre os stillicidios, ou beirões dos telhados das casas. Era outra restricção geral á liberdade de edificar inconsiderada; mas o tempo assaz punio essa inconsideração, porque taes intersticios, além de causarem uma notavel deformidade na cidade, bem de pressa

se tornáramos lugares de frequentísimos e immoralíssimos vícios com escandalo e offensa da moralidade das pessoas que transitavam pelas ruas; servirão também de receptaculo de immundicias e de latrinas publicas, as quaes com suas exhalações de pestilentas miasmas infeccionarão logo toda a cidade e arruinarão a saude publica; pelo que foi semelhante intersticio considerado não sómente contra os bons costumes, mas ainda como ridiculo (51).

§ 84.

A constituição de Zenon ainda decretava entre os Romanos, que o edificante não podia elevar o seu edificio tão alto, que tolhesse aos outros vizinhos a vista do mar, a qual constituição ampliaram os autores também a vistas delectaveis; e como o Direito Romano é principalmente que regula a materia da edificação entre nós, com as poucas excepções que lhe fez a Ord. liv. 1.^o tit. 68 desde o § 22 até 42, entrou em questão, entre os Jurisconsultos, se aquella constituição obstava a liberdade natural de edificar, se podia ser outra restricção á mesma liberdade, e se devia servir de norma das decisões dos juizes, quando se dava a hypothese figurada nessa constituição de elevar o edificante o edificio em tal altura, que privasse a vista do mar aos vizinhos (52); semelhante con-

(51) Facichell. de Distant. Cap. 6, Membr. 1, n. 13.

(52) Ferreira de Nov. Oper. Liv. 4, Disc. 12.

troversia deu lugar ao Assento de 2 de Março de 1786, o qual proscreeu do fôro o uso da tal constituição pelas razões expostas no mesmo Assento.

§ 85.

É preciso porém advertir, que a opinião daquelles que sustentão, que incumbe ao serviente as despesas da reforma ou reparação do muro ou parede, é applicavel e exequivel sómente no caso em que o senhor dominante quer usar da servidão — *Oneris ferendi*, — porque se quizer utilisar a servidão — *Tigni immit-tendi*, — ao dito senhor dominante e não ao serviente é que compete fazer as sobreditas despesas. (Vejão-se os §§ 27 e 80).

§ 86.

A' vista do que fica expellido no presente capitulo vê-se o que é a liberdade de edificar, e suas restricções geraes ; e bem assim os direitos e obrigações geraes do edificante e do seu vizinho sobre a edificação nas quatro especies de solos ou terrenos em que se podem fundar edificios ; agora nos capitulos seguintes vamos ver como a dita liberdade e os direitos do edificante e do seu vizinho se exercem particularmente sobre cada uma das partes integrantes dos edificios, as quaes fazem o todo de uma casa.

CAPITULO VI.

CONTINUAÇÃO DO EXERCICIO DA LIBERDADE DE EDIFICAR E DOS DIREITOS DO EDIFICANTE E DO VIZINHO SOBRE CADA UMA DAS PARTES INTEGRANTES DA CASA QUE FORMÃO O TODO DELLA; RESTRIÇÕES PARTICULARES DA MESMA LIBERDADE.

DIVISÃO 1ª.

Construcção do alicerce ou fundamento da casa.

§ 87.

Fica já dito a § 58, que pouco importa á realisação dos direitos do edificante e do seu vizinho, que a nova casa se construa, ou de taipa, ou de tijolo, pedra e cal; por isso que de qualquer dos materiaes, de que use o edificante, elle tem sempre de estabelecer um fundamento para erigir a sua casa; se a quer fazer de barro e madeira sómente, ha de necessariamente abrir um rego para os esteios e mais madeiramento; se de pedra e cal, deve fazer sobre esse rego um alicerce, o qual, como é sabido de todos, consiste na juxta-posição de pedras ou tijolos sobrepostos com cal até chegar ao nivel da terra, o que chama-se respaldar na linguagem dos pedreiros, e sobre esse alicerce principião-se as paredes; é pois o alicerce ou fundamento a primeira parte da casa, sem o qual ella não póde conservar-se (1).

(1) Ferreira de Nov. Opér. Liv. 2, Disc. 11, n. 2.

§ 88.

Não padece portanto duvida alguma, que o edificante tem direito de formar o alicerce ou fundamento para a casa que quer construir, quer seja em terreno seu, quer seja em alguma das outras especies de solos, mas é obrigado a fazer sómente a profundidade do alicerce que fôr necessaria para sobre elle fazer a sua obra, de maneira que não arruine a parede do vizinho, porque se assim o não fizer e o alicerce ameaçar ruina á dita parede do vizinho, este tem direito de lhe occorrer requerendo caução — *de damno infecto* —, a qual se lhe deve necessariamente prestar (2) : para prevenir esta acção do vizinho póde o edificante mandar fazer o alicerce desviado da parede d'elle em distancia tal, que provavelmente não cause ruina á sua parede (3).

DIVISÃO 2ª.

Como fará o edificante a porta de entrada, janellas, ou frestas da sua casa e a escada de sobrado.

Porta de entrada, janellas e frestas.

§ 89.

Sobre fazer a nova casa na especie que lhe aprou-
ver é que o edificante exerce a liberdade de edificar

(2) L. 24 § fin.

(3) Facichell de Distant. Cap. 6, Si tamen de Damn. infecto M. 1, n. 12.

sem limitação alguma e em toda sua plenitude: portanto pôde elle fazer sua casa ou terrea ou de sobrado de um ou muitos andares (veja-se o § 75): se porém a casa fôr terrea não tem o edificante a faculdade livre de construir a porta da entrada, janellas e frestas em qualquer lugar da frente da casa, que lhe convier: como esta materia tem seu assento na Ord. Liv. 1 Tit. 68 § 29, para ser entendida com a clareza que exige a sua importancia, convém transcrever o dito § 29 e analysa-lo por partes; diz este §: « Item, « se alguma pessoa tiver casa de uma parte da rua, e « outro seu vizinho quizer fazer casa da outra parte, « ou se já d'antes a casa era feita, e quer nella abrir « portal de novo (porta) ou quer ahi fazer janella ou « fresta, não a poderá abrir, nem fazer direito do portal, « ou da janella, ou fresta de outro seu vizinho, que « mora da outra parte da rua. »: nesta primeira parte do citado § é evidente, que a Lei particularmente limitou a liberdade do edificante estabelecendo a regra bem clara da prohibição de edificar portas, janellas e frestas fronteiras e em direitura das portas, janellas e frestas do vizinho; e como de suas palavras bem se manifesta, a razão da Lei não pôde ser outra senão obviar ou prevenir o devassamento do interior das casas, devassamento que se tornaria reciproco com offensa da honestidade das familias.

§ 90.

Não obstante a clareza com que se expressa a citada

Ord. na 1ª parte do dito § 29, houve todavia quem entendesse (4), que ella devia praticamente applicar-se e executar-se com distincção de certos casos, os quaes são os seguintes: « 1º que para proceder a prohibição da Ord. de abrir o edificante portas, janelas e frestas fronteiras ás do vizinho, se deve entender a rua intermedia, de que trata a Ord., ser de dez pés de latitude conforme as disposições das Leis 11. Cod. de ædific. priv. e Lei 13 ff. de servit. Urb., e que assim é que se entende a rua ser publica, e por consequencia, que podem-se abrir portas, janelas e frestas em frente e direitas ás do vizinho, quando não intermediar esse legitimo espaço de dez pés que constitue rua publica; 2º, que em materia de edificar se deve attender o uso e costume, o qual em todas as cidades e villas tem admittido poder o edificante abrir em sua casa portas fronteiras ás do vizinho, ainda mesmo quando intermedeie rua publica; 3º, que ainda quando pareça, que a citada Ord. prohibe ao edificante construir casa com porta fronteira á do vizinho não tendo mesmo a rua dez pés de latitude, se devem distinguir dous casos: o primeiro é quando o edificante quer construir uma casa entre casas particulares para a propria utilidade e commo-didade da familia em solo proprio, no qual não tem outra parte mais commoda para o effeito de abrir a porta, porquanto realisado este caso deve-se moderar

(4) Ferreira de Nov. Oper. L. 2, Discurs. 11, n. 15 e 18.

e entender-se a disposição do § 29 pelo costume observado e que attestão Sperell.... Gom.... Pecch.... e Pacichell.... O segundo caso é quando na rua publica entre casas particulares o edificante construe uma casa com portas direitas ás do vizinho defronte de proposito para perscrutar os interiores da casa deste, ou por emulação, por inveja, e sem utilidade, e com damno do vizinho—devendo neste caso prevalecer a execução daquelle § 29.

§ 91.

Parece incrível, que Ferreira, um praxista aliás de reconhecido merito, interpretasse o § 22 da supradita Ord. de um modo tão insolito e contra as regras da hermeneutica juridica, sendo uma das mais triviaes, que onde a lei não distingue a ninguém compete distinguir!! entretanto ahí ficão transcriptas as distincções, que elle faz arbitrariamente, as quaes não resistem á mais fraca analyse, que dellas se faça; e como quer que Lobão as refutasse completamente na sua obra Direito das casas, transcrevi os seus argumentos capitaes.

§ 92.

Diz o citado Lobão na referida obra (Notas ao § 73 do Cap. 4º): « Querer restringir a lei só ao caso, em
« que não intermedie uma rua publica, que tenha a
« latitude de dez pés (que era a largura das ruas da an-
« tiga Roma) e que correspondem a quinze palmos,

« e para só nesse caso ser illicita a fabrica da nova
 « porta em frente da do vizinho, é a maior temeri-
 « dade de um interprete.... Quando se verificará
 « jámais essa hypothese de não ter (o edificante)
 « outra parte mais commoda para o effeito de abrir
 « a porta? — Acaso a largura da nova casa não exee-
 « derá ella em frente a largura da porta do vizinho?
 « isso é incrível... : é portanto a interpretação de
 « Ferreira cerebrina, divinatoria, e arbitraria dis-
 « tinguindo casos, que a generalidade e razão da lei
 « não soffrem, porque o legislador no dito § 29 se ex-
 « plicou simplesmente pela palavra *rua*, sem distin-
 « guir a que tivesse ou não a latitude dos dez pés, que
 « se marcavão nas romanas: não podia deixar de
 « ter em vista, que nas cidades, villas e lugares ha
 « deformidade nas larguras das ruas. No § 30 (da
 « mesma Ord.) usou o legislador da mesma simples
 « palavra *rua*: distinguio no § 27 a azinhaga publica
 « que não passa de quatro palmos, logo toda a que
 « passa de quatro palmos póde ser rua publica, ainda
 « que não tenha dez pés de latitude.

§ 93.

« A lei (a mesma Ord.), continúa Lobão, é clara a
 « estabelecer a fôrma das novas portas: ella constitue
 « servidão em favor do vizinho, servidão que cohibio a
 « liberdade do edificante; a lei é viva e perpetua, contra
 « ella não póde prevalecer costume algum, Lei de 18
 « de Agosto de 1769.... Nem ha uniformidade na la-

« titude das ruas das villas e cidades, facto que sup-
 « põe Ferreira: nem de se verem cá e lá portas em
 « frente d'outras do vizinho se pôde inferir abrogação
 « universal desta lei (supradita Ord.), podendo at-
 « tribuir-se á indolencia de alguns o não uso della... »

No § 76 da mesma obra diz ainda Lobão o seguinte :

« ... Ferreira não sondou a razão e o espirito da
 « Lei. A razão da Lei é a sua alma : enquanto se não
 « descobre, não se pôde fazer applicação que seja
 « exacta. Estatut. da Univ. Liv. 2. T. 5. C. 3 § 2: ora
 « eu não discorro, que outra possa ser a razão do
 « dito § 29, senão porque abrindo-se de novo uma
 « porta em frente e direitura da outra do vizinho, se
 « descobrem pela nova os interiores da casa delle....
 « Sendo pois esta a intrínseca razão daquelle § 29,
 « será consequente cessar a sua disposição em todos
 « os casos, em que cessar particularmente essa razão. »

§ 94.

Reflectindo-se sobre as distincções de Ferreira, e os argumentos de refutação de Lobão, se conhece, que toda a questão de interpretação da letra e espirito do supradito § 29 se reduz a saber, se as novas portas, janelas, etc., que o edificante quer abrir em sua casa fronteira do vizinho devassão ou não os interiores da casa do mesmo vizinho ; se este provar, que as ditas portas podem devassar-lhe ao menos alguma parte do interior da sua casa, é inteiramente applicavel e exequivel a disposição e prohibição do referido § 29, seja

qual fôr a distancia da largura da rua intermedia de 15, 20 ou mais palmos, contanto que seja tal, que qualquer pessoa olhando pela porta da nova casa se tornem patentes a seus olhos as acções secretas da casa do vizinho defronte, o que é assaz incommodo (5): e foi sem duvida para evitar tamanho incommodo, que o legislador decretou a prohibição da primeira parte do § 29, de cuja interpretação se trata; torna-se esta mais clara, no sentido de ser a razão justificativa da sua prohibição o devassamento do interior da casa do vizinho, pela illustração que recebe aquelle § 29 do precedente § 24 da mesma Ord., que prohibe fazer janellas, frestas etc., sobre casa ou quintal alheio, *porque o descubra*, palavras estas que evidentemente mostram ser a razão desta prohibição o devassamento do vizinho do edificante.

§ 95.

Fica pois liquido e fóra de duvida, que o mencionado § 29 deve ser praticamente executado segundo a interpretação e intelligencia exposta no paragrapho antecedente, e que absolutamente não são admissiveis as distincções do praxista Ferreira, não só por contrarias ás regras da hermeneutica jurídica, senão tambem por se fundarem em disposições de leis e do Direito Romano, das quaes é manifestamente o mesmo § 29 uma excepção nesta parte da materia de edificação; e sendo este

(5) Donell de Jure Civ. L. 11, C. 5.

§ 29 uma disposição do Direito Patrio deve ser executada de preferencia á disposição do Direito Romano, que sómente será subsidiario em falta de Legislação Patria.

§ 96.

A execução da prohibição dessa primeira parte do § 29 póde realizar-se principalmente em dous casos, ou quando as portas, janellas, etc., da nova casa do edificante são fronteiras á casa terrea do vizinho, ou quando o são á porta da entrada de sobrado, na qual está logo collocada a escada de subida e descida; é incontestavel, que a escada assim collocada torna-se uma parte interior da casa do vizinho, a qual a nova casa do edificante póde devassar na subida e descida. Pela generalidade do disposto na 1ª parte daquelle § 29 está entendido, que a prohibição nelle consignada de não poder o edificante abrir portas, janellas, etc., fronteiras e em direitura das do vizinho, comprehende todos os casos de edificação, nos quaes póde dar-se o devassamento do interior da casa do vizinho, por consequencia se a nova casa do edificante fór de sobrado de um ou mais andares, e defronte houver casas tambem de sobrado que possam ser devassadas, subsiste e procede a mencionada prohibição do § 29, confirmada pela disposição do § 34 da mesma Ord.; é tambem exequivel esta prohibição, quando, sendo já feita a casa, se quer fazer portal, ou abrir porta de novo em direitura das do vizinho fronteiro, o que bem

manifestão as palavras do dito § 29 « ou se já d'antes
« a casa era feita e quer nella abrir portal de novo. »

§ 97.

Depois de ter o referido § 29 estabelecido na sua primeira parte a regra geral da prohibição, a esta regra faz duas excepções nas palavras: « 1.^a, salvo se d'antes ahí
« houve já o dito portal, janella, etc., onde ora quer
« abrir, porque então a poderão fazer no proprio modo
« e maneira que d'antes estava; 2.^a, porém desviado do
« outro portal o poderá fazer. » Das palavras da primeira excepção se deduz necessariamente, que se alguém tivesse uma casa com portas viradas e em linhas rectas e fronteiras para a do vizinho, fosse demolida, e seu dono quizesse novamente levanta-la, podia abrir as portas, janellas, etc., no mesmo lugar e direcção como d'antes, embora sejam em direitura das do vizinho do lado opposto; a razão juridica desta excepção é, que a casa demolida quando se reedifica recupera o primeiro estado e servidões, e que emquanto demolida não perde os primeiros direitos, porque as servidões urbanas reaes, uma vez adquiridas, tornão-se perpetuas, e por isso destruido o edificio se conservão e revivem na reedificação do mesmo (6), sem que lhe possa obstar prescripção alguma ainda mesmo de longissimo tempo (vejão-se os §§ 17 e 50); ha ainda outra razão

(6) Richei. Jurispr. Univ. Tom. 3, §§ 1234 e 1235.

que justifica a mencionada primeira excepção do § 29, e é que não se pôde imputar culpa alguma áquelle, a quem as ditas servidões são devidas, por não ter reedificado com presteza o edificio destruido, por isso que nem o vizinho nem pessoa alguma pôde obrigar outro á reedificação do seu predio (7); das proprias expressões da excepção do § 29 se conhece, que a lei permitio a reforma do edificio em todo tempo, e assim reconheceu o livre arbitrio do senhor da casa demolida para reedifica-la quando bem lhe parecesse. Quanto á 2ª excepção: « Porém desviado do outro (portal) o poderá fazer, » esta limitou sim a liberdade do edificante, mas ao mesmo tempo não lhe tirou todo o arbitrio em abrir portas, janellas, etc., na frente de sua casa, pois que as palavras—desviado do outro—são muito geraes e não obrigoão ao edificante desviar mais ou menos as suas portas das do vizinho defronte, de maneira que na pratica teem occorrido e teem-se julgado varias hypotheses (8) a este respeito.

§ 98.

Se me é permittido emittir a minha opinião ácerca da utilidade e vantagens da disposição do § 29 da Ord. liv. 1º, tit. 68, digo, que, attentamente reflectindo-se sobre essa disposição e sobre a utilidade da liberdade de

(7) L. 15, § 1, ff. de Servit.

(8) Veja-se Pegas. Tom. 6, á Ord. dito § 29 n. 26 e 42.

edificar, deve esta ser desembaraçada das limitações do sobredito § 29, porquanto, ainda praticadas essas limitações, não se evita o devassamento do interior da casa do vizinho defronte do edificante, por isso que este, ainda que desvie os seus portaes de maneira tal que não fiquem em linhas rectas aos do vizinho fronteiro, virando-se uma pessoa um tanto para o lado, e mesmo em pé na sua porta ou sacada, póde descortinar o interior da casa do outro vizinho, o qual neste caso nenhuma acção judicial tem contra essa pessoa, e sómente a natural de fechar sua porta para evitar o devassamento, como acontece ordinariamente nas nossas cidades e villas. E' pois para desejar-se que na confecção do nosso Codigo Civil, se por felicidade fór algum dia publicado, não se adopte uma disposição semelhante á daquelle § 29, que só poderia servir para origem de rixas e de demandas sem utilidade real, e de obstaculo e embaraço ao rapido progresso dos edificios, contra os interesses do Estado. Parece-me, porém, que a disposição desse § 29 está em desuso entre nós, pelo que se observa em contrario na edificação das casas das nossas cidades e villas, aonde se vêem muitas casas, assim terreas como de sobrado, com portaes inteiramente fronteiros uns dos outros; o que póde talvez ser devido á ignorancia do vizinho, defronte do edificante, do direito que lhe compete, ou mesmo a algum pacto ou servidão.

§ 99.

Já que ainda está em vigor entre nós a disposição do mencionado § 29 da Ord. Liv. 1. Tit. 68, se o edificante quizer fazer casa de sobrado, no abrir a porta da escada, não só é obrigado a cumprir a dita disposição, como também deve collocar a escada dentro da casa, ou logo na entrada da porta ou no interior della, conforme lhe fôr mais conveniente, porque a terminante disposição do § 30 da citada Ord. prohibe pôr escada na rua direito do portal do vizinho, e com a qual lhe impeça a entrada de sua casa; o § 31 da mesma Ord., provendo ácerca da commodidade publica, dispõe mais amplamente o seguinte: « E não se
« poderá fazer na rua escada, nem ramada, nem al-
« pendre, nem outra cousa alguma que faça impedi-
« mento á serventia da dita rua. E se o fizerem não
« lhe será consentido, e os almotacés lh'o mandarão
« derribar. » Ex vi desta disposição uma pessoa do povo é competente para usar do interdicto — *Nequid in loco publico* — quer seja para remover a causa de seu prejuizo particular, quer do publico, intentando esta acção perante o juiz competente, que não são mais os almotacés, os quaes não existem entre nós (veja-se o § 29), afim de ser demolida a escada, ramada ou alpendre, de que trata o supracitado § 31; se concorrem muitas pessoas para usar desta acção, o juiz deve eleger o mais idoneo, e qualquer que seja o

escolhido pelo Juiz, ou quando sómente é uma pessoa, só pôde intentar a referida acção, e não o desforçamento *in continenti* (9).

§ 100.

Deve o edificante attender mais, que não lhe é licito fazer sua escada ou parte della em solo alheio, salvo se o dono deste prestar acquiescencia, não contradizendo nem embargando a obra (aqui tem applicação a doutrina dos §§ 64 e 65); mesmo no solo proprio não se pôde edificar, se essa parte do terreno, onde quer collocar a escada, fôr serviente e impedir a servidão devida; mas pôde o edificante tirar-se desta difficuldade prestando outra servidão igualmente commoda ao senhor dominante (veja-se o § 45); é porém licito ao edificante collocar a escada junto á parede *commum* (10), e como esta se entende e prova adiante se verá; assim legalmente edificada a escada, e passado anno e dia, adquire ella a servidão — *Luminis* — (veja-se os §§ 25 e 43), e por conseguinte não pôde o vizinho edificar diante della de modo tal, que a prive da luz necessaria, quando o dono da escada não puder de outra parte receber luz (11).

(9) Lobão, Dir. das Cas., Cap. 4, § 81. O mesmo Lobão, Trat. dos Interdict., §§ 17 e 113.

(10) Pecch. de Servit., Cap. 8, Q. 42.

(11) Ferr. de Nov. Oper., Liv. 2, Disc. 7, n. 52, Disc. 9, n. 13, Disc. 12, n. 4.

DIVISÃO 3ª.

Com que paredes pôde o edificante formar o edificio da sua casa? Direitos relativos a ellas.

Paredes proprias.

§ 101.

Acontece, na maior parte dos casos, que o edificante eleva o edificio da sua casa sobre paredes proprias, e taes se chamão aquellas que o edificante manda construir a suas expensas, ou com o seu dinheiro, na contiguidade das paredes da casa do vizinho, adquirindo por consequencia o dominio inteiro e perpetuo sobre as suas paredes, nas quaes pôde edificar e superedificar a sua casa como lhe convier, sem que se lhe possa obstar o exercicio desse direito, salvas tão sómente as excepções ou restricções no abrir ou construir portas, janellas, frestas, seteiras, e mais outras commodidades, como já vimos e ainda veremos adiante. Entretanto, como acontece tambem muitas vezes, principalmente nas grandes e populosas cidades, que na frequente continuação da edificação o edificante faz a sua casa servindo-se da parede do vizinho, por algum dos meios indicados nos §§ 79 e 80, e ficando assim a parede intermedia ás duas casas pôde para o futuro acontecer, e realmente tem acontecido, entrar em duvida e questão de qual dos dois vizinhos é o dominio inteiro dessa parede, quando não se pôde provar o dito dominio por documentos

ou testemunhas, é evidente a utilidade que resulta de saberem-se quaes as presumpções e signaes prescriptos pelo Direito Romano para se decidirem essas duvidas occorrentes ácerca do dominio inteiro da parede intermedia controversa, e igualmente para o caso em que ha questão, se essa mesma parede intermedia é commum.

§ 102.

Como as presumpções e signaes efficientes da propriedade inteira de uma parede em favor de alguém só podem fundamentar a decisão do juiz na ausencia de provas, por documentos ou testemunhas, e nesta materia de edificação as testemunhas são especiaes, por isso antes de enumerar as ditas presumpções e signaes, é mister saber que os documentos comprobatorios e authenticos da propriedade inteira de uma parede são os instrumentos que se extrahem dos livros não só dos tabelliães publicos, como tambem de outras repartições, nas quaes exista algum contracto celebrado entre as partes ou seus legitimos procuradores ácerca do dominio inteiro da parede questionada, sendo para notar, que influe muito na prova desse dominio, se no contracto estiver declarado como uma das razões do mesmo dominio a seguinte clausula: —Que foi dada e cedida a parede por confim ou limite como propria de alguém, —porquanto esta clausula importa uma confissão, a qual, além de provar contra quem a faz, obriga a seus successores; mas é pre-

ciso advertir, que a simples proposição feita no Instrumento — Que a parede seja propria de alguém — é equívoca, por isso que também na parede commum pôde isto verificar-se pela razão de poder-se dizer proprio aquillo que é commum (veja-se o § 70), por conseguinte deve haver algum adminiculo áquella proposição que lhe tire o equívoco (12.)

§ 103.

Sobre a prova por testemunhas, estas, para fazerem prova legal e jurídica em como a propriedade inteira da parede pertence a alguém, devem ser peritos, isto é, os mesmos architectos e os pedreiros que fizeram a parede, os quaes nos seus depoimentos devem deduzir razões, signaes e conjecturas taes, que fação convencer que a propriedade da parede em questão pertence a uma só pessoa; se porém os peritos discordarem deve prevalecer o voto daquelles que fundamentão os seus arbitramentos em signaes mais proprios e caracteristicos da propriedade ou da communhão da parede, ou devem ser abandonados os votos de todos, quando o juiz, pela inspecção do lugar e sobre a parede questionada, se convencer, que são erroneos os seus arbitramentos, ou finalmente proceder-se a segundo por outros mais peritos, isto é, que melhormente conheção os signaes efficientes e demonstrativos do dominio inteiro de uma parede, podendo portanto este segundo

(12) Constantia. de Stat. urb. Annot. 23, art. 1., ns. 36 e 37.

arbitramento fazer-se com peritos diversos dos que fizerão a parede controversa (13).

§ 104.

Não se podendo obter documentos ou testemunhas pelo modo sobredito, para provar a propriedade inteira de uma parede, se deve então recorrer a presumpções e signaes, e quaes sejam as presumpções jurídicas e os signaes característicos da dita propriedade é o que passo a mostrar. O Jurisconsulto Constantino, na obra e lugar citados nas notas dos dous precedentes §§ foi quem se propôz a compendiar, extrahidas de outros Jurisconsultos, as presumpções do dominio inteiro da parede intermedia, e como recopilou muitas dessas presumpções, que não se verificão entre nós, apresentarei sómente aquellas que se realisão e podem proceder na maior parte dos casos segundo os nossos costumes.

§ 105.

« A primeira presumpção é : — Que a propriedade
 « ou o dominio inteiro da parede intermedia presu-
 « me-se pertencer áquelle, por quem forão immittidas
 « madeiras furando toda a grossura da parede; a 2.^a
 « presumpção é: — Que a parede presume-se só pro-
 « pria daquelle que tem o telhado da propria casa,
 « todo fundado, collocado e descansando sobre a mes-

(13) Cit. Constantín. ns. 19 e 38; Ferr. de Nov. Oper., Lív. 2, Disc. 13, ns. 19 e 22.

« ma parede; a 3^a é: — Também presume-se senhor
 « da parede aquelle que tem nella janellas que pe-
 « netrão toda a parede, por isso que não é licito
 « abri-las assim na parede commum; comtudo esta
 « presumpção falha se por signaes se mostrar, que a
 « parede é commum; a 4^a é: — Se a parede estiver
 « furada toda com madeiras immittidas por um, e
 « furada em metade de sua grossura com madeiras
 « immittidas por outro, presume-se propria daquelle
 « que tem madeiras que furão toda a parede; a 5^a é:
 « —Que mostrando-se certamente por concludentes
 « signaes, que a parede é propria de alguém, um
 « só signal de immissão de madeiras, apresentado por
 « outro vizinho do lado contrario, não tolhe a pro-
 « priedade da parede naquelle, em favor de quem
 « existem os ditos signaes concludentes, por isso que
 « as madeiras desse, que sómente apresenta um sig-
 « nal de immissão, julgão-se immittidas por direito de
 « servidão, não provando elle, que pagou o justo preço
 « da metade da parede; mas que estas madeiras fo-
 « rão immittidas por direito de communhão e não
 « de servidão opina Honded. Cons. 80 n. 3; e que
 « dá-se a presumpção de communhão na parte da-
 « quelle que tem signaes concludentes, querem
 « Menoch.... Altograd....; mas esta opinião me pa-
 « rece, que não deve ser admittida se os signaes da
 « propriedade em favor de alguém fõrem exuberan-
 « tes, porque em tal caso não se diz a immissão feita
 « por direito de communhão... »

Sobre esta presumpção se podem colher esclarecimentos nas disposições dos §§ 35, 36 e 37 da Ord. Liv. 1.^a, tit. 68, dos quaes se deduz, que no caso de duvida, se tem parte na parede intermedia aquelle que nella madeirou, se deve presumir o madeiramento feito por direito de communhão e não de servidão; sendo que esta communhão se collige principalmente das seguintes palavras do § 36 daquela Ord.: — Que aquelle que mais baixo madeirou na parede poderá metter outras quantas traves quizer donde tiver mettidas as primeiras para baixo. Esta ampla liberdade, concedida ao que madeirou mais baixo, de metter quantas traves quizer para baixo, revela e faz presumir a communhão, porque o estricto da natureza da servidão não lhe permittiria a immissão de mais traves que as primeiras. (Veja-se o § 45 deste Tratado.

§ 106.

« A 6.^a presumpção é: — Que a parede, ou muro,
 « presume-se propria daquelle que pretende a pro-
 « priidade della, quando se mostra construida no seu
 « solo; esta presumpção se corrobora, se tirada uma
 « linha recta de outra parede parallela e propria
 « daquelle que pretende a propriedade, se mostrar,
 « que a parede controversa está na mesma rectidão e
 « nivel, porque então se diz ser a dita parede con-
 « troversa propria daquelle que tem o dominio da
 « outra no mesmo nivel; a 7.^a é: — Que presume-se a
 « parede controversa propria daquelle, que tem sobre

« ella o telhado e os beirões da sua casa estendidos,
 « não só além da parede, mas também sobre a casa e
 « telhado do vizinho; a 8ª é: — Que presume-se a
 « parede propria daquelle, com cujo telhado se acha
 « coberta, maxime quando é mais alto e mais an-
 « tigo do que a casa do vizinho. » Releva notar, que
 não se deve confundir esta presumpção com a 2ª,
 pois é claro, que conforme a architectura e construc-
 ção da casa, póde o telhado estar todo collocado e
 descansando sobre a parede, ou sómente cobri-la;
 « a 9ª é: — Que presume-se pertencer a propriedade
 « da parede áquelle que tem nella para a parte de
 « dentro da casa, no pé da parede e em solo proprio,
 « pedras sobresahidas á parede, ou armarios e copei-
 « ras feitas na parede, pois julgão-se as ditas pedras
 « postas, os armarios e as copeiras feitas para mostrar
 « o dominio da parede; mas esta presumpção e sua
 « conjectura não conclue, se constar, pelo contrario,
 « que desde o principio da construcção da parede fo-
 « rão feitas as referidas obras por pessoa diversa da
 « que pretende a propriedade da parede, porque
 « então as presumpções e conjecturas devem ceder á
 « verdade; a 10ª é: — Que a parede presume-se pro-
 « pria de alguém, quando se mostra que fez despezas
 « em preparar o proprio terreno, no qual a parede
 « está levantada, porque onde um facto requer des-
 « pezas presume-se tê-lo praticado aquelle que é obri-
 « gado a fazê-las. »

§ 107.

« A 11ª presumpção é:—Quando a parede controver-
 « sa está na mesma rectidão e nivel com o muro pro-
 « prio de alguém, e são da mesma estructura de gros-
 « sura e qualidade, e no mesmo tempo construídos, por-
 « que então presume-se própria dessa pessoa de quem
 « é o muro; a 12ª é:—Que a propriedade da pa-
 « rede julga-se pertencer a alguém, quando consta por
 « vistoria do lugar, que desde o principio da elevação
 « da mesma parede forão postos sobre ella canos para
 « receber as aguas da chuva, assim como, se na pa-
 « rede se acharem encanamentos ou outras obras
 « semelhantes que sirvão de conduzir aguas para cis-
 « terna; e se é muro, quando sobre este se acharem ar-
 « golas de ferro para sustentar parreiras ou vinhas e ou-
 « tros pesos; mas é preciso, que conste pela vistoria, que
 « as ditas obras forão feitas desde o principio da cons-
 « trução da parede ou do muro, e não depois, o que se
 « conhece por fracturas recentes que appareção na pa-
 « rede ou no muro; a 13ª é:—Que só pelo facto de sus-
 « tentar a parede ou muro tão sómente as madeiras e
 « outros pesos da casa de alguma pessoa, presume-se a
 « dita parede ou muro só dessa pessoa e não do vizinho;
 « a 14ª é:—Que pelo facto de estar colligada a pa-
 « rede com outros muros proprios daquelle que pre-
 « tende nella a propriedade, se presume ser do seu
 « dominio inteiro a dita parede, quando esta e os mu-
 « ros colligados se mostrão todos de uma só estructura

« e no mesmo tempo construidos; contudo esta pre-
 « sumpção não conclue todas as vezes que constar, que
 « o dominio e posse dos muros colligados pertencem
 « a outra pessoa. »

É preciso tambem não confundir esta presumpção) com a 11ª; ellas são distinctas, porque para a existencia e procedencia da 11ª, é mister, que a parede controversa esteja em linha recta e no mesmo nivel com o muro, embora este não esteja colligado com a parede, como póde succeder, entretanto que nesta presumpção é necessaria a colligação da parede com os muros.

§ 108.

« A 15ª presumpção é: —Que a parede presume-se
 « propria daquelle que tem nella chaminé e latrina, que
 « atravessão toda a parede, por isso que ter chaminé e
 « latrina além da metade da parede sómente compete
 « áquelle que tem o dominio inteiro della, e não
 « áquelle que tem só communhão na mesma parede; a
 « 16ª presumpção finalmente é:—Que a parede presu-
 « me-se propria do edificante quanto ao dominio inteiro
 « della, só pela posse em edifica-la, não provando-se
 « que o solo, no qual foi edificada, é proprio de outro
 « ou commum; e provado o dominio da parede em certa
 « parte, toda se presume propria quando uma e a
 « mesma parede não possa em uma parte ser propria
 « de um, e em outra parte commum ou de outro. »
 Estas são as principaes presumpções, que me pa-

recebão mais adaptadas aos nossos costumes, as quaes devem orientar o Juiz e fundamentar suas decisões definitivas nos casos occorrentes, na falta de provas legaes e plenas, quanto ao dominio inteiro da parede intermedia a duas casas; e portanto todos os Juizes de Paz e Municipaes, aos quaes competem aquellas decisões, devem instruir-se na theoria dessas presumpções, afim de nos actos das respectivas vistorias decidirem a questão pendente com acerto, e com a circumspecção e prudencia que a Justiça dellas exige. A proposito transcreverei as proprias expressões do douto Jurisconsulto Constantino (cit. Obra n. 46.)

« Ex facie loci per accessum Judicis probatur parietis proprietas. . . . Judex vero providens, et doc-
 « tus, antequam accedat ad locum differentiae, ut
 « bene possit adnotare signa proprietatis, et communis parietis, debet videre Doctores referentes
 « signa denotantia proprietatem vel communionem,
 « ad hoc ut ea in loco differentiae adnotare possit. . . . »

§ 109.

Quanto aos signaes caracteristicos do dominio inteiro da parede, estes forão recopilados de diversos Jurisconsultos Romanos por Ferreira de Nov. Oper. Liv. 4º Disc. 15 n. 5 e 6, o qual misturou e confundio os ditos signaes com as presumpções; por isto e porque muitos desses signaes não podem se verificar entre nós segundo os nossos costumes, transcrevi sómente os poucos que nos são applicaveis. 1º é — « Quando a

parede tem a inscripção ou o nome da pessoa, que a mandou construir. »

Este signal é ordinariamente collocado na parede da frente da casa, e rarissimas vezes ou quasi nunca na intermedia, que é a de que se trata; porém ainda mesmo posto na frente da casa o dito signal faz presumir a propriedade da parede intermedia em favor de quem é a inscripção, porque concorre aqui a presumpção de — quando a parede controversa está collegada com outra da propriedade de alguém presume-se do dominio da mesma pessoa (14). 2º — « Quando a parede tem figuras pintadas e esculpidas. »

Este segundo signal póde existir e apparecer, ou na parede da frente da casa, ou na intermedia controversa: se naquella, prevalece e é applicavel a razão supra do primeiro signal; se nesta, isto é, na parede intermedia, é preciso, que conste, que essas pinturas e obras de esculptura forão mandadas fazer pela pessoa que pretende o dominio e a propriedade da parede controversa (15). 3º é — « Quando se achão argolas na parede tão sómente da parte daquella que pretende a propriedade, constando que forão mandadas collocar pelo mesmo pretendente. » 4º — « Quando existem lampadas de ferro pregadas na parede só do lado do que pretende o dominio della. » 5º é — « Quando se achão na parede pedras furadas, ou concavidades arti-

(14) Cít. Constantin. ns. 33 e 34.

(15) Cít. Constantin. n. 34.

fieiras de pequeno diametro para guardar objectos do uso domestico, estando esses buracos do lado do que pretende o dominio da parede.»

Este signal é muito commum entre nós: quasi todas as casas, principalmente das villas e povoações, o tem.

§ 410.

O 6.^o signal é — « Quando na parede existem fendas e dentes de pedras ou de tijolos indicando intenção de continuar a edificação ou superedificação.»

É necessario porém, que, igualmente como nos mais casos, conste, que as ditas fendas e esses dentes de pedras ou de tijolos forão mandados conservar por aquelle que pretende a propriedade da parede controversa. Os poucos signaes que ficão transcriptos são os que achei mais apropriados aos nossos costumes; outros podem haver nas paredes, que mostrem com mais ou menos probabilidade o dominio e propriedade inteira da parede intermedia controversa; estes pertence aos peritos declararem no acto da vistoria, por serem elles nesta materia os mais competentes conhecedores dos signaes, que podem fazer crer, que a propriedade da parede questionada pertence exclusivamente a algum dos litigantes, devendo em suas informações e para consolidarem seus laudos não omittir as razões nem signal algum, que os movem a decidir-se por um ou outro litigante.

§ 111.

Ficarão já expostos nos §§ 79 e 80 os meios legítimos e legaes, de que pôde servir-se o edificante para formar o edificio da sua casa madeirando na parede alheia, se isso lhe fôr mais conveniente e commodo: esses meios, como se vê dos mesmos §§, são quatro: o consentimento voluntario do vizinho, que algumas vezes cede gratuitamente ao edificante o madeiramento na sua parede, a venda voluntaria do todo ou parte da parede, que o mesmo vizinho faz ao edificante, a venda coacta* da metade da mesma parede, mediante a competente acção judicial proposta pelo edificante, e finalmente o direito das servidões — *Tiqui immittendi* — e *oneris ferendi* — legitimamente adquirido: agora porém só tenho a acrescentar aqui quaes são as condições legaes, que o mesmo Direito Romano prescreve para na existencia dellas poder o edificante obrigar ou não o vizinho a vender-lhe a metade da parede para nella madeirar; condições estas, cujo conhecimento é indispensavel para bem se entender e executar-se o disposto no final do § 35 da Ord. Liv. 1.^a Tit. 68 nas palavras — sendo a parede para isso —, pois é claro, que se a parede do vizinho não tem construcção solida e capacidade para aguentar o peso das madeiras da sua casa e tambem da nova casa do edificante, este não pôde obriga-lo a vender-lhe a metade da dita

parede. Ou a parede do vizinho é construída e destinada para ser elevada e edificar-se nella, ou por sobre ella, e então pôde o edificante obrigar ao dito vizinho a vender-lhe a metade dessa parede para a construção da sua casa; ou não é destinada para elevar-se e constituir-se sobre ella, mas é simplesmente divisória e construída para fechar e dividir uma casa da outra, uma horta, jardim, área, ou terreno de outro, e consequentemente não pôde o edificante obrigar o vizinho a vender-lhe a metade dessa parede para sua edificação.

Esta é a regra geral: para verificar-se porém uma ou outra das duas hypotheses nella contidas, ha condições ou regras particulares estabelecidas no Direito Romano, as quaes foram capituladas pelo mesmo Constantino na precitada Obra de Stat. Urb. annot. 23; mas cumpre observar, que essas condições só tem a força de presumpções, pelas quaes só deve o Juiz decidir a questão quando não é possível provar-se algumas das referidas hypotheses com os architectos e pedreiros que fizeram a parede, ou com outros peritos na fórma do exposto no § 103.

Regras ou condições para se julgar a parede destinada para edificar ou superedificar.

§ 112.

Julga-se a parede destinada para elevar-se e edificar-se sobre ella, quando é grossa e apta para aguentar

pesos pela profundidade de seus alicerces, sobre os quaes está construída, por sua altura, e pelas obras e madeiras, que o vizinho tem na mesma parede; esta mesma condição applica-se ao caso da superedificação, quando sobre a parede os socios teem as mesmas obras e madeiras de um e outro lado.

Quando pois a parede é fraca, de mediocre altura, e não apta para sustentar pesos, não se deve sobre ella edificar nem superedificar: contudo esta condição modifica-se e não póde servir de impedimento á construcção do edificio, todas as vezes que o edificante ou o socio quer fortificar a parede de seu lado á sua custa, de sorte que sem damno do vizinho possa sustentar a superedificação (16).

Tambem se julga a parede destinada para nella edificar-se ou superedificar, quando no vertice, ou ponto superior da terminação della, existem fendas deixadas para colligar a nova parede no caso de maior elevação. Da mesma sorte se diz a parede destinada para elevar-se e sobre ella edificar-se, quando um dos dous socios, além das obras necessarias, edificou outras sobre a parede, porque em tal caso por experiencia se julga a parede destinada para elevação e edificação. Quando, apesar de exhibidas provas de pareceres dos architectos e peritos que fizerão a parede, ha duvida sobre a qualidade da mesma parede, se é

(16) Cit. Consantin. n. 168.

destinada e apta para edificar, ou simplesmente divisoria e construída para clausura, quer seja porque as ditas provas não são concludentes, quer seja porque estão em colisão com outras provas contrarias tambem de pareceres de peritos; em tal caso de duvida a decisão do Juiz deve ser em favor do que quer edificar, se este apresentar uma causa justa, honesta e razoavel para a construcção do seu edificio, mas não se constar, que a causa da edificação é injusta, caprichosa, e que o fim da construcção do edificio é um puro luxo (17). A' liberdade de edificar se deve dar toda amplitude possível pelos beneficios que dahi resultão á Sociedade, como tenho mostrado por diversas vezes; pelo que o Juiz deve ser prudente e acutelado, informando-se devida e minuciosamente, se existe da parte do edificante capricho na construcção do edificio, ou se o quer fazer por mero luxo, pois isto não é trivial, não costuma ordinariamente acontecer, e muitas vezes dessas armas póde servir-se caprichosamente o vizinho para obstar á construcção do predio.

Regras e condições para se julgar simplesmente divisoria qualquer parede.

§ 113.

Quando a uma parede commum ou a outra qualquer, não estiver adherente algum edificio, mas de uma ou

(17) O mesmo Constantin. n. 474.

outra parte della existe uma área, horta, ou outro terreno ou solo vazio sem edificio, então tal parede se julga construída só para a simples clausura, e deve ser considerada como simplesmente divisória, e não destinada para superedificar-se. Assim como se presume simplesmente divisória e só para a clausura destinada, e não para superedificar, se a parede for construída de barro fraco, ou de outra materia inconsistente, porque então é manifesto, pela fraqueza de sua construção, que não é propria para nella superedificar-se ou fazer sustentar o peso de algum edificio.

Igualmente se presume divisória a parede, se, além da fraqueza de sua construção, é baixa, porquanto as paredes ou muros simplesmente divisórios e só destinados para a clausura costumão ser fracos e baixos, isto é, de tanta altura quanta seja bastante para a simples clausura (18).

A parede não se julga destinada para sobre ella edificar-se, mas tão sómente para divisão, se sobre ella estiver algum tecto fraco, como de taboas, porque neste caso se considera isto um signal de que os vizinhos desde o principio da sua construção a destináráo para a divisão e não para ser levantada mais alto.

Do mesmo modo não se julga a parede destinada para elevar-se e sobre ella edificar-se, se no vertice della, ou ponto superior de sua terminação, existir

(18) Cfl. Constantín. n. 131, 132, e 168.

uma superfície feita á maneira das costas de um asno, isto é, tendo o ponto culminante da superfície no meio mais estreito, e nos lados mais largos e declivados.

Semelhantermente se deve julgar, se a parede tiver no vertice algum remate, como por exemplo uma corôa, figuras de pedra ou qualquer outra obra semelhante, por isso que estas cousas são igualmente signaes de que a parede não é destinada para elevar-se, mas é simplesmente divisoria (19).

Estas são as principaes condições, com as quaes se pôde sustentar, que a parede do vizinho é ou não destinada para elevar-se e sobre ella edificar-se ou superedificar; nellas deve fundar o Juiz sua decisão quando, querendo o edificante obrigar o vizinho a vender-lhe metade da parede para a construcção do seu edificio mediante a competente acção judicial, não exhibe provas plenas e sómente deduz argumentos fundados nas condições expostas e em outras, que lhe sejam analogas e possam proceder por identidade de razão, pois em materia conjectural, tal como é a de presumpções, não é possível figurar todas as hypotheses, e prevenir todos os casos occurrentes; apenas se podem estabelecer algumas regras que sirvão de bussola nas decisões judiciaes para não sacrificar-se o direito das Partes e desvirtuar a justiça.

(19) Constantín. supra, n. 140.

PAREDE COMMUN.

Como se entende e prova-se a communhão da parede, e como se poderá nella edificar.

§ 114.

De dous modos se entende ser *commun* a parede intermedia a duas casas: ou—*pro diviso*—ou—*pro indiviso*.—Se nenhum dos dous vizinhos tem immittido madeiramento algum na parede intermedia e divisoria, ou se tendo immittido madeiras, estas não penetrão mais do que a metade da grossura da dita parede relativamente á banda de cada um, julga-se neste caso a parede *commun pro diviso* (20). A parede *commun*, de que aqui se trata, é a intermedia a duas casas, ou pelo lado de dentro das mesmas, ou pelos fundos: esta ultima póde existir sem madeiramento nem alguma outra edificação, póde servir mesmo para dividir dous predios, mas ter a solidez necessaria para nella edificar-se; pelo que não se deve confundir esta parede divisoria com a que é simplesmente divisoria, de que fallei no § 113, só destinada para clausura, isto é, para fechar uma área, jardim, etc. Quando a parede intermedia é feita com iguaes despezas dos vizinhos de um e outro lado, e adquire assim cada um desses vizinhos o dominio, posto que *indiviso*, mas *in solidum*, sobre a pa-

(20) Cit. Constantin. de Stat. urb. Annot. 22, n. 84.

rede, por direito de communhão ou sociedade, julga-se a parede *commun—pro indiviso—*: entende-se tambem ser a parede *commun—pro indiviso—* quando ambos os vizinhos cada um de sua parte tem immittido traves, ou outras madeiras atravessando a parede em toda a sua grossura (21). É claro que são differentes estes dous casos, em qualquer dos quaes se pôde reputar a parede *commun—pro indiviso—*, porque no segundo caso pôde acontecer, que um só vizinho tenha feito a parede intermedia só com despezas suas, e o outro venha ao depois adquirir o direito de communhão e de madeirar na parede por compra voluntaria ou coacta da metade da mesma parede: não se deve portanto concluir só do facto de atravessarem as madeiras de ambos os vizinhos toda a grossura da parede, que esta foi construida com iguaes despezas de cada um delles. A genuína interpretação destas palavras — *pro indiviso* — applicada á parede *commun intermedia*, é, que conquanto seja indivisivel o dominio na parede *commun*, comtudo o objecto material do mesmo dominio, que é a parede, está dividido pelo facto de madeirar cada um dos vizinhos sómente em metade da grossura della: o contrario resulta da verdadeira intelligencia das palavras — *pro indiviso*, — porquanto não só se entende por ellas indivisivel o dominio da parede *commun*, como tambem o seu objecto, que é a mesma parede.

(21) Constantia. *supra*, n. 85.

§ 145.

Da mesma fórma que se prova o dominio inteiro da parede intermedia, prova-se tambem o dominio commum della, exhibindo-se documentos ou testemunhas, por onde se mostre, que a parede foi construida com despezas communs e justamente iguaes, ou que aquelle que pretende a communhão na parede comprou a metade della ao seu vizinho, legitimo dono, ou fosse a venda feita por este voluntariamente, isto é, por mutuo consenso do comprador e vendedor, ou por meio judicial, pelo qual fosse o vizinho obrigado a vender a metade da parede ao comprador edificante: como a parede é bem de raiz, para o documento da compra da metade della fazer prova legal é necessario, que seja Escriptura publica quando o valor dessa metade exceder á quantia de 200⁰⁰ rs. (22): sendo de igual ou de menor valor pôde effectuar-se a venda por papel particular. As testemunhas podem ser produzidas, ou para provar, que o direito de communhão da parede resulta do facto por ellas sabido de terem sido communs as despezas da construcção da parede, ou para provar a existencia do

(22) Pela Lei n. 840 (do orçamento geral) de 15 de Setembro de 1855, art. 11, a compra e venda dos bens de raiz, cujo valor exceder a 200⁰⁰ rs., será celebrada por escriptura publica, e por isso revogada nesta parte a Ord. Liv. 3, T. 59, que determina e obriga a fazer o contracto de compra e venda de bens de raiz por escriptura publica, excedendo a quantia de quatro mil réis; assim como está revogada a disposição do Alvará de 16 de Setembro de 1814, que triplicou a dita quantia da cit. Ord.

contracto de compra e venda da metade da parede, quando este contracto não foi reduzido a escripto, não excedendo o valor dessa metade a referida quantia de 200\$ rs., ou finalmente para provar a perda do documento, do qual constava a compra da metade da parede, ou fosse esse documento escripto particular, com que originariamente se celebrou o mencionado contracto, ou fosse Escriptura publica a que o contracto foi depois reduzido (23). Em geral requer-se, que as testemunhas sejam pessoas discretas, fidedignas e de inteira probidade, especialmente no caso da perda do documento ou instrumento comprobatorio da compra. Devem porém ser preferidos a quaesquer outras testemunhas os pedreiros e officiaes que fizerão a parede, se tiverem sciencia certa, que a parede foi mandada fazer com despezas communs, quando a questão versar sobre este modo de constituir-se a communhão.

§ 116.

Na falta de provas plenas e concludentes para mostrar a communhão da parede intermedia, se deve recorrer a presumpções, igualmente como no caso dessa falta ácerca do dominio inteiro da mesma parede. Muitas, mas equivocadas, e a maior parte infundadas,

(23) A Ord. Liv. 3, Tit. 60, § 6, admite provar por testemunhas discretas e entendidas a perda do documento ou instrumento de um contracto, mas quando é escriptura publica é preciso que tambem se tenha perdido a Nota do Tabellião.

são as presumpções que apresentam os Jurisconsultos a respeito da communhão da parede intermedia: julguei pois inutil transcrever todas, mesmo porque algumas se confundem inteiramente com as presumpções applicaveis ao dominio inteiro da parede. Escolhi portanto as que me parecerão, que manifestão o maior grão de probabilidade sobre a communhão da parede, e que mais se conformão aos nossos costumes. São as seguintes: 1^a—A parede ou muro intermedios, presumem-se communs só por isso que são intermedios enquanto não apparecem provas em contrario.—Esta presumpção é adoptada no Código Civil dos Francezes, art. 646, mas é força confessar, que é muito generica, e só poderá ter alguma força probatoria em união com outras presumpções. 2^a—Quando apparecem ou se achão na parede buracos, fracturas, e outros signaes, aonde estavão antigamente vigas, traves e outros pesos, que erão sustentados em metade da parede da parte do que pretende a communhão (24). 3^a—Quando se prova que as extremidades da parede são communs, presume-se o meio tambem commum (25). 4^a—Presume-se commum a parede quando o telhado de um vizinho está sobre a mesma parede, na qual está construido o edificio do outro vizinho (26). 5^a—Quando as janellas existentes na parede ou no

(24) Constantin. de Stat. urb. Annot. 23, art. 2, n. 109.

(25) Constantin. supra, n. 110.

(26) Bicher. Jurispr. Univ. Tom. 3, § 1027.

muro forão tapadas com despesas communs—(27). 6^a—Quando muitas janellas existentes na parede servem umas a um vizinho e outras a outro. 7^a—Quando existem armarios ou copeiras de um e outro lado da parede. 8^a—Quando existem canos, chaminé ou latrina não excedendo o meio da parede. 9^a—Quando existe algum cano, aqueducto, ou deposito d'agua para banho no meio da parede e não além. 10^a—Quando existem argolas pregadas em pedras de uma e outra parte da parede. 11^a—Quando existem lampadas de ferro de uma e outra parte da parede. 12^a—Quando em uma e outra parte da parede se achão pedras sobresahidas para sustentar vinhas ou parreiras. 13^a—Quando não concorrem nenhuns indicios do dominio ou propriedade inteira da parede em favor de nenhum dos litigantes. 14^a—Quando consta que o vizinho contribuiu para a refeição ou reparo da parede, ou mesmo para a construcção. Note-se que esta presumpção assume o character de prova quando está plenamente provada a contribuição do vizinho para a construcção ou refeição da parede, devendo essa contribuição ser justamente de metade das despesas na fórma da Ord. Liv. 1, Tit. 68, §§ 35, 36, e 37; não sendo correspondente á metade das despesas, isto é, sendo menor a contribuição do vizinho, não adquire este direito de communhão na parede, e fica sómente com o direito de repetir ou cobrar do outro vizinho as despe-

(27) O mesmo Constantin, n. 113.

zas que fez; isto por identidade de razão do direito e acção que compete áquelle que por erro pagou o que não devia, ou seja o erro de facto ou de direito (28), e não ha duvida, que o vizinho que pagou menos de metade das despezas para a construcção ou reparo da parede, persuadido de que adquiria o direito de communhão, commetteu um erro de Direito, porque, segundo o disposto na supracitada Ord., deve pagar justamente a metade daquellas despezas. 15ª — Quando a parede é edificada em solo commum presume-se tambem commum a mesma parede. 16ª — Finalmente quando a parede mais antiga era commum, a parte sobre ella accrescentada se presume commum (29).

§ 117.

Sendo incontestavel a difficuldade de julgar por presumpção, e a perplexidade, em que muitas vezes póde achar-se o Juiz para decidir as questões, que na ausencia de provas plenas, os litigantes apresentação fundadas em presumpções, ás quaes se recorre muito mais vezes neste assumpto do direito das casas, do que em outro qualquer, julguei de summa utilidade expôr aqui os principios de Direito que regulão a materia das presumpções, evitando assim o trabalho de se procurar em outro livro; e servindo ao mesmo

(28) Corrêa Telles, Doutrina das Acç., §. 250 e Nota 1.

(29) A 6ª presumpção até a 16ª forão recopiladas de diversos Autores por Ferrelra de Nov. Oper. Liv. 2, Disc. 11, n. 4 e 5.

tempo para orientar e fazer conhecer ao edificante e áquelles que teem interesses concernentes á edificação e direitos a exercer a respeito de casas, quando podem com acerto e justamente litigar, baseados em provas presumptivas.

§ 118.

As presumpções em geral tirão toda a sua força ou daquillo que costuma commum e ordinariamente acontecer — *Præsumptio ex eo quod plerumque fit* — (30) ou das disposições da Lei e do Direito; daqui vem a divisão em presumpções de facto e presumpções de Direito: estas ainda se subdividem em presumpções de Direito simplesmente tal, e em presumpções — *juris et de jure* —, isto é, de direito e por direito. A presumpção de direito simplesmente tal é a que a lei approva e determina, que seja aceita como verdade enquanto se não mostra o contrario (31).

§ 119.

A presumpção — *juris et de jure* — dá-se quando a lei manda presumir a existencia de alguma cousa, e em consequencia desta presumpção, ou com o fundamento della, determina e estabelece um direito certo em favor de alguém. São as presumpções uma especie

(30) Cujac. Paratit. no Tit. Cod. de probat, et presumpt.

(31) Boehmer. Exerc. de Collis. presumpt. C. 1, § 3.

de prova, que bem se pôde chamar subsidiaria e indirecta pela differença que ha dellas para a prova propriamente dita, porquanto esta faz-se directamente e por sua propria natureza, tal como o documento explicativo de um contracto, os depoimentos de testemunhas que relatão um facto, ou um contracto, etc., entretanto que as presumpções só fazem fô por uma consequencia tirada de outra cousa diversa, e por conseguinte só indirectamente provão em favor de quem ellas militão. Só as presumpções de facto e as de Direito simplesmente tal podem ser elididas ou destruidas por outra prova, pois as presumpções — *juris et de jure* — não admittem prova em contrario (31): são portanto as presumpções — *juris et de jure* — uma prova superior á documental, á testemunhal, e até mesmo á confissão tão preconizada pelos Autores como uma das melhores provas, pois em todas estas especies de provas se admittem outras contrarias; aos documentos ou provas litteraes se podem oppôr a falsidade, falta de authenticidade, e outras que omitto, por não pertencer esta materia ao assumpto deste Tratado; aos depoimentos das testemunhas se pôde oppôr a peita, o suborno, a alliciação, etc., e a confissão pôde ser destruida com a prova do erro que lhe deu causa, e com a de ter sido extorquida por força ou dolo.

(31) Menoch, de præsumpt. Liv. 2, Quest. 3, n. 18.

§ 120.

É pois visto que as presumpções — *juris et de jure* — teem muito maior força do que as outras especies de presumpções de direito simplesmente tal e as de facto. As presumpções de direito simples e as de facto conservão sómente a sua força emquanto se lhes não oppoem provas legitimas e verdadeiras: assim por exemplo é uma presumpção de Direito — Que se devem julgar pagos os fóros, rendas, pensões ou alugueres de casas dos annos antecedentes, ou dos primeiros mezes, quando se mostra o pagamento das rendas, fóros, etc., dos ultimos tres annos ou do ultimo mez relativamente ao inquilino (32). É outro exemplo desta especie de presumpção — Que o dominio de uma casa se presume continuado, e aquelle que algum dia foi senhor della, se presume que ainda é (33). Allegadas estas presumpções e exhibindo-se com a allegação da primeira o recibo dos ultimos pagamentos e com a da segunda o documento comprobatorio do antigo dominio, deve o Juiz decidir em favor de quem allegar as mencionadas presumpções, mas estas podem ser destruidas com outras provas contrarias, ou durante a lide, ou emquanto a sentença não passa em julgado, ou então por acção

(32) Esta presumpção é deduzida da Lei Romana. Cod. de Apoc. publ.

(33) A Ord. Liv. 3, Tit. 53, § 3, determina que o Juiz deve receber e julgar procedentes artigos, em que se allegarem direitos fundados em presumpção do dominio de uma herdade ou casa de que em algum tempo alguém foi senhor.

ordinaria dentro do prazo de trinta annos, marcado para a prescripção das acções pessoais e ordinarias, se a sentença contiver algum dos pontos de nullidade de que trata a Ord. Liv. 3, Tit. 75, pr.

§ 121.

Entendida no seu verdadeiro sentido, a presumpção — *juris et de jure* — é antes uma disposição de Lei do que um meio de prova: as principaes especies que della apresentam os Autores, são duas — a autoridade que nasce do julgado de uma sentença — e a que resulta do juramento judicial, a saber, daquelle juramento, que por falta de provas entre os litigantes, prestado por um ou outro, serve de base á decisão ou sentença do Juiz, a qual não póde ser revogada na fórma da terminante disposição da Ord. Liv. 3^o Tit. 52 § 3^o, ainda que depois apresente a parte prejudicada instrumentos ou documentos, que mostrem a falsidade do juramento em que se funda a mesma sentença. A presumpção — *juris et de jure* — que provém da coisa julgada é estabelecida pelas Leis Romanas — Lei. 25 de Stat. homin. e L. 207 D. de reg. jur.; estas leis mandão ter por verdade tudo quanto é julgado por sentença, ou fosse bem ou mal julgado, tendo a sentença se tornado irrevogavel, de maneira que contra ella se não póde apresentar prova alguma.

Parece-me porém, que estas leis se devem entender com as restricções dos casos de nullidade figurados na citada Ord. Liv. 3^o Tit. 75 pr.

§ 122.

As presumpções de facto, chamadas pelos Jurisconsultos — simples ou de homem — teem maior ou menor gráo de probabilidade quando se approximão mais ou menos á verdade, e para assim se julgar é necessario, que previamente pela observação e analyse dos factos se conheça, que aquillo que se quer dar como verdade é mais ou menos o resultado do que costuma commum e ordinariamente acontecer; estas presumpções são essencialmente fracas e falliveis, e por isto em regra uma só não pôde fundamentar direitos de partes e muito menos servir de base para as decisões judiciaes: ainda mesmo concorrendo muitas, para fazerem prova é mister, que se coadjuvem juntas de modo tal, que induzão a crer como verdadeiro o facto em questão; e assim é que se deve entender a regra de Direito — *Singula quæ non passunt, multa collecta jurant.*

Não obstante isto, pôde acontecer algumas vezes, que uma só presumpção de facto seja tão forte, que apesar de sua singularidade, ella faz prova; assim por exemplo é uma presumpção de facto muito forte a seguinte — Que aquelle que construe um edificio é para sua utilidade, commodo ou interesses — : esta presumpção só por si prova em favor do edificante, porque tem todo fundamento naquillo que costuma commum e ordinariamente acontecer, e por isso mesmo repelle a idéa de emulação, que se não presume no edificante.

As presumpções, que legitimamente não entram em alguma das mencionadas classes, devem ser desprezadas como temerarias conjecturas sem fundamento algum. No julgamento das questões sobre o dominio inteiro ou sobre a communhão da parede intermedia deve o Juiz attender muito ás distincções de presumpções de facto, de Direito simplesmente tal, e *juris et de jure*,—visto como tem ellas differente força probatoria, advertindo, que, além das presumpções que ficão transcriptas ácerca das referidas questões, podem apparecer outras fundadas nas relações ou informações dos Peritos, os pedreiros ou outros officiaes que fizerão a obra, aos quaes deve-se recorrer para verificarem-se por meio de vistoria os factos, de que resultão as presumpções.

§ 123.

Ao socio que quer edificar na parede *commun* incumbe demonstrar pelos meios legaes, que a dita parede tem a aptidão e é destinada para nella edificar-se, pois nesta questão figura como autor, e ao socio que prohibe a edificação como réo é sómente bastante negar que a parede tenha aquelle destino (34); porém uma vez demonstrado, que a parede é destinada para edificar-se, então por direito de communhão é licito edificar sobre

(34) Luc. de Servit. Disc. 6, n. 5, Richer, Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1052 e 1054.

a mesma parede, ou seja esta *commun—pro diviso—* ou — *pro indiviso* — ; mas é preciso saber, que quando a parede é *commun—pro diviso* — só é licito edificar em metade para a parte e solo do que quer nella edificar, e na dita metade da parede pôde o edificante metter traves e vigas, ainda que faça mal ao socio vizinho: pôde igualmente o socio edificante na tal parede *commun—pro diviso* — e na sua metade fazer excavação para chaminé, ou latrina, comtanto que seja essa excavação de tal grossura e largura, que della não resulte damno ao socio vizinho, isto é, que não haja fundado receio de enfraquecer-se a parede com a excavação, e venha a cahir (35), porquanto entre fazer mal ao socio vizinho e causar-lhe damno ha differença, e é, que no 1º caso o fazer mal deve-se entender a privação de alguma commodidade, mas no 2º caso entende-se sempre por damno o prejuizo ou perdas que se causão a alguém ; portanto verificado por meio de vistoria o damno imminente ou futuro, que pôde causar o socio edificante ao outro socio seu vizinho com qualquer genero de edificação na parede *commun*, pôde o dito socio vizinho obstar o seu prejuizo ou com a acção de Embargo de obra nova ou pedindo caução — de *damno infecto* — ao socio edificante.

Deve-se porém advertir, que o socio edificante deverá ser absolutamente privado de fazer obra na pa-

(35) Constantin. de Stat. Urb. Annot. 23 art. 2 n. 143, Conf. Richer. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1042.

rede commum, quando por vistoria judicial se mostrar com evidencia, que posto seja a parede destinada para edificar, é comtudo construida com fracos materiaes, ou se acha tão deteriorada, que não pôde soffrer o peso da nova edificação; e se isto se conhecer já depois de ter o edificante feito alguma obra ou mandado collocar algum peso na parede commum, deve ser obrigado immediatamente a levantar e remover o peso que houver sobre a mesma parede (36).

§ 124.

Quando a parede é commum —*pro indiviso*— e é manifestamente destinada para nella edificar-se, pôde o socio edificar sobre toda ella e immittir vigas, traves, e outras madeiras, ainda que furem toda a grossura da parede, sem que possa ser impedido pelo outro socio. A faculdade permittida ao socio para edificar na parede commum —*pro indiviso*— procede com mais força e é mais ampla do que no caso da edificação na parede commum —*pro diviso*,— pois na primeira hypothese não só pôde fazer construir o seu edificio, ainda que este faça mal ao outro socio, comtanto que seja proveitoso e de utilidade para elle edificante, como tambem pôde escurecer as luzes das janellas, que o socio vizinho tiver na parede com-

(36) Tondul. Dir. Civ. C. 88 n. 35, Pecch. de Servit. Cap. 8 Q. 4 n. 48.

mum, ou mesmo tapa-las com a elevação do seu edificio, salvo se o dito vizinho tiver em seu favor a servidão—*Luminis*—legitimamente adquirida (Veja-se o § 43), porque então entendo, que deve o edificante respeitar esta servidão, abstando-se de elevar o seu edificio tão alto, que escureça ou tape as janellas do socio seu vizinho. E posto que alguns Autores dizem, que neste caso pôde o edificante escurecer as luzes das janellas do vizinho, deixando o legitimo espaço intermedio, que entre nós é o de vara e quarta de medir marcado pela Ord. Liv. 1.^o Tit. 68 § 33, contudo esta opinião não se deve seguir, por ser absurda, visto que aquelle intersticio de vara e quarta de medir só é praticavel quando o edificante quer construir o seu edificio ou erigir uma nova casa em paredes suas proprias, e não em parede commum, sobre a qual tendo de edificar bem se vê a evidente impossibilidade de deixar o referido intersticio entre a parede commum e a nova casa; e se fosse obrigado a deixa-lo, então deixaria de edificar na parede commum, porque necessariamente havia o edificante de levantar uma parede á sua custa para sobre ella fazer o madeiramento.

§ 125.

Tambem não me parece adoptavel e digna de seguir-se a opinião de Lobão, quando diz a este respeito (§ 118 do seu Trat. do Dir. das casas), que o socio edificante não pôde com a elevação da parede commum—ta-

par as luzes que o socio recebia para outra sua casa,— porque não vejo nem se pôde figurar hypothese alguma, em que o edificante elevando a parede commum possa tapar as luzes das janellas que o socio da parede tiver em outra casa sua, porquanto a parede commum é ou intermedia a duas casas pelo outão, ou pelos fundos, para dividir uma área, um jardim, ou qualquer outro solo e terreno d'entre as duas casas, e em nenhum destes dous casos se pôde admittir, que o socio elevando a parede commum tape as luzes das janellas da outra casa do socio seu vizinho.

Exemplos tornarão isto mais claro: Supponhamos tres casas contiguas na mesma linha ou correr de uma rua, que uma seja do socio edificante e as outras duas do outro socio; supponhamos mais, que a segunda casa deste, contigua á que está edificada sobre a parede commum intermedia á casa do edificante, tem o outão mais elevado do que os telhados das outras duas casas, a saber, das duas casas do edificante e do socio, e que no dito outão ha janellas: quer o edificante levantar ou elevar a parede commum intermedia, e podendo fazer esta elevação quanto lhe aprouver, porque a liberdade de edificar não soffre limitação neste ponto (Veja-se o § 75), é evidente, que, ainda levantando a dita parede em maior altura do que a da casa do outro socio, não pôde tapar o edificante as luzes das janellas existentes na parede da outra casa do mesmo socio, pois essas janellas continuão a receber luzes pelo espaço ou vacuo, que fica entre a

parede commum elevada e a em que existem as mesmas janellas, as quaes neste caso recebem muito mais luzes do que na hypothese em que o edificante é obrigado a deixar o intersticio de vara e quarta de medir, por isso que communmente as casas teem muito maior largura do que aquelle intersticio. O que sim acontece é, que o edificante com a elevação da parede commum em igual ou maior altura do que a da parede da outra casa propria do seu socio tapa as vistas deleitaveis, que este gozava pelas suas janellas, mas isto não póde restringir a liberdade de edificar (veja-se o § 84).

§ 126.

A respeito da parede commum intermedia pelos fundos de duas casas ainda é mais claro, que o edificante com a elevação dessa parede não póde tapar as luzes de outra casa propria do seu socio, porque de qualquer dos lados que se figure contigua esta casa áquella, entre a qual e a do edificante está a parede commum, com a elevação desta em qualquer altura que seja, ficão sempre livres as luzes, que recebia a mencionada casa do socio do edificante, visto que não é possível estar ella collocada defronte da parede commum elevada; isto é tão evidente, que não é preciso exemplificar.

A faculdade de edificar o socio na parede commum —*pro indiviso*— estende-se ainda ao caso em que pela edificação cause damno ao socio, comtanto que

esse dano não seja grave, cujo conhecimento, na duvida, deve pertencer e deixar-se ao arbitrio do Juiz. Quando o socio tem alguma parte de parede sua propria edificada sobre a parede commum, póde superedificar nessa parte e eleva-la na altura que quizer, e o outro socio não o póde impedir, uma vez que sejam respeitadas as servidões deste, ou não se torne mais grave alguma servidão passiva que soffre.

Esta parte superedificada ou elevada fica sendo da propriedade particular do edificante, sem por isso perder o socio o dominio commum que tinha na parte da parede antes da superedificação, e fica-lhe além disto salvo o direito de adquirir a communhão dessa mesma parte superedificada a todo tempo que nella queira edificar, pagando a metade das despesas da construcção (37).

A unica limitação razoavel, que me parece se deve fazer á liberdade de edificar na parede commum, é quando esta está arruinada de tal maneira, que não póde supportar edificação ou superedificação, porque ainda mostrando-se, que foi para isso destinada, não deve ser elevada, e sim reparada com despesas communs, e com grossura capaz para a altura a que se quer eleva-la.

(37) Pecch. de Servit. C. 8, Q. 4, n. 21 e 30. Citado Richer. § 1045, Ord. Liv. 1, Tit. 68, §§ 35, 36, e 37.

§ 127.

Alguns Autores apresentam como limitação á dita liberdade — se para a edificação quizer o socio edificante mudar a fôrma antiga e a substancia da parede, e accrescentão, como por exemplo, se quizer engrossa-la para que possa aguentar mais peso, principalmente quando a parede tiver aquella fôrma já de muito tempo, porque então o socio edificante não pôde mudar esse estado antigo da parede, e sómente pôde reboca-la, salvo se ha convenção entre as partes para refazer a parede de outro modo, e se pender alguma questão sobre isto, deve-se deixar sua decisão ao arbitrio do Juiz (38). Esta limitação me parece que só deve proceder no caso em que da mudança da antiga fôrma da parede resulte grave damno ao socio; pois se este não se der, por arbitramento ou vistoria, não deve ser attendida tal limitação, por isso que interessa ao Estado e á Sociedade, que se reformem os edificios em boa estructura, além de outras vantagens sociaes, para ornato das Cidades (veja-se o § 56).

§ 128.

Quando o socio edificante quizer concertar a parede commum, ou mesmo reedifica-la totalmente,

(38) Pecch. supracitado, n. 32.

por estar arruinada, ou por não poder supportar o peso da edificação que pretende sobre ella collocar, e o outro socio recusa contribuir, pôde-o fazer, mas não fundado no direito que lhe dá a Lei Romana, L. 4, Cod. de Edif. privat., como diz Lobão (citada Obra § 10 e 121); a qual lei determina, que se um socio da parede commum quizer concertar ou reedificar a mesma parede, e interpellado o outro não quer concorrer com a sua parte ou metade das despesas, pôde o que quer fazer o concerto ou a reedificação fazê-las todas e requerer ao Juiz se assignem ao socio recusante quatro mezes para pagar a sua metade de despesas com os juros da mora, e não pagando, e expirado o termo assignado, seja-lhe comminada a pena de perder o dominio da sua parte da parede, ficando o socio que fez as despesas com o dominio inteiro da parede.

A referida Lei por demasiadamente rigorosa tem cahido em completo desuso, e com muita razão, porque é barbara a disposição dessa lei, prescrevendo o perdimento do dominio de um socio sobre a parede commum sómente pelo facto de recusar contribuir para o concerto ou reedificação da parede, quando aliás pôde esse socio recusante ter mui procedentes razões para fundamentar a sua recusa.

O direito pois, que hoje compete ao socio que faz todas as despesas do reparo ou reedificação da parede commum contra algum dos socios, ou o outro socio, que não quiz contribuir com a sua parte, é o

mais justo e razoavel concedido pela Lei Romana, L. 14, § 1, D. eod., a qual concede ao socio que fez toda a despeza da coisa commum o direito de reter a posse dessa coisa até ser indemnizado pelo consocio (39); por conseguinte não se deve seguir a opinião de Lobão nesta parte nem a pratica por elle ensinada no § 11 da precitada Obra, por se fundar na supramencionada Lei 4, Cod. de Edif. privat.

§ 129.

As denominações de parede commum — *pro diviso* e *pro indiviso* — são estabelecidas pelo Direito Romano: entre nós não ha lei alguma que faça a indicada distincção: a Ord. L. 1º Tit. 68, §§ 35, 36, e 37, que é a unica que trata de um dos modos de constituir-se a communhão da parede intermedia, pagando o que quer nella madeirar ou edificar metade do seu valor, não distingue quando a parede se deve reputar commum — *pro diviso* e *pro indiviso* —; entretanto como esta distincção é util para obviar questões sobre o modo de edificar-se na parede commum, deve ser adoptada entre nós. Para se dissolverem as duvidas que occorrerem, se a parede é commum — *pro diviso* ou *pro indiviso* — ha tres meios reconhecidos pelo mesmo Direito Romano, e são: 1º, se ha convenção expressa entre os socios, que a parede seja madeirada sómente

(39) Veja-se Corrêa Telles, Doutr. das Acç. § 278 e Nota 3 ao § 275.

em metade ou no todo da sua grossura; 2º, quando na falta da dita convenção expressa se puder concluir por indícios e argumentos, que a parede já fôra madeirada em metade ou em toda a sua grossura por ambos os socios; 3º, quando por costume do lugar se immittem madeiras na parede commum intermedia, ou sómente em metade ou no todo de sua grossura (40). Destes meios deve usar o Juiz para decidir as questões que se suscitarem a este respeito, devendo porém advertir, que se algum dos socios que tem uma metade divisa na parede commum quer edificar no todo pôde demandar o socio seu vizinho da outra metade para o constranger a consentir, que superedifique em toda a parede; isto por identidade de razão do direito, que a supracitada Ord. concede áquelle que nada tendo na parede intermedia pôde todavia nella madeirar, pagando a metade do valor ao vizinho.

§ 130.

Cumpra ainda observar, que devendo-se por beneficio da povoação e vantagens sociaes dar toda a amplitude possível á liberdade de edificar, deve-se por isso admittir, que o socio possa edificar ou superedificar na parede commum, ainda que esta não seja apta e destinada para isso, querendo elle fazer á sua custa as

(40) Richer, Jurispr. Univ. Tom. 3, § 1044, Pecch. de Servit. Cap. 8, Q. 4, n. 13 e 20.

despezas necessárias para tornar a parede simplesmente divisória capaz de supportar o peso da edificação: isto também por identidade de razão do que dispõe a precitada Ord. Liv. 1.^a, Tit. 68, §§ 35, 36 e 37, em favor daquelle que quer edificar na parede intermedia pagando a metade do valor della, pois tendo esta lei (dita Ord.) por fim especial promover o bem publico, que resulta do progresso da construcção dos edificios, deve ter interpretação extensiva (41).

Releva finalmente observar, que o direito que tem o socio de edificar na parede commum não se perde por ter decorrido mui longo tempo de uma construcção a outra no caso de ter sido demolida ou ter cahido a sua casa que estava sobre a parede commum intermedia, porque neste caso não corre prescripção alguma contra o socio que quer edificar, pela razão de não poder ser constrangido, nem se lhe marcar tempo para levantar a sua casa (veja-se o § 97).

No caso de se permittir, como é justo, que o socio á sua custa e só para utilidade propria engrosse a parede simplesmente divisória para nella poder edificar, o outro socio não é obrigado a pagar despesa alguma, assim como nada deve pagar quando a parede destinada para a construcção é levantada mais alto, ou engrossada por um dos socios, para sua utilidade particular; mas em qualquer destes dous casos o socio que nada pagou para a reconstrucção da pa-

(41) Assento de 22 de Março de 1786 v. Porque o bem publico, etc.

rede querendo nella edificar deve pagar a metade do valor das despesas da reconstrucção, segundo a letra e espirito da sobredita Ord. (42).

CAPITULO VII.

COMO PODERÁ O EDIFICANTE ABRIR OU FAZER JANELLAS, FRESTAS, OU SETEIRAS NA SUA NOVA CASA.

DIVISÃO 1.^a

Janellas de sobrado.

§ 131.

Sendo de sobrado a nova casa do edificante, póde elle abrir na frente e nos fundos della quantas janellas quizer, e da fôrma que lhe parecer melhor, ou para aformosear o seu predio, ou para commodidades. Esta ampla liberdade lhe é concedida pela expressa e mui clara disposiçã da Ord. L. 1, Tit. 68, § 24 (1.^a parte).

De tres modos (que são hoje os mais usuaes) póde o edificante abrir as ditas janellas no seu predio, ou com peitoril, chamado parapeito e formado da mesma parede até um terço da janella, ou com sacadas e balaustres de madeira ou grades de ferro na mesma altura de um terço das janellas, devendo-se entender por sacadas as janellas separadas cada uma com seu engradamento; ou finalmente com varandas,

(42) Peg. Tom. 6, ad Ord. Liv. 1, Tit. 68, § 38, n. 2.

as quaes tambem podem ser de madeira ou de ferro, e se distinguem das sacadas, por abrangerem em uma linha recta inteira toda a parede da frente ou do fundo da casa.

As janellas de sacadas e varandas, que sobresa-hem ao nivel da parede, como acontece ordinaria-mente, quando na frente da casa, são sempre feitas por cima do solo publico, mas quando as ditas sa-cadas e varandas são edificadas na parede do fundo da casa podem estar perpendiculares ou sobre solo proprio ou sobre solo commum. No primeiro caso deve o edificante attender se ha Posturas da Camara Muni-cipal, á qual compete a policia administrativa da respectiva cidade ou villa, na fórma do art. 5 da Lei de 15 de Outubro de 1827, e tit. 3º da Lei do 1º de Outubro de 1828, regu-lando a altura e largura das sacadas e varandas; se ha, é obrigado a cumpri-las, mandando fazer as sacadas ou va-randas da sua casa inteiramente de conformidade com essas Posturas; do contrario será processado como con-traventor e soffrerá as penas que as mesmas Posturas decretarem. Se porém não existirem Posturas das Ca-maras Municipaes providenciando nada a tal respeito, é obrigado o edificante a fazer construir suas sacadas ou varandas em altura tal, que se não tornem pre-judicises ao transito publico, impedindo a passagem de carruagens, de carros carregados, de volumes altos, bandeiras ou estandartes militares, andores nas pro-ciões solemnes, etc.; obrigação esta, que tanto mais restrictamente deve cumprir o edificante, quando a

rua ou solo publico, sobre que tiver de construir sacadas ou varandas, fôr estreita. Ainda mesmo não havendo Postura ácerca da altura das sacadas e varandas, póde a Camara Municipal, em virtude das Leis citadas, mandar demolir as que fõrem prejudiciaes ao transito publico; se não cumpre este dever, qualquer pessoa do povo é competente para levar a effeito essa demolição intentando o Interdicto — *Nequid in loco publico* —, se ainda não houver decorrido um anno; tendo passado o anno depois de feitas as sacadas ou varandas, póde usar da acção ordinaria (1).

§ 132.

Quanto á largura ou distancia das sacadas e varandas, considerada do nivel da parede para a rua ou lugar publico, é varia entre os Romanos pelos diferentes modos de interpretar as Leis a respeito, e em outras nações pelo uso e seus especiaes regulamentos (2). Entre nós não ha a respeito da largura das sacadas e varandas regulamentos especiaes decretados pelo governo, que não é competente para isso. Este objecto é de direito municipal; ás Camaras dos respectivos municipios compete na fôrma do seu regimento (Lei do 1º de Outubro de 1828) providenciar por meio de Posturas no sentido e em ordem, que

(1) Ferreir. de Nov. Oper. L. 2, Disc. 3, n. 30.

(2) Pecch. de Servit. C. 8, Q. 27, n. 10, ad leges, L. Maniana 11, L. 12, Cod. de Edific. privat.

as sacadas e varandas se fação de tal modo, que nem sejião prejudiciaes ao transito publico, nem tolhão ao vizinho de outro sobrado contiguo a vista ao longo da rua; o que é muito justo e conforme ao espirito de Direito, porque se não é permittido ao edificante construir a parede da frente da sua casa fóra do nivel da rua e da casa do vizinho, como é expresso na Ord. Liv. 3^a, Tit. 78, § 4^o, para lhe não tolher a vista, não se deve por identidade de razão permittir sacadas e varandas mais largas do que as do vizinho. A liberdade de edificar janellas de sobrado sobre rua ou solo publico, que parece permittida em toda a plenitude pela 1^a parte do § 24 da Ord. Liv. 1^a, Tit. 68, soffre ainda a restricção do § 29 desta Ord., que prohibe abrir janellas fronteiras e em direitura do portal ou das janellas do outro seu vizinho que mora na outra parte da rua. Deve pois o edificante desviar as suas janellas e portaes de modo tal, que não fiquem em linha recta aos do vizinho defronte, como é expresso no final do sobredito § 29, cuja disposição já foi devidamente interpretada, e por essa occasião emitti a minha opinião ácerca de sua inutilidade e desvantagens na pratica e execução daquelle § 29 (Veja-se o § 98).

§ 133.

Se o edificante quizer fazer construir janellas ou portas de sacadas ou varandas na parede do fundo da sua casa, e fór proprio o solo ou terreno, por

cima do qual tiverem de ser edificadas, então goza de liberdade muito mais ampla do que quando as manda fazer sobre rua ou solo publico; porque não só quanto ao numero e fórma das janellas e portaes, de que trata o supracitado § 24 da Ord. Liv. 1^a, Tit. 68 (em cujos termos implicitamente se comprehendem as sacadas e varandas), pôde mandar fazer quantas quizer e do modo ou fórma que lhe parecer, como tambem pôde alarga-las ou estreita-las conforme lhe fôr mais conveniente e commodo. A liberdade de edificar não soffre restricção alguma nesta parte. Mas se na mesma parede do fundo da casa, querendo o edificante mandar fazer sacadas ou varandas, estas devem ficar por cima de terreno commum, como pôde acontecer, então, posto que a sobredita Ord. no citado § 24 pareça só prohibir fazerem-se janellas e eirados com peitoril sobre casa ou quintal alheio, e não comprehender o caso de se fazerem sacadas ou varandas sobre casa e quintal commum, o qual não é totalmente alheio, comtudo deve o edificante deixar o intersticio de vara e quarta de medir, como é obrigado a fazê-lo quando o quintal é inteiramente alheio, porque nesta expressão—alheio—como genero está comprehendido o quintal commum como —especie— por isso que é em parte alheio.

§ 134.

Se o edificante pela planta da sua obra conhecer, que a parede do fundo da sua casa ha de ficar na extrema

do quintal alheio, ou do vizinho defronte do mesmo fundo da sua casa, e quizer na dita parede mandar edificar sacadas ou varandas, deve mandar construir essa parede do fundo em distancia tal, que dê lugar para ficar o intersticio ou intervallo de vara e quarta, o qual neste caso é indubitavelmente obrigado a deixar conforme o espirito da precitada Ord. ; devendo porém advertir, que ha de deixar o dito intersticio mandando medi-lo da extremidade da largura da sacada ou varanda, pois sobresahindo esta fóra do nivel da parede, seria illusorio medir-se o intersticio do mesmo nivel da parede; esta medição executa-se facilmente por meio de um prumo ou mesmo com uma regoa ou vara, lançando-se qualquer destas cousas da extremidade da sacada em linha recta perpendicular até encostar no chão, e dahi para diante se medirá então o intervallo de uma vara e quarta, que deve ficar entre a extremidade da sacada ou varanda e a extrema do quintal do vizinho. O mesmo deverá o edificante observar e praticar, se quizer mandar fazer sacadas no outão de sua casa sobre telhado ou casa alheia.

§ 135.

Não deixando o edificante o mencionado intersticio nos referidos casos em que é obrigado a deixa-lo, póde o dono ou socio do quintal ou casa, sobre que se edificarem as sacadas ou varandas, usar da acção de Embargo de obra nova para o fim de impedir ou fazer

remover a edificação da obra (3); se o socio do quintal commum não quizer usar desta acção, póde requerer a partilha do terreno do mesmo quintal, intentando a acção — *Communi dividundo* — ou fazer essa partilha amigavelmente com o socio edificante, mas em todo o caso a equidade e o favor da liberdade de edificar exigem, que o socio edificante fique com a sua parte do quintal contigua á sua casa (4).

§ 136.

A Ord. Liv. 1.º Tit. 68 § 32 permite áquelle que tem duas casas, uma de uma parte e outra da outra parte da rua, lançar ou madeirar com traves por cima da dita rua de uma parte para a outra e fazer balcão com sobrado ou abobada, e sobre este balcão póde fazer janellas e frestas; e que se acontecer, que uma casa da parte da rua venha a ser de um senhorio e a outra casa da outra parte de outro com o balcão ou abobada, ou metade della, ambos os donos, ou cada um delles, podem elevar as paredes do tal balcão, e cada um em sua parte poderá fazer nas ditas paredes janellas e frestas; mas permite a mesma Ord. á Camara Municipal mandar demolir (sobrevindo causa para isso) a todo tempo que quizer o referido balcão; porque por tempo algum (diz a Ord.)

(3) Ferreir. de Nov. Oper. L. 4, Disc. 6, n. 29.

(4) Guerreir. Tr. 2, Liv. 6, C. 13, n. 27.

nunca poderá adquirir posse em o dito balcão o senhorio da casa ou do mesmo balcão.

Pretendem alguns Autores, que igual permissão era outorgada pelo Direito Romano, quando se não causava com semelhante edificação prejuizo a terceiro; mas outros, como Richer, Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1058, sustentão, que conforme o mesmo Direito e segundo a genuina interpretação das Leis Romanas, não havia tal permissão de se fazerem esses celebres passadiços sobre as ruas publicas. Ou permitta ou não o Direito Romano tão exquisita edificação, o que é incontestavel é, que não deve ser admittida entre nós, assim como não o é em muitas Nações cultas, aonde se tem reconhecido os males accumulados, que produz a existencia de tão burlescos passadiços, sendo o menos grave desses males o desfigurar as ruas e privar as vistas das casas vizinhas e adjacentes a esses grotescos balcões, por isso que teem servido elles para emboscada de malfetores, de assassinos, e ladrões; e o que é mais ainda, de valhaçouto para offensa da moralidade publica no exercicio de torpezas. Felizmente a sobredita Ord. está em desuso entre nós, pois nas nossas principaes cidades e nas villas mais importantes não existem passadiços sobre as ruas publicas, á excepção do que se vê na rua Direita da Côrte do Rio de Janeiro e que faz parte do Palacio de S. M. o Imperador, o que se deve ao máo gosto da edificação antiga.

Janellas de casas terreas.

§ 137.

Da mesma liberdade, que é concedida ao edificante pela disposição do § 24 da Ord. Liv. 1ª Tit. 68 para abrir quantas janellas quizer na frente e fundo da sua casa, quando esta é de sobrado, goza elle tambem quando quer edificar casa terrea, pois é bem manifesto, que na letra do citado § 24 se comprehende simultaneamente a faculdade de abrir janellas ou edifica-las em uma ou outra das duas referidas especies de casas, bem como em qualquer outro edificio ou predio. Esta faculdade para ser legalmente exercida, a liberdade do edificante soffre as restricções decretadas na segunda parte do referido § 24 combinada com o final do § 33, e a que prescreve o § 29 da mesma Ord. A primeira das ditas restricções é, que o edificante não pôde fazer, ou mandar edificar janellas, nem frestas, sobre casa ou quintal alheio, por meio das quaes possa devassar ou descortinar o que se passa no quintal do seu vizinho, que estiver junto á parede aonde quer fazer a janella ou fresta, que pretende abrir, e a casa do vizinho. Estas formaeas palavras da precitada Ord.—sem cousa alguma se metter em meio—entendem-se pelo final da disposição do referido § 33, no qual está declarado, que esta cousa que o edificante deve deixar em meio da sua nova

casa e do quintal ou casa do vizinho é o espaço de vara e quarta de medir, de que tratei nos §§ 133, 134 e 135, e posto que o dito espaço é applicavel ao caso figurado naquelle § 33 de querer o edificante, dono de um quintal ou campo, sobre o qual alguem tiver janella ha mais de anno e dia, edificar diante desta janella, não podendo por isso levantar parede tão alta, que tape a dita janella, comtudo, isto não obsta a que se applique tambem esse intervallo, e seja o edificante obrigado a deixa-lo, no caso em que quizer edificar janellas sobre casa ou quintal alheio: não ha essencial differença entre um e outro caso, porquanto no 1º é o edificante obrigado pelo preceito da Lei a respeitar a servidão—*Luminis recipiendi*—legitimamente constituida pela prescripção do anno pretorio; no 2º tambem a Lei o constringe a evitar o devassamento da casa e quintal do vizinho (5).

§ 138.

A segunda restricção imposta nesta parte á liberdade de edificar pelo supradito § 29 é a de que tratei no § 132. Pela disposiçáo pois desse § 29 não póde o edificante edificar ou mandar abrir janellas e frestas em linhas rectas e direitas do portal, ou das janellas, ou das frestas do outro seu vizinho defronte, cuja casa fôr tambem terrea, pois se fôr de sobrado não me parece exe-

(5) Peg. Tom. 6, ad Ord. Liv. 4, Tit. 68, § 24, n. 4.

quível a prohibição, porque sendo o pretendido fim desta evitar o devassamento da casa do vizinho do lado opposto da rua, tal devassamento se não dá do pavimento terreo para o do sobrado. Não descubro muito fundamento na primeira restricção, porque coarctando a liberdade natural de edificar não produz inteiramente o resultado nem preenche o fim que teve em vista a Lei, o qual é evitar o devassamento da casa ou quintal do vizinho, por isso que ainda o edificante deixando o intersticio de vara e quarta, não se evita o devassamento do dito vizinho. Este para evita-lo de todo pôde fazer um muro em igual ou maior altura das janellas, e para usar deste direito, que não lhe pôde ser contestado, será muitas vezes obrigado a fazer uma despeza enorme; comtudo a dita primeira restricção ainda pôde justificar-se com a razão do favor dos edificios em vantagem da Sociedade, porque dado este remedio legal de recuar o edificante a parede do seu edificio, na qual quer abrir janellas sobre casa ou quintal alheio, terminão-se questões, e a edificação continúa. Ainda ha outra razão dada por Ferreira de Nov. Oper. L. 2 Disc. 8 n. 4, e é, que havendo muitas janellas abertas nos predios, estes se tornão mais claros e arejados em beneficio da saude dos seus habitantes. É uma justa razão de medicina legal (6). Sem duvida tambem com este fundamento decretou o

(6) Confira-se Paul. Zacch. Questões Medico-legal. L. 5, T. 4, Q. 5, n. 11.

Cod. Civil dos Francezes L. 2 tit. 4, art. 678, igual restricção. A segunda restricção decretada no § 29 da Ord. Liv. 1º Tit. 68 é quanto a mim injustificavel, e já dei as razões disso.

§ 139.

Deprehende-se claramente do § 24 da predita Ord., que ella suppõe propria do edificante a parede que deve recuar para deixar o intervallo de vara e quarta quando nella quizer edificar janellas sobre casa, campo, ou quintal alheio (Veja-se o § 124 segunda parte); assim como deve ser proprio do mesmo edificante o terreno em que quer edificar a casa, e por consequente tambem o dito intervallo de vara e quarta (Veja-se o § 43 in fine), devendo-se entender neste caso por terreno proprio do edificante aquelle em que tem dominio pleno ou inteiro, ou sómente posse, ou finalmente, em que obteve preferencia legal para edificar no caso de ser commum, empregando-se as palavras — terreno seu proprio—em contraposição ao do vizinho.

Daqui se originão duas questões: a primeira é que usando a citada Ord. Liv. 1º, Tit. 68, § 24, das palavras — sobre casa ou quintal alheio — e parecendo que só obriga a deixar-se o intersticio de vara e quarta, quando se quer fazer janellas sobre casa, campo, ou quintal alheio, o que fará o edificante quando a casa, ou quintal fôr commum? a segunda é que se depois de decorrido muito tempo, ou tempo tal, que, em falta de

provas, documentos ou testemunhas, não conste, que aquelle que fez as janellas deixou o intersticio da largura de vara e quarta, nem ha algum signal de divisão ou demarcação, que denote a existencia desse intersticio em favor do que fez as janellas ou dos seus herdeiros, como se decidirá a quem deve pertencer o espaço intermedio á parede das janellas e á casa ou quintal do vizinho, o qual espaço apenas se suppõe ser o intersticio legal?

§ 140.

A solução da primeira questão está no exposto dos §§ 133 e 135, no primeiro dos quaes fica rectamente interpretado a este respeito o § 24 da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68, e no segundo vê-se o remedio prescripto por Direito, e de que pôde usar o socio do quintal commum requerendo a partilha do terreno desse quintal por meio da acção — *Communi dividundo* —, da qual pôde igualmente usar o socio edificante, se não quizer, ou não lhe fôr conveniente, deixar o intersticio de vara e quarta, pois esta acção compete igualmente a qualquer dos socios da coisa commum (7). Na segunda questão é a posse que decide: se o proprietario da casa ou predio, em cuja parede estão as janellas, possui o espaço ou terreno contiguo á mesma parede, presume-se, que o dito terreno é

(7) Corrêa Telles, Doutr. das Acç. § 275, L. 4, pr. D. Com. Div.

seu; mas se quem está na posse deste é o vizinho, então deve presumir-se, que as ditas janellas foram edificadas e abertas por direito de servidão, e não porque o edificante ou o dono das casas quando mandou fazer as janellas deixasse o questionado espaço (8). E' a posse que deve decidir esta e outras semelhantes questões, porque é principio legal e de Direito, que — o possuidor presume-se senhor da coisa possuida (9).

§ 141.

Uma outra questão ainda se suscita a respeito da obrigação de deixar o intersticio legal de vara e quarta de medir, e posto que por sua natureza e pela especie, sobre que versa, facilmente se poderia decidir pelo que fica dito anteriormente ácerca do dito intersticio, comtudo para remover e cortar toda a chicana e alicantina, com que se possa argumentar e prevalecer em caso occorrente, resolvi apresentar a indicada questão, a qual é a seguinte :

Se o proprietario de uma casa terrea ou mais baixa do que a de seu vizinho, em cujo outão ou parede existe alguma janella, querendo levantar a dita casa é obrigado a deixar o sobredito intersticio, ou se pôde levantar a sua casa tão alto, que prive da luz a dita janella?

(8) *Pecch. de Servit. C. 8, Q. 5, n. 12.*

(9) *L. 16, Cod. de Probat. L. fin. Cod. de reivind.*

Segundo os termos por que é proposta esta questão, é claro, que a sua solução está na letra e disposição do § 33 da Ord. Liv. 1.º Tit. 60; não obstante os Autores se dividem em duas opiniões oppostas: os que opinão affirmativamente, que o dito proprietario pôde levantar a sua casa e tapar a janella do vizinho sem ser obrigado a deixar o interstício, restringem o citado § 33 dizendo, que as janellas recebem luz, não do ar de cima do telhado das casas, sobre o qual estão abertas, mas sim dos quintaes ou campos immediatos, e que portanto a disposição daquelle § 33 não procede nem é applicavel ás janellas que estão por cima dos telhados dos vizinhos, das quaes não trata (10).

§ 142.

Os que seguem a opinião negativa, que o edificante ou o proprietario da casa mais baixa não pôde levanta-la tão alta, que tape a janella do vizinho, sustentão com argumentos mui procedentes, que o referido § 33 se deve ampliar tambem ao caso das janellas que estão sobre telhados dos vizinhos, mas o principal argumento que produzem e que termina a questão é, que se deve attender, se o dono da janella tem em seu favor a servidão — *Luminis recipiendi* — legalmente constituida ou pela prescripção do anno e dia, de que trata o § 33 da supradita Ord. ou por algum outro

(10) Desta opinião é o Prax. Barboza á mesma Ord. e dito § 33.

modo legal (Veja-se o § 32): se está a dita servidão assim constituída, fica inquestionavel, que o dono da tal casa mais baixa não póde levanta-la na altura de tapar a janella do vizinho, porque é principio de Hermeneutica juridica, que prevalece e é sempre exequivel a disposição da Lei em todos os casos aonde se dá a mesma razão. A razão fundamental da disposição do § 33 da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68 é, que aquelle que adquirio a servidão —*Luminis*— pelas janellas de sua casa fica com direito de receber luz por ellas emquanto não perde esse direito; logo prohibe todo e qualquer caso, em que se der a privação da dita luz, e ninguem póde negar de boa fé, que na hypothese, de que se trata, o dono da casa mais baixa levantando-a sem deixar o intersticio priva a luz do vizinho, porque infallivelmente tapa-lhe a janella.

§ 143.

Além das duas restricções legaes, que soffre a liberdade de edificar janellas, e que ficão expostas nos §§ 137 e 138, ainda ha duas admittidas pelo Direito Romano, as quaes, entendo, que não devem ser acci-tas e praticadas entre nós, não só porque temos Lei expressa a este respeito, citada Ord. Liv. 1.^o Tit. 68 §§ 24, 25, 29, e 33, e por consequinte não precisamos do auxilio do Direito Romano nesta parte, como tambem porque são essas restricções destituidas de fundamento segundo o meu pensar. Sem embargo disso as apresento para que se tenha conhecimento dellas e se jul-

gue o acerto ou desacerto da minha opinião. A primeira dessas duas restricções é, que não se devem fazer janellas (seja qual fôr o espaço intermedio) defronte das Igrejas, de maneira tal, que daquellas se possa ver o interior destas (11). Uma tal restricção, se não é um absurdo, é uma completa necedade: abundo em razões para o demonstrar, mas é cousa tão intuitiva, que me escusa a demonstração: limitar-me-hei pois a simples considerações. Se a tal restricção tem por fim, como parece, evitar o devassamento dos Templos, é inteiramente inutil, porque a palavra devassar refere-se a casas particulares em que se presuppõem segredos, e estes não existem nem devem existir na Igreja, que é a casa de Deos, casa de orações, que deve ser franqueada a todos os fieis por qualquer maneira que seja. Não devo entrar na questão, que se move em relação a este objecto, — se os donos ou moradores das casas fronteiras ás Igrejas cumprem ou não com o preceito ouvindo Missa dessas casas, porque é objecto de Theologia, estranho ao assumpto deste Tratado, e não sou professional em materias theologicas: accresce, que se encararmos a sobredita restricção pelo lado de ser indecente orarem os moradores dessas casas de suas janellas olhando para o interior da Igreja, ainda é inadmissivel a mesma restricção, porque isto, longe de ser opposto á Religião, é ao contrario muito

(11) Luc. de Servit. Disc. 16 e 17, Constantin. de Stab. urb. Annot. 24, art. 1, n. 74.

conforme com ella, pois todos que elevão suas preces a Deos com as vistas nos Templos e olhando para as Imagens sagradas sentem, que sua fé se reanima, e que a esperança do bom acolhimento de suas orações cresce, tal é o effeito prodigioso do culto externo.

§ 144.

A outra restricção, que admite o Direito Romano, é, que não é permittido a alguém mandar edificar janellas em sua casa—por emulação,—sem necessidade e só para descobrir o interior do quintal, ou da casa do vizinho (12); e isto é determinado com tanto rigor, que ainda querendo o edificante deixar um interstício ou espaço qualquer, não lhe é licito mandar edificar janellas quando se dá o caso de emulação. Já tive occasião de pronunciar-me contra semelhante restricção—de emulação,—quando tratei das restricções geraes da liberdade de edificar, e pelas razões que expendi, e que me parecem incontestaveis, deve ser totalmente desattendida e proscripta do nosso Fóro.

§ 145.

Sem embargo de quaesquer restricções, ainda mesmo as legaes prescriptas nos §§ 24, 29 e 33 da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68, póde o edificante exercer a liberdade natural de edificar, e especialmente a faculdade de

(12) Citado Constantin. Annot. 23, art. 4, n. 60.

fazer janellas, em toda a sua plenitude, ou perdê-la inteiramente, por pacto ou contracto feito com o vizinho, em virtude do qual este lhe concedesse ou o pleno direito de abrir ou mandar edificar janellas sobre sua casa, quintal, ou campo, sem deixar o interstício de vara e quarta e sem obrigação de desviar as suas janellas das fronteiras da casa do vizinho; ou pelo qual o edificante se obrigasse a nunca fazer janellas para o lado do mesmo vizinho.

Este pacto é lícito e válido, porque a Lei o não proíbe, e tem seu fundamento na liberdade civil, a qual consiste em poder fazer o cidadão tudo aquillo que a Lei não reprova.

Deve ser muito explícito para evitarem-se duvidas futuras; e pôde-se contractar o numero ou quantidade das janellas que deve fazer o edificante, o qual não deve exceder a este numero, e se o fizer, pôde ser embargada a obra das janellas excedentes pelo vizinho(13). Pôde-se igualmente contractar, que a permissão de fazer janellas sem restricções, ou a prohibição de não as fazer o edificante para o lado do vizinho, seja temporaria, ou sómente limitada ás suas vidas ou a certo numero de annos maior ou menor. Se não houver esta declaração no contracto, este obriga a todos os successores das duas casas do edificante e do vizinho (14);

(13) Ferreira de Nov. Oper. L. 2, Disc. 8, n. 47.

(14) Luc. de Servit. Disc. 12, n. 13, Mend. P. 2, L. 1, C. 2, n. 132.

assim como se não fôr muito expresso e claro sobre certas clausulas e condições interpreta-se por conjecturas e tradições (15).

§ 146.

Os Jurisconsultos figurão fóra de contracto, outro caso, em que o edificante pôde perder a faculdade de fazer janellas, ainda deixando o intersticio de vara e quarta : este caso é— quando se prova, que o edificante tentando fazer janellas sobre casa, quintal, ou campo do vizinho, foi por este prohibido, e depois da prohibição decorrerão 10 annos estando ambos presentes no lugar e comarca em cujo solo são sitas as casas, ou 20 annos estando ausentes e fóra da mesma comarca.

Deve-se porém advertir que a prohibição do vizinho só procede e será attendida, quando o edificante quizer fazer janellas sobre a casa, quintal, ou campo do mesmo, sem deixar o intersticio legal de vara e quarta de medir, pois se o deixar não é licita e admissivel a prohibição. Passado o dito tempo de 10 ou 20 annos é que não pôde o edificante fazer janellas sobre a casa ou quintal alheio, ainda querendo deixar o mencionado intersticio (16), precedendo áquelle tempo a prohibição do vizinho.

(15) Constantin. de Stab. urb. Annot. 23, n. 62.

(16) Stryk, Vol. 14, Disp. de Jur. Servit. præd. T. 2, § 13, Citado Ferreira, n. 40.

§ 147.

Pela Ord. Liv. 1.^o Tit. 68 § 27 está prevenido um caso especial a respeito da servidão — *Luminis* — que o vizinho do edificante pôde adquirir pela janella, que tiver em sua parede sobre asinhaga ou becco tão estreito, que não passe de quatro palmos; existindo, ou tendo alguém uma janella nestas condições, diz a citada Ord. « não poderá o outro vizinho alçar-se tanto, « que lhe tolha o lume da dita janella, mas poder- « se-ha alçar até direito della, em modo que lhe não « tolha o lume, e mais não. »

E' justa a prohibição decretada pela disposição da dita Ord., porque reconhecida a necessidade de serem claras e arejadas as casas de habitação, deve a Lei prevenir os casos possiveis, em que se pôde dar a privação da luz e ar para as casas. Collige-se das palavras desta Ord., que a servidão — *Luminis* — é estabelecida em favor daquelle que tem janella sobre um becco de quatro palmos de largura, logo que é edificada a janella, e independente do lapso de tempo de anno e dia de que trata o § 33 da mesma Ord.; o dono da janella pôde pois oppôr-se á elevação e parede fronteira mais alta do que a janella, desde que esta fôr aberta e edificada.

Tambem se deduz da mesma Ord., que se o becco tiver maior largura de quatro palmos, pôde o vizinho de frente da janella levantar a sua casa mais alta do que essa janella e tolher-lhe a luz; mas a respeito desta

illação diz o Praxista Ferreira, que a concede, se essa maior largura fôr igual á de vara e quarta de medir que prescreve o supracitado § 33 (17). E' razoavel e conforme ao espirito da Lei esta interpretação de Ferreira, porque se o fim da disposição do § 27 daquela Ord. é constituir a servidão — *Luminis* — em favor do dono da janella, e pela estreiteza de quatro palmos do becco, prohibe ao vizinho levantar parede mais alta para não escurecer a luz da mesma janella, segue-se, que qualquer largura maior dos quatro palmos, que tenha o becco, não dá direito ao vizinho para levantar sua casa mais alta do que a janella: é pois justo, que só o possa fazer quando essa maior largura dos quatro palmos fôr igual á do intersticio legal de vara e quarta: o becco, de que trata a Ord., é em solo publico e de serventia ou transito publico.

§ 148.

Quanto ao modo de deixar o intersticio supramencionado, convém observar, que o edificante só é obrigado a deixa-lo (nos casos em que lhe é imposta esta obrigação) quando quer edificar defronte da janella, que adquirio o direito de receber a luz do espaço que fica por cima da casa, ou do quintal e campo do vizinho; portanto, querendo-se edificar dos lados da dita janella, cessa a obrigação de deixar o intersticio de vara e

(17) Ferreira de Nov. Oper. L. 2, Disc. 9, n. 12.

quarta, porque, segundo o espirito da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68 § 24, e muitos casos julgados, a luz se recebe de frente e não dos lados (18).

Note-se mais, que o prazo de anno e dia, que exige a citada Ord. §§ 25 e 33 para constituir a servidão — *Luminis recipiendi* — e a obrigação de deixar o edificante o interstício querendo edificar na frente da janella, só deve correr contra as pessoas emancipadas pela idade de 21 annos ou por outra maneira legal, e é preciso ainda, que essas pessoas não tenham em seu favor algum justo impedimento que lhes obstasse opporem-se á obra da janella, e que esta fosse feita á sua vista e face; por consequencia não corre o dito prazo ou a prescripção de anno e dia contra os menores, os quaes teem em seu favor a restituição *in integrum* (veja-se o § 65), nem tambem contra os filho-familias a respeito dos bens adventicios, os quaes são aquelles que o filho adquire estando debaixo do poder de seu pai por titulos gratuitos ou meramente lucrativos, sem emprego de trabalho, taes como doações, legados, etc. (19) Nestes bens teem os filho-familias a propriedade, mas enquanto estiver debaixo do poder do pai, este tem o uso e fructo de taes bens, e portanto não póde esse filho, tendo a propriedade de um predio adquirido por meio adventicio, usar da accção competente contra

(18) Peg. Tom. 6, ad Ord. L. 1, Tit. 68, § 24, n. 15, 19, 20, e 21.

(19) Ord. Liv. 4, Tit. 97, § 19.

o que sobre o telhado, quintal, ou campo desse predio, abrir ou edificar janellas indevidamente, salvo se o pai a intentar como seu legitimo administrador, sendo que a omissão do pai deixando de intentar a acção não prejudica o indulto, que a Lei concede ao filho, de sómente correr contra elle a prescripção depois de emancipado e de ter sciencia da edificação das janellas; antes da emancipação legal está justamente impedido.

§ 149.

Em regra de Direito não corre a dita prescripção contra todos aquelles que estão juridicamente impedidos para intentarem a acção contra a obra das janellas, porque nestas pessoas não se pôde presumir consentimento para a abertura ou a edificação de janellas em lugar em que não deverião ser feitas sem o edificante deixar o legal intersticio de vara e quarta; passado o tempo do impedimento principia a correr a prescripção do anno e dia, o qual deverá ser contado do dia da emancipação do menor, ou da rehabilitação do impedido para os actos da vida civil, ou do dia da sciencia e conhecimento que tiverem da edificação das janellas. Esta doutrina se acha consignada nos codigos civis da Prussia P. 2 L. 3 Tit. 5 art. 1 § 23, e dos Francezes art. 2252, e é a mesma decretada pelo Direito Romano (20), por isso nos é subsidiaria, por ser

(20) *Dnno. de Prescript. P. 3. C. 1 e seguintes, L. Et si Praetorem § Si feriat ff. Ex quibus Caus.*

caso omissão na legislação e Direito patrio a respeito de edificação.

§ 150.

Finalmente observarei, que os menores e os filhos-familias não estão em todo caso impedidos legalmente para accionar contra a indevida edificação de janellas sobre telhado, quintal, ou campo de seus predios e casas, pois que podem esses predios ser adquiridos por elles por meio das letras, isto é, do seu trabalho intellectual como litteratos, ou pela carreira das armas como militares, e nesses predios, que se chamão em Direito —bens castrenses— quando adquiridos pela milicia, e —quasi castrenses— quando por meio das letras, tendo elles pleno direito de propriedade e podendo dispô-los livremente (21), é claro, que figurão como maiores e pessoas emancipadas para providenciarem ácerca dos prejuizos, que occorrem sobre taes bens, e por consequencia podem intentar as acções competentes para obstarem á edificação de janellas ou as fazerem tapar, se fôrem abertas sobre telhado, quintal ou campo de suas casas, que fôrem adquiridas pelos mencionados meios; mas é preciso, que os referidos menores e filhos-familias sejam maiores de 14 annos para poderem legitimamente demandar e intentar as ditas acções, assim como é exigida

(21) Ord. Liv. 4, Tít. 97, § 18.

essa idade para fazerem testamento desses bens castrenses e quasi castrenses (22).

§ 151.

Tratão ultimamente os Jurisconsultos de uma questão a respeito das janellas em geral, tanto de sacadas de sobrado como de peitoris e janellas ordinarias de casas terreas, que se edificação e abrem sobre telhado, quintal, ou campo do vizinho; e é esta questão a seguinte — Se ha direito de obrigar o dono dessas janellas a pôr-lhes grades ou de páo ou de ferro quando se verificação prejuizos reaes ou mesmo possiveis do vizinho por meio daquellas janellas? Estes prejuizos os reduzem os mesmos Jurisconsultos principalmente aos seguintes: 1º, lançamento de immundicias no telhado, campo, ou quintal do vizinho, por essas janellas; 2º, possibilidade de por as ditas janellas entrar-se na casa do vizinho; 3º, quando se puder facilmente descer pela janella para o telhado, ou quintal do vizinho, sendo baixa a janella, evitando-se neste caso com o engradamento da janella dissensões, traições, seducções, e discordias. Esta questão é a meu ver ociosa, e não póde ser admissivel entre nós. Primeiramente porque a janella ou janellas adquirindo o direito da servidão—*Luminis*—, em consequencia do qual não se póde edificar defronte dellas, ou seja essa servidão obtida pela prescripção do anno

(22) Ord. Liv. 4, Tit. 81 pr. e § 3.

pretorio, ou por contracto havido entre as competentes partes, ou por deixar o edificante o interstício legal, goza o dono dellas do direito perpetuo da servidão, que não póde ser restricta com o engradamento, ainda que se dê a realidade ou possibilidade dos referidos prejuizos. Em segundo lugar, porque não havendo lei expressa entre nós, nem em todo o Direito Romano, que obrigue o dono da janella a grada-la para evitar, que alguém desça ou lance por ella immundicias, ou mesmo qualquer cousa para a casa ou quintal do vizinho, é claro, que não existe tal direito de obrigar o dono de uma janella que tem em seu favor a servidão—*Luminis*—legitimamente adquirida, a grada-la, privando-se de grande parte da luz, cuja totalidade tem direito incontestavel de receber pela aquisição da dita servidão. Nem se diga, como querem alguns Autores, que neste caso se deve recorrer aos usos e costumes das nações, que admittem o engradamento das janellas para evitar prejuizos, porquanto taes costumes só poderião prevalecer entre nós em falta absoluta de legislação, que prevenisse e providenciasse ácerca dos sobreditos prejuizos. Para evita-los ou obstar á continuação delles ha dous meios legaes, ou levantar o dono do campo ou quintal um muro (Veja-se o § 138), ou recorrer ás leis criminaes, Codice Criminal, que pune a entrada na casa alheia sem licença de seu dono, e o damno causado com culpa, artigos 209, 210, 266 e 267.

§ 152.

Para acabar com dissensões e discordias, ahí está o artigo 12 § 2º do Código do Processo Criminal, que se deve entender combinado com o artigo 111 do regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842; e para prevenir as traições ou a protenção de commetter algum crime, ha tambem a disposição do § 3º do referido artigo 12 do Código do Processo Criminal, que igualmente se deve entender de accordo com o artigo 112 do mencionado regulamento. Se não ha direito de obrigar o dono das janellas lucernaes a grada-las, muito menos ainda para o obstar a tirar as grades, que voluntariamente tiver mandado pôr em suas janellas por commodidade; pôde as mandar tirar a todo tempo que não lhe fôrem mais convenientes, e ninguem o pôde impedir.

DIVISÃO 3ª.

Frestas e Seteiras.

§ 153.

Muito manifesta é a differença, que faz a Ord. Liv. 1º Tit 68 § 24 entre frestas e seteiras: pelas expressões deste § se conhece, que as frestas entrão no numero das janellas e se fazem com portaes: são porém janellas pequenas segundo a significação do termo—fresta—e a respeito dellas tem o edificante e o seu vizinho os mesmos direitos e obrigações que a respeito das sacadas e outras especies de janellas; o primeiro para as fazer edificar na frente, fundo, e lados ou outão da sua nova casa, e o segundo para as

impedir quando illegalmente construidas, ou abster-se de impedir quando o edificante cumpre as obrigações legais ou contrahidas por contracto quanto ao numero e modo de edifica-las. Estes direitos e obrigações reciprocas do edificante e do vizinho não só emanão da disposição mui clara do citado § 24, como tambem da do § 29 da mesma Ord. Liv. 1.^o Tit. 68, donde se vê, que o edificante pôde abrir e fazer edificar na frente da sua casa—frestas—contanto que não o faça em direitura e linha recta ao portal das janellas e frestas do seu vizinho da outra parte da rua. As essenciais differenças de fresta á seteira são as seguintes: primeira, a que se deduz do final do referido § 24 nas palavras —E assim poderá fazer na sua parede sobre o telhado, ou quintal de outrem, seteira, pela qual sómente possa ter claridade; — palavras estas que ao mesmo tempo que dão ao edificante a ampla faculdade de fazer seteira na sua parede sobre o telhado ou quintal do vizinho sem deixar o intersticio legal de vara e quarta, o obrigão a evitar todo o devassamento da mesma casa e quintal do vizinho fazendo seteiras de maneira tal, que sómente obtenha por ellas claridade para sua casa e não dê lugar ao devassamento.

§ 154.

A segunda differença é deduzida tambem das ultimas palavras do mesmo § 24, das quaes se mostra que as seteiras não podem obter em seu favor prescripção alguma, seja qual fôr o tempo que estiverem feitas,

e por isso póde o edificante tapa-las levantando seu edificio junto á parede, em que estiverem as seteiras, sem que possa ser impedido pelo vizinho ou dono dellas, o que não póde fazer com a fresta da casa do mesmo vizinho, que fôr legalmente edificada; a terceira differença é, que sendo as seteiras por sua natureza mui estreitas para sómente dar claridade, se costumão fazer sem portaes, tanto porque não os admite, como porque daria lugar a questões, se alguém quizesse abrir seteiras em sua parede com portaes, ainda que fossem muito estreitas, porquanto podia o dono do telhado, casa ou quintal, sobre o qual se pretendesse abrir taes seteiras, qualifica-las —frestas— e impedir sua abertura.

§ 155.

Teem-se occupado os Jurisconsultos com a futil questão de determinar a significação da palavra —seteira. —Uns a denominação—gateiras,—isto é, buracos por onde entrão e podem entrar gatos; outros dizem, que é um buraco de meio palmo de largura, e de dous de comprimento ou altura; recorrem finalmente á etymologia da palavra, e dizem que seteira vem de seta, e era antigamente o buraco feito no muro ou parede das casas, pelo qual se atiravão setas, e por onde hoje se atira com espingardas e outras armas de fogo. E' isto muito usual nas casas do centro do nosso paiz; mas é sem duvida, que não é destas seteiras de que trata o § 24 da Ord. Liv. 1º Tit. 68, pois falla de se-

teira para ter claridade; é por isso inútil uma tal questão, e nem para se entender e cumprir o dito § 24 nesta parte é necessário definir o que é seteira, uma vez que está determinado, que seja uma abertura tal, que sómente se possa ter claridade, por exemplo para o interior de uma sala, de um quarto etc., e não se possa por essa abertura botar a cabeça para descortinar o quintal do vizinho, nem lançar lixos e outros objectos immundos sobre o telhado e quintal alheio. Esta é a genuína interpretação do espirito do precitado § 24, devendo-se finalmente advertir, que o rigor da estreiteza da seteira é sómente exigido pelo lado exterior da parede; pelo lado interior pôde-se dar mais largura e altura para espalhar a luz que se recebe pela mesma seteira (23).

§ 156.

Não me parece justa a doutrina ensinada pelo Praxista Ferreira de Nov. Oper. Liv. 2, Disc. 8, n. 48 e 50, quando diz que fazendo o dono de uma parede um numero determinado de — seteiras — não pôde depois amplia-las augmentando o numero ou fazendo mais seteiras, doutrina esta que é seguida por Peg. Tom. 6 á Ord. Liv 1^o Tit. 68 § 24 n. 111, 114 e 125, dizendo, que o vizinho pôde impedir a multiplicação das seteiras antes de passado um anno; porquanto o mes-

(23) Peg. Tom. 6, a Ord. Liv. 1, Tit. 68, § 24, n. 13.

mo Ferreira (citada obra Disc. 8, n. 12 e 27, Disc. 9, n. 29, e Disc. 10, n. 15) segue a opinião, que é permittido ao que tem janellas sobre casa, campo ou quintal alheio, augmentar o numero dellas, se por essas novas janellas não se descobrir mais do que se descobria e devassava pelas antigas, e que o vizinho não póde impedir o augmento dessas janellas: esta opinião seguem outros Autores. Entretanto ha uma differença immensa entre um e outro caso, pois só por sophisma se póde negar, que fazendo-se mais janellas sobre a casa ou quintal do vizinho, não se dá maior devassamento, e as seteiras feitas na conformidade da lei não dão lugar absolutamente a devassar-se o quintal do vizinho, ainda que seja augmentado ou multiplicado o numero dellas, sendo aliás incontestavel, que pelo augmento das seteiras se augmenta a claridade do interior das casas e se recebe mais ar e freseura em beneficio da saude dos habitantes (veja-se o § 138 in fine), accrescendo ainda, que não adquirindo as seteiras prescripção em tempo algum a favor do dono dellas (veja-se o § 154), nenhum prejuizo causa a sua multiplicação á nova edificação que o vizinho queira fazer junto á parede aonde estão abertas as seteiras. Não se deve pois adoptar semelhante doutrina no nosso Fóro, tanto mais porque me parece, que jámais se póde ella deduzir da disposição do § 24 da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68, que permite a livre e ampla faculdade de fazer seteiras sem restricção de numero e impedimento do vizinho; e uma pratica, que não nasce da expressa determinação da Lei,

ou não se póde deduzir do seu espirito, não se deve seguir nem observar.

CAPITULO VIII.

MODO LEGAL DE FAZER O EDIFICANTE EM SUA NOVA CASA EIRADO OU VULGARMENTE —TERRAÇO—, AGUAS-FURTADAS, BEIRAES, COZINHA COM SEUS ACCESSORIOS, BEM COMO CHAMINÉ, FOGÃO, E FORNO; E BEM ASSIM O DE FAZER LATRINA, CLOACAS, POÇO OU CISTERNA.

DIVISÃO 1ª.

Eirado ou terraço e aguas-furtadas.

§ 157.

Este vocabulo — eirado — de que usa a Ord. Liv. 1º Tit. 68 § 24, e que equivale entre nós a —Terraço,— é o que entre os Romanos se chamava —solario— : quanto á construcção ou edificação desse antigo solario dos Romanos, é entre nós a mesma que entre elles, pois costumavão construi-lo na summidade das casas ou parte mais elevada dellas, do mesmo modo que hoje o fazemos, mas essa construcção entre os Romanos tinha um fim positivo, porque era feita, collocada e accommodada para gozar-se o calor do sol, e dahi lhe veio o nome de solarío (1); no que difere dos nossos eirados ou terraços, cujo destino não

(1) Lei 16, ff. de Servit. urb. Pecch. de Servit. C. 8, Q. 30, n. 3.
D. P. 11

é gozar-se o calor do sol, e sim principalmente desfructar vistas apraziveis e a frescura da tarde ou da noite. Entre os Romanos, pela lei *ex quo pace*, Cod. de edific. privat., ninguem podia fazer construir solario em sua casa para a do vizinho, quintal ou atrio, sem deixar o intervallo de dez pês entre o mesmo solario e a casa ou quintal do vizinho; mas entre nós não é exequivel esse interstício do Direito Romano, porque temos lei expressa, que é a citada Ord. § 24, em cuja disposição se estabelecem duas hypotheses a respeito da edificação de eirado ou terraço, as quaes são as seguintes: Ou o edificante quer fazer eirado ou terraço na sua casa com peitoril, ou sem elle: se quer fazer com peitoril, e junto á parede aonde se ha de construir está alguma casa ou quintal alheio, então, para não devassar a casa ou quintal alheio ou do vizinho, é obrigado o edificante a deixar o intersticio de vara e quarta de medir determinado no § 33 da mesma Ord. L. 1^o Tit. 68, mas cumpre advertir, que o dito intersticio póde ser deixado de dous modos, ou recolhendo o edificante as paredes do terraço e contando ou medindo o intersticio da extrema da casa ou quintal do vizinho para o centro do seu terreno ou solo da casa; ou então medindo o intersticio da parede que está junta á casa ou quintal do vizinho tambem para o centro do solo da sua casa, e onde terminar a medição de vara e quarta, ahí deverá fazer edificar os peitoris do seu terraço.

Se porém o edificante não quer fazer peitoril no seu terraço, este pôde ser edificado em toda a largura do solo da casa, mas para livrar-se da obrigação de deixar o interstício de vara e quarta, deverá mandar fazer a parede junto á casa ou quintal do vizinho tão alta, que ninguém se possa nella encostar para ver a casa ou quintal do mesmo vizinho. No caso de querer o edificante mandar fazer o eirado ou o terraço da sua casa com peitoril e deixar o interstício de vara e quarta para o lado da casa ou quintal do vizinho, tem o direito de mandar construir o dito peitoril em altura tal, que sobre elle se possa recostar e reclinar, pois neste caso tem o edificante sobre o peitoril do terraço um direito igual ao que lhe compete para reclinar-se e gozar das vistas das janellas que manda edificar em sua parede sobre casa ou quintal alheio deixando o interstício legal. Querendo porém fazer o terraço em toda a largura do predio, está determinado e decidido por casos julgados que a parede que deve fazer para o lado da casa ou quintal do vizinho (quando o edificante não quer deixar o interstício de vara e quarta) deve ser da altura de sete palmos, que é a altura ordinaria de um homem (2); assim considera-se licito este modo de construir o ei-

(2) Peg. Tom. 6 á Ord. L. 1 Tit. 68 § 24 n. 93 e 104.

rado ou terraço, embora se possa sobre um banco collocado no mesmo terraço devassar a casa ou quintal do vizinho; a esta circumstancia ou caso particular não attendeu a lei (citada Ord.), pois sómente teve em vista prohibir o devassamento do vizinho de modo ordinario e natural, determinando e obrigando o edificante a fazer uma parede tão alta, que ninguem naturalmente se pudesse nella reclinar para ver a casa ou quintal do vizinho; este e as pessoas de sua familia sendo incommodados na livre serventia do seu quintal com frequentes devassamentos praticados por abuso de subidas sobre a parede do terraço, pôde usar do recurso do termo de bem viver contra o morador da casa do mesmo terraço, pois em tal caso lhe é applicavel a disposição do § 2º art. 12 do Código do Processo Criminal, combinado com o art. 111 do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, como offensor e perturbador da paz das familias.

§ 159.

È sem contestação que na palavra — eirado — empregada no § 24 da Ord. Liv. 1º Tit. 68 estão implicitamente incluídas as — aguas-furtadas — que vulgarmente se chamão — solãos —; e portanto o mesmo direito que rege e regula a edificação do eirado ou terraço deve regular a das aguas-furtadas ou solãos; differem as aguas-furtadas do eirado sómente em que

este é construído sem tecto ou telhado, á excepção de um ou outro caso, em que se edificação com tectos de vidros sobre columnas; as aguas-furtadas são sempre cobertas com tecto e edificadas com janellas na mesma summidade, ou parte mais alta das casas. Se pois o edificante quer fazer construir aguas-furtadas ou sotãos no seu predio, no abrir e edificar janellas sobre casa ou quintal alheio deverá proceder destas duas maneiras. Querendo fazer as aguas-furtadas ou sotão de toda a largura do solo do predio, e abrir janellas na parede que fica junto á casa ou quintal do vizinho, poderá elevar a dita parede na altura que quizer, mas deve abrir as janellas com peitoril tão alto, que sobre ellas não possa se reclinar alguém para devassar a casa ou quintal do vizinho; ao qual, no caso de abuso de devassamento por subidas no dito peitoril, compete o mesmo direito do termo de bem viver que é permittido ao vizinho do eirado ou terraço.

§ 160.

A segunda maneira de fazer as aguas-furtadas ou sotãos é a seguinte: Póde o edificante recolher para o centro as janellas que haverião de ficar sobre a casa ou quintal do vizinho até onde terminar o espaço de vara e quarta de medir contado da extremidade do telhado da sua casa; póde então edificar as janellas licitamente com peitoril de tal altura, que qualquer pessoa adulta possa nella reclinar-se e encostar-se. Por iden-

tidade de razão qualquer outra construção semelhante ao eirado, ainda mesmo separada do prédio, que se queira fazer no quintal em fôrma e altura de sobrado, e pela qual se possa devassar a casa ou quintal do vizinho, está sujeita ao mesmo direito que regula a edificação do eirado; por conseguinte se essa construção, como por exemplo um caramanchão ou barração assobradado para recreio, se estender até a extremidade do quintal do mesmo vizinho, deve-se-lhe pôr um peitoril alto, pelo qual se não possa naturalmente devassar o quintal do vizinho; se porém se edificar o tal caramanchão afastado pelo espaço de vara e quarta, cessa a obrigação de levantar peitoril alto (3). Às Camaras Municipaes na fôrma do seu regimento compete determinar por meio de suas posturas o lugar menos perigoso e menos deforme em que na summidade das casas se podem edificar aguas-furtadas ou sotãos; algumas Camaras tem decretado posturas neste sentido. Pela portaria de 6 de Junho de 1851 houve por bem Sua Magestade o Imperador approvar a postura seguinte da Ill^{ma} Camara Municipal do Rio de Janeiro: « Não é permittido edificar sotãos nos predios da cumieira para frente. »

A estas e outras semelhantes posturas é o edificante obrigado a conformar-se.

(3) Peg. Tom. 6 & Ord. Liv. 1^a Tit. 68 § 124 pag. 83 n. 85.

Beiracs e biqueiras dos telhados.

§ 161.

A liberdade que tem o edificante para fazer os beiracs da sua nova casa é mais ou menos restricta e limitada, segundo a especie de solo ou terreno sobre o qual houverem de ficar pendentes os mesmos beiracs. Para edificar os da frente da casa, e por conseguinte sobre rua ou terreno publico, tem o pleno direito de os mandar fazer da maneira que lhe fôr mais conveniente, ou fazendo que as aguas da chuva caião na rua pelas biqueiras do telhado da sua casa, ou tomando essas aguas por canos que as despejem na rua, ou por qualquer outro modo; pois tem ampla faculdade para as fazer conforme o costume geral (4). Esta liberdade pôde ser restringida por dous modos, ou quando ha posturas das Camaras Municipaes determinando a maneira e a fôrma de se fazerem os beiracs, ou quando o edificante faz lançar todas as aguas de sua casa e telhado para a rua por meio de calle ou canos tão longos, que sahindo muito fóra na rua, cause damno aos que passão pela rua, ou ao vizinho (5).

(4) Ferreir. de Nov. Oper. L. 2 Disc. 11 n. 31.

(5) Ord. Liv. 1ª Tit. 68 § 40.

§ 162.

Os beiraes que o edificante tem de fazer do lado de detrás do telhado da sua casa podem ficar pendentes, ou sobre terreno seu proprio, ou alheio, ou commum. Se o terreno é proprio do edificante tem este inteira liberdade para mandar edificar os beiraes como quizer, e fazer cahir as aguas da chuva no seu solo do modo mais commodo; não devendo porém encanar as aguas de tal fórma que assim conduzidas vão damnificar o predio do vizinho; porquanto é regra geral de Direito, que a todos é licito e concedido edificar livremente no que é seu, comtanto que não arroguem e prejudiquem o alheio. Para evitar o damno que as aguas dos beiraes, ainda mesmo não encanadas, podem causar ao vizinho, deve o edificante sobre o terreno deixado para receber as ditas aguas mandar fazer um rego ou vasante, pelo qual lhes dê direcção pelo seu solo e não vão prejudicar ao vizinho, cujo solo se presume livre de toda a servidão; não procedendo assim o edificante tem o vizinho o direito de requerer ao Juiz para que por seu arbitrio, mediante o parecer de Louvados, seja o edificante obrigado a deixar o terreno necessario no seu solo para a recepção das aguas dos beiraes, e a fazer o rego de evacuação das mesmas aguas (6). Cumpro

(6) Pecch. de Aqued. L. 2 C. 9 Q. 19 n. 17 e 29.

porém advertir, que cessa a dita obrigação do edificante mandar fazer o rego para dirigir as aguas pelo seu solo, quando o solo e predio do vizinho estão em posição inferior relativamente aos do edificante, que estão em sitio superior ou mais elevado, porque então está constituída pela natureza a servidão da passagem das aguas do predio superior pelo inferior (veja-se o § 37); mas esta mesma servidão natural se deve entender em termos habeis, de maneira que a passagem das aguas da chuva não damnifique gravemente ao vizinho, pois se este por vistoria mostrar um tal damno, pôde obrigar o dono do predio superior a desviar as aguas, ou então as repellir por meio de diques, ou enfim usar da acção competente.

§ 163.

Se é alheio o solo, sobre o qual devem cabir as aguas dos novos beiraes, o que pôde acontecer pelo lado dos fundos da casa, estando contiguo á extremidade do solo della um terreno alheio, então, segundo a regra geral — que ninguem tem direito de edificar no solo alheio sem consentimento expresso ou tacito por acquiescencia do seu dono, e por conseguinte de fazer tambem beiraes para descarregar as aguas do seu telhado sobre o atrio ou predio do vizinho, não pôde o edificante fazer licitamente os beiraes da sua nova casa sobre o solo alheio, senão nos seguintes casos: 1º obtendo o consentimento do dono do solo;

2º adquirindo o dominio da parte do solo, que lhe fôr necessaria, para nella cahirem as aguas dos beirae por titulo de venda voluntaria do mesmo dono do solo; 3º enfim demandando o vizinho para o obrigar a vender-lhe a servidão da parte do solo que fôr sufficiente para fazer sobre ella cahirem as aguas dos beirae. (Veja-se o § 39).

§ 164.

Sendo commum o solo sobre o qual devem ficar pendentes os beirae, então deve o edificante, ou o seu consocio, usar dos remedios de Direito expostos nos §§ 135 e 140. Se, não usando de algum desses remedios, o edificante fizer beirae sobre o solo commum ou alheio, á vista e face do consocio ou vizinho, sem que estes contradigão ou embarguem a obra, esta não deve demolir-se, mas é obrigado o edificante a indemnisar o consocio ou vizinho (veja-se os §§ 54 e 65, cuja doutrina é applicavel neste caso tambem ao consocio). Fazendo o edificante os beirae clandestinamente, compete ao vizinho ou consocio o Interdicto —*Quod vi ad clam* (7) (veja-se o § 66). Quando o edificante deixa em seu solo uma porção de terreno para nelle cahirem as aguas dos beirae da sua nova casa, aconselhão os Jurisconsultos, que para conservar o dominio dessa porção de terreno deve o edificante por

(7) L. 2 § 1 ff. de Rer. diver.

cautela deixar na parede uma pedra sobressahida em toda a extensão da largura do terreno deixado (8). Se por falta deste signal do dominio do dito terreno, entrar em duvida se este pertence ao dono dos beirões, ou ao vizinho, e não concorrerem presumpções legítimas e jurídicas para a decisão desta questão, deve ser então decidido pela posse do terreno (9). (Veja-se o § 140 2ª parte.)

DIVISÃO 3ª.

Cozinha, chaminé, fogão e forno.

§ 165.

É a cozinha uma parte integrante das casas, e segundo o costume geral é construída nos fundos: a sua edificação está sujeita ás mesmas regras e leis que a edificação da casa em tudo que lhe é applicavel, e por isso nada é preciso dizer a respeito da edificação da cozinha considerada relativamente á sua construcção; sómente advertirei, que a restricção do disposto no § 29 da Ord. Liv. 1ª, Tit. 68, que prohibe ao edificeante abrir ou edificar portas e janellas em linhas rectas ás portas e janellas do outro vizinho defronte, não deve ser applicada nem executar-se tal disposição no caso de acontecer, que as portas e janellas das cozinhas hajão

(8) Pecch. de Servit. C. 8 Q. 5 n. 15, Ferr. de Nov. Op. L. 2 Disc. n. 29 no fim.

(9) O mesmo Pecch. de Servit. C. 4 Q. 23 n. 30.

de ficar fronteiras ás portas ou janellas de outro vizinho do fundo da casa, pois aquella Ord. estabelece a dita prohibição sómente no lado da frente da casa e em rua publica.

Quanto porém nos accessorios da cozinha, chaminé, fogão e forno, os Jurisconsultos a respeito deste objecto escreverão mais do que era necessario, de maneira que em lugar de esclarecerem a materia, a obscurecerão com argumentações accumuladas e mesmo contradictorias. Esforcei-me pois para delles extrahir o que ha de solido e claro estabelecido em Direito a respeito de edificar chaminé e forno, e que nos é mais applicavel em falta de legislação patria; e é o que passo a expôr.

§ 166.

Occupão-se os Jurisconsultos mais dos effeitos nocivos que podem causar a chaminé, fogão e forno, do que de sua construcção e edificação, da qual seria mesmo incurial e ocioso tratar pela simples razão de que nem por Direito nem por Lei se póde prescrever e determinar que na construcção ou edificação de quaesquer obras se empreguem estes ou aquelles materiaes, que não existem em toda a parte, e nem se póde sempre ter á disposição. Assim pois as Leis Romanas, L. 8, § 5 e 6, ff. Si servit. vindic., L. 13, ff. de servit., L. 24, § 7 ff. de Damn. infect. só tratarão de prevenir e scautelar os effeitos prejudiciaes, que podem produzir a chaminé, fogão e forno da cozinha, e os consi-

derarão principalmente debaixo de tres pontos de vista: 1º, pelo mal e prejuizo que o fumo da chaminé, fogão e forno fazem ao vizinho; 2º, pelo perigo de ruina das paredes contiguas; 3º, pelo receio de incendios nas casas vizinhas. A respeito do mal que pôde causar o fumo do fogão ao vizinho é preciso fazer duas distincções: 1ª, se o fogão tem ou não chaminé; 2ª, se está ou não constituida a servidão de fazer passar ou dirigir o fumo da cozinha para a casa e quintal do vizinho, de maneira que não só o incommode e prejudique a sua casa, tornando-lhe negras as paredes, como tambem lhe cause damno ás frutas de sua horta ou flores do seu jardim. Se o fogão não tem chaminé, e alguem faz em sua cozinha fogo costumado e moderado tanto quanto exige o uso da casa ou da família, e o fumo sahido desse fogo vai incommodar o vizinho, ou mesmo prejudica-lo, este deve soffrer o incommodo por um direito de vizinhança, e não pôde prohibir, ainda que não esteja constituida a servidão, porquanto é um direito que exerce o dono da cozinha, e na fórma das Leis Romanas, L. 9 § 4 ff. de Condict. Caus dat., e Lei 129 ff. de Reg. Jur.—aquelle que usa do seu direito não faz injuria nem prejuizo a ninguém. Se está constituida a servidão de fazer passar o fumo moderado da cozinha para a casa ou quintal do vizinho, então não padece duvida, que o vizinho nenhum direito tem de prohibir.

§ 167.

A mesma doutrina é applicavel ao fumo moderado que possa prejudicar ao vizinho, quando esse fumo nasce do forno que alguém edifica dentro da cozinha da nova casa para o uso da familia, pois é equiparado ao do fogão sem chaminé (10). Mas esta liberdade natural que tem o dono da cozinha para mandar fazer fogo no fogão e no forno dentro da mesma cozinha, restringe-se pelo Direito Romano nos seguintes casos: 1º, se o dono ou pessoa da casa a que pertence a cozinha acintosamente e para affligir o vizinho faz um fogo immenso, donde resulta uma quantidade de fumo extraordinaria, que incommode muito mais o vizinho; 2º, quando se deitar a queimar no fogo materias fetidas, taes como pedaços de couros, ossos, palha molhada ou feno, etc., de sorte que se maltrate com esse máo cheiro o olfato do vizinho; este tem então o direito de fazer impedir e cessar o seu incommodo, salvo se já está constituida por tal modo a servidão de fazer fogo e fumo (11); 3º, quando alguém faz em sua casa forno, cujo destino não é o uso domestico, e sim é fabricado para cozer mercadorias de negocio, pão, pasteis, etc.; 4º, finalmente, quando o fumo do fogão ou do forno entra em algu-

(10) Stryk de Jure Servitut. prædial. hodiern. Tit. 20 § 20 e de Jure, Furnorum Vol. 3 Disp. 14 C. 2 n. 73.

(11) Stryk supra de Jure Servit. C. 2 n. 10.

ma igreja (12). Todos esses inconvenientes e prejuizos resultantes do fumo do fogão e do forno da cozinha, se evitão por meio de chaminé ou tubo mais alto do que o telhado do vizinho: a estes pertence o direito de obrigar o dono da cozinha a fazer assim a chaminé, requerendo ao Juiz competente vistoria com arbitrio de peritos (13). Presentemente entre nós rara é a questão a respeito de incommodo de fumo das cozinhas, porque todas as casas das grandes cidades e da maior parte das villas tem chaminé.

§ 168

Quando se quizer fazer forno tambem na cozinha se deve fazer junto do fogão, de maneira que uma só chaminé sirva para levar o fumo de ambos. Pela Lei Romana, L. 44, ff. de Injur., era permittido ao vizinho incommodado com fumo copioso da cozinha do outro vizinho, ou com o fumo emanado de materias fetidas, a acção de injuria: a qual Lei não póde ter execução entre nós por termos Legislação Criminal, e a meu ver não estão previstos estes casos no nosso Cod. Penal, pois debaixo da epigraphe — Injurias — de que trata o dito Cod., Secção 3^a do Capitulo 2^o art. 236, não descubro nas hypotheses dos §§ deste artigo applicações aos sobreditos casos, a menos que se não

(12) Peg. For. Tom. 6 C. 153 tot.

(13) Ferr. de Nov. Oper. L. 2 Disc. 12 n. 15.

queira forçadamente os comprehender na ultima especie dos tres modos de injurias figurados no § 5º do citado art. 236. Pelo que julgo mais acertado, que o vizinho incommodado com o fumo pelo sobredito modo use do recurso do termo de bem viver contra o autor do incommodo, bem entendido se não estiver constituída a servidão de se fazer fogo e fumo por semelhante modo e com taes materias. Esta servidão, assim como a de fazer chaminé na parede commun á vista e face do consocio, constitue-se legitima e juridicamente pelo lapso de dez annos, não contradizendo nem embargando o mesmo consocio, o que se deve entender se houver receio de arruinar-se a parede com a excavação (14).

§ 169.

Quanto aos outros damnos que podem causar os fogões e fornos arruinando as paredes contiguas, ou incendiando as casas vizinhas, taes damnos só se devem temer quando os fogões fõrem feitos com fornhalhas, as quaes são abertas do lado de fóra das paredes da cozinha, e quando os fornos são edificados fóra da cozinha, no quintal, ou em alguma área, e é neste sentido que os Jurisconsultos se occupão em estabelecer regras para evitar os referidos damnos.

Querem uns que as fornhalhas e os fornos devem

(14) Pechi. de Servit. C. 8 Q. 38 n. 13.

estar separados das paredes, cercas e de quaesquer outras cousas que sirvão para dividir as extremidades dos quintaes pelo espaço de seis pés, para que as chaminas das fornalhas e fornos não torrem e arruinem as paredes contiguas ou tabiques de divisão, ou não produzão o incendio (15). Outros dizem, que é bastante que o espaço de separação da fornalha ou forno da parede ou cerca do vizinho seja de dous pés e até de um, quando não ha perigo de ruina ou de incendio (16). Pelo Direito da Saxonia o forno deve distar das paredes ou cercas do vizinho o espaço de tres pés. O Cod. Civil dos Francezes, art. 674, obriga a deixar a distancia que os Regulamentos particulares prescreverem para evitar os prejuizos que aos vizinhos podem causar os fornos feitos nos quintaes ou áreas do outro vizinho. Estas opiniões e qualquer outro direito devem cessar e não ter execução entre nós á vista das Leis Romanas seguintes: L. 8, § 1, ff. Si Servit. vind. (já citada no § 166), L. 15, ff. de Servit. urb. præd., e L. 19, § 1, ff. de Servit. urb., as quaes de accordo com as outras leis tambem mencionadas no dito § 166, dispõem, que se deve inteiramente prohibir a edificação de forno defronte da parede do vizinho quando se mostra, que é bem fundado o receio de incendio, ou quando a parede ou muro do vizinho é tão fraco, que póde arruinar-se; isto mostra-se por meio de vistoria;

(15) Leyser. Jus Georg. L. 3 C. 16 n. 24 e 25.

(16) Pecch. de Servit. Cap. 8 Q. 39 n. 6 e 7.

estas disposições são das LL. 8 e 15; a Lei 19 porém determina, que, não obstante, qualquer pessoa pôde edificar forno junto de parede ou muro do vizinho construindo uma pequena parede ou muro bem grosso entre o forno e a parede, muro ou cerca do vizinho, comtanto que não fique pegada á parede do mesmo vizinho. Parece-me que por estas Leis estão sufficientemente acautelados os prejuizos de ruina das paredes e casas vizinhas, e que portanto devem ser adoptadas e executadas entre nós como Direito subsidiario. Por identidade de razão quem quizer fazer cozinha com fornhalha defronte da parede do vizinho deve fazer a referida parede grossa, que exige a sobredita Lei para a edificação do forno.

§ 170.

O que fica dito nos §§ antecedentes ácerca da edificação da chaminé, fogão e forno, é exequível, quando a parede em que se colloca a chaminé é propria do edificante, e tambem proprio o solo em que se edifica o forno fóra da cozinha, mas se tanto a parede como o solo fôrem communs do edificante e do vizinho, então varia o Direito que regula a edificação na parede e solos communs, e a liberdade do edificante é muito restringida. Já mostrei no § 123, com a autoridade de Constantino, que é licito ao edificante fazer chaminé na parede-commun com as limitações expostas no dito §, ás quaes ainda o mesmo Constantino no lugar citado na nota 35 do dito § 123 (n. 194) acrescenta a

seguinte limitação— « Se a parede ou muro commum
 « fôr tão grosso que possa nelle fazer-se a excavação
 « para a chaminé, que não exceda a metade da parede.
 « Pelo contrario se o muro ou parede fôr tão fragil ou
 « construido de materias taes, que se possa temer que
 « seja abrasado. »

No caso de ser a parede commum fraca e insufficiente para poder-se nella edificar chaminé, tem o edificante o remedio exposto no § 130, o qual é engrossar ou ratificar a parede á sua custa. A Lei Romana L. 27, § 10, ff. Ad. Leg. Aquil. permite a edificação de chaminé na parede commum mais facilmente do que a faculdade de fazer forno junto á parede commum, com a mesma restricção de não poder-se fazer chaminé na dita parede sendo esta fraca ou susceptivel de incendiar-se, e de não fazer-se a chaminé além da metade da parede, quando é solida e sufficiente para a excavação. Esta lei deve ser cumprida entre nós em falta de outra legislação.

§ 171.

A questão da edificação do forno em caso de communhão póde dar-se, ou quando o forno se faz ou só se pretende fazer em solo commum ou junto á parede commum. Para o primeiro caso de se fazer ou se pretender fazer forno em solo commum ha a Lei Romana L. 28 ff. Comm. Divid., a qual tem sido interpretada por dous modos pelos Jurisconsultos: dizem uns, que a dita Lei obsta, que o socio edifique forno

no solo commum, quando com justa causa o outro socio prohibe a edificação, porque então é melhor a razão do que prohibe, principalmente se no solo commum não ha lugar proprio para fazer forno, por estar por exemplo plantado de arvores de fructo, etc. Outros porém sustentão a opinião ou interpretação contraria como mais conforme á equidade, fundados na razão que o socio na cousa commum póde edificar, ainda sem consentimento do outro socio, quando a edificação lhe é proveitosa, e não causa damno ao dito seu socio, e daqui concluem, que o socio póde edificar forno no solo commum, ainda que este esteja plantado, ou occupado pelo outro socio com qualquer outro genero de industria, uma vez que o socio edificante possa achar no mesmo solo commum um lugar, onde faça o forno sem impedir ao outro socio o uso do solo, quando ainda não occupado por elle, ou não impeça a edificação do forno o exercicio da industria do outro socio, ou que finalmente o forno não cause damno aos seus fructos sendo a dita edificação de proveito e utilidade ao socio edificante (17). Nesta materia é o arbitrio do Juiz, tomado sobre vistoria do lugar, que deve decidir as questões que occorrerem.

§ 172.

No segundo caso da edificação do forno junto á

(17) Stryk Vol. 3 De Jure Furnor. Disp. 14 C. 2 n. 77, Leyser, Jus Georg. L. 3 C. 16 n. 25.

parede commum dispõe a supracitada Lei 27, § 10, ff. Ad Leg. Aquil., que é permittida a dita edificação, comtanto que o edificante acautele o damno futuro, se effectivamente houver temor desse damno, assim como é obrigado a indemnisar o damno causado ao outro socio. Além desta lei ha ainda a Lei Romana L. 13, ff. de Servit. urban. præd. e tambem a L. 19 ff. de Servit. urb. já citada no § 169, as quaes determinão, que se a parede commum fôr fraca, e apenas idonea para o uso a que foi destinada, por exemplo para fechar um quintal, uma horta, etc., e concorrerem outras circumstancias dos lugares, e das casas contiguas, pelas quaes se conheça, que ha grave damno imminente em edificar o forno junto á parede commum, deve-se denegar esta faculdade. Vê-se pois, que a execução das referidas leis depende de circumstancias e condições, que devem ser apreciadas pelo Juiz por meio de vistoria e arbitrio ou parecer de Louvados para poder decidir os casos occorrentes. A precitada Lei 13, ff. de Servit. urban. præd. admite para a edificação do forno junto á parede commum convenção entre os socios, na qual pôde haver consentimento expresso ou annuencia do socio do edificante mesmo depois de feito o forno.

§ 173.

Se o edificante sem attender ao perigo de incendio, e a qualquer outro damno grave, ou sem obter o consentimento do outro socio, tentar fazer forno junto á

parede commum, pôde ser prohibido pelo seu socio com o Interdicto da Nunciação de obra nova : isto tem lugar, se o forno ainda não estiver acabado, porque estando concluido, a acção que resta ao dito socio é a de pedir caução — *damni infecti* — : assim determina a Lei Romana L. Ex hoc jure. Alguns Jurisconsultos, como Pecchio (18), teem entendido, que a cautela exigida pelas supracitadas leis para evitar o incendio ou grave damno ao socio na edificação do forno junto á parede commum se satisfaz construindo o socio edificante uma parede grossa unida á commum, porém que não fique ligada nella, de maneira que quando se derrube a parede commum fique existindo a outra, e então ao pé desta se poderá fazer o forno licitamente. É a mesma cautela e precaução que estabelece a Lei 19, § 1, ff. de Servit. urb. no caso da edificação do forno junto á parede toda do vizinho ; e assim deve o edificante observar, e fazer a referida parede grossa entre o forno e a parede commum, querendo junto á esta edificar forno, pois existe a mesma razão de temor de damno e de incendio em um e outro caso.

DIVISÃO 4ª.

Latrinas e cloacas.

§ 174.

A palavra — latrina — é derivada do verbo latino — *lateo* — que significa estar occulto ou secreto : é a

(18) Pecch. de Servit. C. 8 Q. 39 n. 4.

latrina nas casas uma edificação com as accommodações necessarias para todos descomerem ou desonerarem o ventre, e tambem serve para despejo de cousas sor-didas: em razão de sua etymologia e do seu fim se dá á latrina vulgarmente o nome de — Secreta, — e Com-mua —; com esta significação é conhecida de todos. Não é duvidoso, que qualquer que edifica uma casa nova pôde na sua parede e em terreno seu proprio fazer — latrina —: esta faculdade é sómente limitada, quando da má construcção das paredes que formão o depósito da latrina resulta o prejuizo ou damno de humedecer-se a parede contigua do vizinho (19). Se as ditas paredes da latrina já estão feitas, e por vis-toria se conhece a sua má construcção, tem o vizinho dono da parede contigua o direito de pedir caução — de damno infecto. — Quando porém a construcção da latrina, além de sua contiguidade á casa do vizinho, é tão irregular e mal feita, que o má cheiro pôde infeccionar o ar e prejudicar a saude dos vizinhos, estes podem obstar á sua edificação com a acção de Embargo de obra nova, que se deve admitir tambem neste caso pela generalidade da Lei Romana L. 1, § 16, D. de oper. nov. nunt., a qual permite intentar a dita acção por tres causas — para conservar o nosso direito — para repellir o damno — e para defender o direito publico — (isto é, que pertence a todos). Desta

(19) Pecch. de Servit. C. 8 Q. 37 ns. 1, 21 e 23, Constantin. de Stat. Urb. Annot. 23 art. 2 n. 204.

opinião é Stryk no seu Tratado de Jure Sens. Dissert. 5, de ollact. C. 3, n. 17 e 25.

§ 175.

Entra porém em duvida e discutem os Jurisconsultos a questão, se póde-se fazer — latrina — na parede *commun*. Os que seguem a opinião affirmativa distinguem a parede *commun* — *pro diviso* — da — *pro indiviso* — e dizem, que sendo a parede *commun* — *pro diviso* — póde-se permittir a edificação da latrina, se a metade da parede pertencente ao socio que quer edificar a latrina tem a grossura sufficiente, de maneira que a humidade das cousas sordidas lançadas na latrina não offenda ou arruine a outra metade do consocio; mas que se a parede fôr *commun* — *pro indiviso* — não se deve conceder tal faculdade, salvo se a parede não é destinada para edificar (20). A mesma opinião adopta Constantino de Stat. Urb. Annot. 23, art. 2, n. 143, como mostrei no § 123. Outros porém abração a opinião contraria em toda a sua extensão, e dizem, que absolutamente não se deve permittir a edificação de latrina na parede *commun* (21).

Finalmente esta questão de se permittir ou não a edificação de latrina na parede *commun* e mesmo na propria é considerada tambem debaixo do ponto de

(20) Citado Pecch. n. 25.

(21) Conf. Richer. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 4019.

vista da medicina legal, e se pelos principios e regras desta se mostrar, que a edificação da latrina no lugar ou sitio, onde se a pretende collocar, póde por suas fetidas exhalacões infeccionar o ar e prejudicar a saude dos vizinhos, deve ser inteiramente prohibida (22). Sendo porém já antiga a latrina, ou estando constituida a servidão della por 10 annos entre presentes e 20 entre ausentes, como servidão urbana (veja-se o § 42) não póde ser prohibida a continuacão do seu uso; aos vizinhos neste caso fica sómente competindo a açcção para obrigarem ao dono da latrina a lhe fazer a limpeza necessaria em épocas determinadas, em que menos prejudiciaes fõrem as exhalacões á saude publica, como por exemplo de noite, em tempo de verão, ou em dias em que os vapores possam dissipar-se facilmente (23).

§ 176.

Tratarei agora do direito que pertence ao edificante para fazer cloacas. Estas não são outra cousa, senão canos, ou de metal, ou de pedra e cal, que se fazem por baixo do solo ou terreno da casa para evacuar aguas servidas, e mesmo podres ou outros liquidos im-

(22) Paul. Zacch. QQ. Medico leg. L. 5 Tit. 4 Q. 7 n. 17, Stryk de Jur. Sens. Dissert. 5 de Olfact. C. 2 n. 34 e 35.

(23) O mesmo Pecch. n. 44 e 45.

mundos e fetidos. Estes canos ou cloacas podem ser feitos ou em direcção ao predio do vizinho e que vão nelle despejar, ou que passem por elle, ou por baixo da rua publica. É regra geral estabelecida pela Lei Romana L. 8, § 5, ff. Si Servit. vind. já citada no § 169, que a ninguem é permittido fazer cloaca, pela qual faça evacuação de aguas ainda mesmo limpas para o predio (quintal ou campo) do vizinho; mas pela outra Lei Romana L. 7, ff. de Servit. pôde o edificante adquirir o direito de fazer cloaca ou cano, que despeje aguas, ainda mesmo immundas e podres, no predio do vizinho, ou que passe pelo dito predio, se estiver legitimamente constituída servidão para este fim (veja-se o § 175). Foi introduzida esta servidão, como diz Richer. Jurispr. Univ. Tom. 3, § 1021, para o fim de expurgarem-se as casas das cousas sordidas e immundas, que podião tornar pestilente o ar respiravel dos habitantes das cidades, e mesmo arruinar facilmente as casas. Por estas razões permite-se ao dono da cloaca a ampla faculdade de limpa-la, e expurga-la, quando haja restagnação, ainda que não tivesse o direito de fazer a dita cloaca por servidão, ou mesmo que a fizesse clandestinamente: e para concerta-la pôde fazer na casa ou predio do vizinho as aberturas e desmanchos necessarios, devendo porém indemnisar o dono do predio de qualquer damno que lhe cause no concerto, e fazer todas as despesas deste á sua custa (24).

(24) Citado Richer. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1022.

§ 177.

Não estando porém constituída a servidão legitimamente, tem o dono da casa ou do predio, em que despeja ou por onde passa a cloaca, o direito de repellir a imposição da servidão da mesma cloaca por acção ordinaria, quando tenha passado o tempo do anno e dia, em que devêra ter intentado o competente Interdicto — Nunciação de obra nova (veja-se o § 28): mas se já estiver legitimamente constituída a servidão, só resta ao vizinho, dono do predio serviente, a acção para obrigar o dominante a expurgar a cloaca frequentemente, afim de evitar os males da restagnação, as exhalações fetidas e a corrupção do ar (25). É preciso não confundir esta servidão de cloaca com a servidão — Projeciendi — pois por direito desta só é permitido lançar para o pátio e quintal, ou área do vizinho, aguas limpas, não corrompidas, ou de máo cheiro, nem quaesquer immundicias (veja-se o § 26): abusando o senhor dominante da restricção desta servidão, lançando no atrio ou área do vizinho materias feaes, ou outras sortes de immundicias, póde o dito vizinho, ou usar do termo de bem viver, ou da acção — *in factum* — para evitar o incommodo e obter a reparação do damno. Da mesma sorte não se deve abusar da servidão que estiver constituída para expedir por canos as aguas da chuva para o atrio ou

(25) Ferreir. de Nov. Oper. L. 8 Disc. 8 n. 34.

quintal do vizinho fazendo evacuar por esses canos immundicias; pois é da natureza de toda a servidão ser restricta e inampliavel (veja-se o § 45): pelo abuso desta servidão compete igualmente ao vizinho prejudicado as acções supra mencionadas.

§ 178.

Póde o edificante adquirir o direito de servidão e de fazer cloaca na sua nova casa, que vá despejar ou passar no predio do vizinho, fazendo com este convenção expressa não sómente para o despejo ou evacuação de aguas servidas ainda puras, como tambem de immundicias e cousas fetidas (26): mas ainda assim constituida a servidão não se póde fazer evacuar para o predio do vizinho cousas ou liquidos tão corrompidos, que exhalem um máo cheiro excessivo, tal como excrementos, e ourinas podres, de sorte que possam causar damno ao vizinho (27). Por um tal excesso da servidão póde o vizinho dono do predio serviente retirar o seu consentimento e fazer tapar a cloaca, se ainda não tiver passado o tempo legal para prescrever a mesma servidão; e tem além disto o direito de pelos meios legaes se lhe fazer reparar o damno causado com o referido excesso.

Independente de servidão tem o edificante a facul-

(26) Richer. supra § 1019 V. Nisi expresse convenerint.

(27) Citado Stryk Cap. 3 n. 42.

dade com pequenas limitações de fazer cloaca na sua nova casa nos seguintes casos: 1º, entre a sua casa e a do vizinho, se ahí houver algum becco ou terreno com sufficiencia para a edificação da cloaca, de modo que não offenda a casa ou parede do vizinho, e vá a cloaca despejar fóra da extremidade do solo ou quintaes de ambas as casas; e o vizinho não o póde impedir; 2º, fazendo a cloaca junto á parede commum no fundo da casa, isto é, a parede commum divisoria dos dons quintaes, ou área, comtanto que a dita parede não soffra a mínima lesão, do contrario póde ser prohibida a edificação pelo consocio; 3º, construindo a cloaca com sahida para a rua ou entrada publica, e fazendo despejar a mesma cloaca em outra publica, que houver na rua ou na estrada, devendo porém o edificante cumprir os seguintes requisitos: 1º, que a sua obra não cause a menor deterioração ou impeça o uso da cloaca publica; 2º, que não estorve ou embarace o transito da rua ou estrada de serventia publica; 3º, que não faça sahir da cloaca para a estrada a menor cousa fetida, que incommode aos que transitão (28). Não sendo cumpridas estas condições compete a qualquer pessoa do povo o Interdicto—*Nequid in loc. publ.*—para fazer desmanchar a cloaca e reduzir a serventia publica ao seu anterior estado. Compete ás Camaras Municipaes providenciar a este respeito por meio de posturas.

(28) Richer, *Jurispr. Univ.* Tom. 3 § 1024.

Poço e cisterna.

§ 179.

Entende-se por — poço — o lugar cavado na terra, do qual se faz encañar ou tira-se agua potavel: differe o — poço — da cisterna, em que esta não tem agua nativa e perenne, como o poço, porque se constitue e forma-se para receptaculo ou deposito das aguas da chuva (29). As Leis Romanas L. 26, ff. de Damn. infect., L. 1, § 12, e L. 21, ff. de Ag. et aq. pluv. ascend. dão a faculdade livre áquelle que edifica uma casa no seu solo de fazer poço ou cisterna. Para realisar a abertura ou factura do poço estendem as ditas leis a faculdade do edificante ao caso mesmo de poder cortar e dirigir para o seu poço as veias ou nascentes da agua, que, correndo por baixo da terra, ião rebentar no predio do vizinho, ainda que obrando o edificante por esta maneira possa acontecer, que seque outro poço, aqueducto, ou fonte do vizinho, para a qual se endereçavão aquellas veias d'agua; e o dito vizinho não pôde impedir esta livre faculdade do edificante, ainda mesmo provando, que tem perdas de lucros com a privação das aguas do seu poço. Não sendo possível limitar a dita faculdade quanto á profundidade da excavação do poço pela razão de não se saber se com

(29) Pacichell. de Distant. C. 9. n. 1 e 23.

mais ou menos excavação póde-se achar agua no centro da terra, permite-se por isso ao que quer fazer poço no seu solo fazer a excavação mais ou menos profunda até chegar ao fim de utilizar a sua faculdade com a achada d'agua. Em consequencia disto, e quando o edificante tem de abrir poço no seu solo, atrio ou quintal contiguo á outras casas, questionão os Jurisconsultos como se ha de prevenir e acautelar o damno imminente ou futuro do predio ou casa do vizinho, damno que póde ser occasionado arruinando as paredes ou qualquer outra obra do vizinho a mui profunda excavação do poço.

§ 180.

Varião os Jurisconsultos de opinião, argumentando uns com a Lei de Athenas L. fin. ff. fin. regund., e outros com a Lei Romana, L. Fluminum, 24, § fin. ff. de Damn. infect. Os que argumentão com a citada Lei Atheniense dizem, que para prevenir e acautelar o damno do vizinho deve o edificante afastar a abertura ou diametro do seu poço da parede ou outra obra do vizinho — tanta distancia quanta fôr a profundidade da excavação do mesmo poço, — porque é assim que determina a sobredita Lei para acautelar o prejuizo do vizinho, todas as vezes que alguem quer abrir em seu quintal, atrio, ou páteo, alguma valla ou mina; e quando é poço que se quer abrir deve-se deixar a distancia ou intersticio de um passo, que regula cinco pés, e acrescentão que esta Lei se deve

cumprir por ser razoavel (30), e por não haver no Direito Romano lei alguma que marque distancias em que aquelle que faz poço possa ou não cortar as aguas que vão utilizar ao vizinho, podendo aliás no uso dessa faculdade cortar as ditas aguas junto mesmo da terra do vizinho, se não fôr preciso cavar e fazer poço profundo ou mina. Antes de referir a segunda opinião fundada na supracitada Lei Romana 24 § fin. ff. de Damn. infect. seja-me licito fazer algumas observações sobre a disposição da mencionada Lei de Athenas.

§ 181.

Esta Lei determinando, que aquelle que quer fazer poço no seu solo, em cuja contiguidade estão paredes ou outras obras alheias, deve deixar o intersticio ou distancia de um passo ou cinco pés entre o poço e a parede, não previne nem acautela o prejuizo e a ruina que pôde resultar da excavação do poço, não só porque ainda sendo a terra solida pôde a excavação ser mui profunda, e não evitar-se com essa pequena distancia de um passo o damno que a mesma excavação poderá causar ao vizinho, como porque se a terra fôr fraca, ou como se costuma dizer frouxa, é infallivel o damno do vizinho, por isso que pôde dar-se ainda mesmo com pequena ou pouco profunda excavação pela pro-

(30) Stryk Us. mod. L. 10 Tit. 1 § 14, Ferr. de Nov. Oper. L. 2 Disc. 3 n. 18 a 21.

ximida de desta á parede, ou a outras obras do mesmo vizinho. Se considerar-se a Lei pelo outro lado em que exige, que a distancia ou espaço deixado entre a valla ou mina e a parede do vizinho seja tanta quanta a profundidade que tiver a mesma valla, o que alguns auctores querem se applique tambem á abertura do poço, se reconhece que tal exigencia e disposição é impraticavel e absurda, porque se não pôde saber com certeza de quantos palmos, pés ou braças, será a profundidade da valla, mina e do poço, por isso que essa profundidade deye terminar até onde se achar agua nativa, e a experiencia tem mostrado que umas vezes se acha agua com pequena, e outras vezes com uma muito grande excavação, como se poderá deixar — tanta distancia quanta fôr a profundidade da valla, mina ou do poço —, devendo-se necessariamente deixar essa distancia antes da abertura do poço? É pois evidente a impraticabilidade, a burla e o absurdo desta disposição da referida Lei Atheniense.

§ 182.

A citada Lei 24 § fin. ff. de Damno infect., que é adoptada por alguns Jurisconsultos e por elles interpretada como mui previdente e no sentido mais proprio, applicavel e exequivel á factura do poço, dispõe da maneira seguinte — Cumpre ver quando parece, que pôde dar-se damno, como por exemplo, se alguem abre poço na sua casa, e aberto

elle ficão cortadas as veias d'agua do poço do vizinho ; será isto caso de damno ? Não, certamente ; o que abriu o poço nem está obrigado a cautionar de — damno infecto, — nem se deve julgar que deu damno ao vizinho com vicio da sua obra, porque não fez mais do que usar *de um direito no que é seu*. Contudo dará damno se fizer uma cova ou excavação no seu solo tão profunda que a parede do vizinho perca a estabilidade e solidez, e fique arruinada : então incorre na caution de damno infecto. Da disposição desta Lei, que foi promulgada por Ulpiano, concluem os Jurisconsultos (31) : 1º, que aquelle que abrindo poço no seu solo corta as veias d'agua do poço do vizinho, não lhe causa damno ; 2º, que todas as vezes que alguém quizer fazer valla, fosso, mina, ou poço no seu solo, e pela proximidade do lugar ou sitio da excavação á parede do vizinho, ou pela frouxidão e fraqueza da terra, houver temor de arruinar-se a parede ou outras obras do vizinho, deve prestar caution de damno infecto, porquanto só a ruina das paredes do vizinho é que se deve reputar e attender como damno, e não o córte das veias da agua do seu poço ; 3º, que não é obrigado a deixar intersticio ou distancia alguma aquelle que fizer poço no seu solo, mas se a quizer deixar, cessa a obrigação de prestar a dita caution, porque um dos dous direitos se deve admittir e seguir, e não

(31) Persir. Decis. 35 n. 5 e 8, Arouc. de Rer. div. n. 74 V, Primo, e V. Secundo. Pecch. de Servit. C. 8 Q. 40 n. 37.

impôr dous gravames ao mesmo tempo ao que edifica o poço.

§ 183.

A supradita Lei 24 com a exposta interpretação deve ser executada entre nós como subsidiaria, por ser mui razoavel sua disposição, e a interpretação muito conforme ao seu espirito: e deve ser applicada e realisada sua execução, não só quando se houver de abrir poço no atrio, páteo ou quintal dos predios urbanos, como tambem quando alguém pretender abrir poço nos predios rusticos, quer nas Cidades e Villas, quer nos campos; portanto os senhores de propriedades rusticas ou fazendeiros, junto de cujo predio quizer algum seu vizinho abrir valla, fosso, mina, levada para açude, poço, ou finalmente fazer qualquer outra excavação, com que possa arruinar algumas bemfeitorias do seu predio, teem o direito de exigir caução de—damno infecto,— e o que quer fazer a excavação tem obrigação de lh'a prestar; e se recusar presta-la póde-se-lhe embargar a obra, salvo se quizer deixar o que pretende a excavação um intersticio ou distancia tal, que faça remover o temor de ruina. Direi de passagem, que aos mesmos fazendeiros pertence o direito de fazer levadas, canaes ou quaesquer outras obras semelhantes para conservar em suas terras as aguas de nascentes, riachos, ou ribeiros, ainda que estes corraõ para o predio do vizinho, e este se tenha utilizado das aguas para alguma

indústria, podendo privá-lo inteiramente dessas aguas, sem que possa ser impedido pelo mesmo vizinho, excepto se as ditas nascentes ou ribeiros, atravessando alguns predios rusticos, inclusive o do vizinho, vão constituir em algum sitio fonte de servidão publica, porque então não é permittido a ninguém fazer seccar a fonte publica (32).

§ 184.

A faculdade permittida ao edificante para abrir poço no seu solo, além da limitação procedente da obrigação, que é imposta ao mesmo edificante, de prestar caução de *damno infecto*, limita-se ainda nos seguintes casos: 1º, quando a excavação do poço corta as veias d'agua que ão sahir em fonte publica (33); 2º, quando o vizinho tem servidão legitimamente constituida para lhe serem conservadas as aguas do seu poço, porque com a dita servidão póde prohibir, que outro abra poço em solo contiguo ao seu, quando ha receio de serem cortadas as veias d'agua do mesmo seu poço; d'onde se conclue, que esta limitação só procede no caso, em que ha mais razões para crer-se, que o poço do vizinho virá a seccar com a abertura do poço do

(32) *Lets Romanas* l. 1 §§ 11 e 12, D. cod. l. 24 § 12, Ferr. de Nov. oper. l. v. 2 Disc. 11 n.º 48.

(33) L. supra 24 § 12, Arouc. na l. 2 § 4 de *Rer. Divis.* n.º 53, Ord. l. v. 1 Tit. 68 § 18.

edificante: se concorrerem razões, pelas quaes se conheça em alto gráo de probabilidade (porque certeza não se póde obter em tal objecto), que não seccará o poço do vizinho abrindo o edificante o seu, então sem embargo da servidão do vizinho póde o edificante abrir o seu poço; havendo porém duvida, isto é, iguaes razões de probabilidade de uma e outra parte, se seccará ou não o poço do vizinho com a excavação do poço do edificante, póde este ainda abrir o seu, prestando caução de *damno infecto*, a qual póde ser admittida e obrigar-se o edificante a presta-la em attenção e respeito á servidão do vizinho, a qual o garante do damno da privação das aguas do seu poço, isto por paridade de razão da lei 26. D. de damn. infect., que obriga a prestar caução de *damno infecto* áquelle que tendo de abrir poço no seu quintal receia-se, que diminua a agua da fonte publica (34).

§ 185.

O vizinho póde obter a sobredita servidão, ou por contracto celebrado com o edificante ou proprietario da casa contigua á sua, ou quando está na posse de tirar agua do seu poço por mais de 10 annos entre presentes e 20 entre ausentes, pois esta servidão tem a natureza de urbana; a dita posse estende-se, sendo conti-

(34) Veja-se Corrêa Tellos Doutrin. das Acç. Nota 4^a ao § 210.

nuada, aos herdeiros ou aos successores do vizinho (35). Os Jurisconsultos apresentam ainda mais duas limitações á liberdade ou faculdade de abrir o edificante poço no seu solo; a 1.^a é se abre-se o poço e priva-se o vizinho das aguas do seu por pura emulação; a 2.^a é quando aberto o poço licitamente se faz no fundo delle mina, que vá penetrar a terra do vizinho e estender-se por ella subterraneamente (36). Quanto á 1.^a, já me tenho pronunciado por mais de uma vez contra essa limitação de emulação, que me parece não se deve jámais admitir no nosso fôro, como restricção da liberdade de edificar. A respeito da 2.^a limitação, o facto, que a constitue, de fazer-se mina no fundo do poço, que vá penetrar a terra do vizinho, se não é gratuito, deve ser raríssimo, pois que ordinariamente quem faz poço no seu solo procede á excavação para o centro da terra, e não para os lados, por isso que o seu fim é achar agua, a qual é naturalmente descoberta pelo processo da excavação em linha recta para o centro da mesma terra ou solo proprio; comtudo pôde acontecer, que aquelle que abre poço em seu solo despreze por abuso o indicado processo, e commetta o excesso de fazer excavações para o predio do vizinho; em tal caso compete a este o interdicto

(35) Pecch. de Aquæd. L. 4 Q. 43 ns. 1 e 6 Q. 44, Ferr. de Nov. Oper. Liv. 6 Disc. 10 n. 36.

(36) Ferr. supra n. 41, Peg. Tom. 3, á Ord. L. 1 Tit. 18 § 41 ns. 16 e 17, e Tom. 6 á dita Ord. Tit. 68 § 18 n. 54, 55 e 59.

Nunciação de Nova Obra ou o Disforçamento in conti-
nenti (37) (*). (Veja-se o § 174 no fim.)

§ 186.

Nada disserão os Jurisconsultos a respeito da hypo-
these de pretender o edificante abrir poço em solo
commum; isto talvez, porque nem pelo Direito Pa-
trio, nem pelas Leis Romanas, se acha previsto este
caso. Não é gratuita esta hypothese, e sim mui reali-
savel, por isso que pôde acontecer, que o edificante
tenha posse ou dominio commum com alguém em
algun terreno e queira nelle abrir poço, ou seja esse
terreno contiguo á sua casa ou separado della. Em
falta de lei entre nós e de expressa e positiva disposi-
ção das Leis Romanas, que determinassem o modo
de se fazer poço em solo commum, me parece, que
ocorrendo essa pretensão, se pôde decidir o caso
pelas regras e disposições das mesmas Leis Romanas
acerca do direito de edificar no solo commum, ex-
postas no § 70, conciliadas e interpretadas no § 72, e
especialmente pelas regras que ficão prescriptas desde
o § 182 até 185 no que lhe fôr applicavel. Tratão

(37) Lei Un. § 3 fl. de Remiss.

(*) Esta lei admite o embargo de Obra Nova ainda mais geralmente do que a Lei 1 § 16 D. de Oper. nov. nunt. citada no dito § 174. Dispõe essa L. Un. § 3 fl. de Remiss.— Que tem direito de nunciar a obra nova todo aquelle que tem dominio, ou servidão. Veja-se Lobão Tratad. dos Interdictos § 129.

somente os Jurisconsultos da communhão de tirar agua em poço particular, sendo a dita communhão adquirida pela servidão de dez annos, a qual assim constituida por actos continuados de tirar agua em poço alheio, não póde o dono deste impedir essa continuação, excepto se a posse desta servidão é precaria, e meramente facultativa, isto é, concedida por licença do dono do poço, porque então na censura de Direito uma tal posse não constitue servidão, ainda passado o espaço de tempo de dez annos (38).

(38) Luc. de Servit. Disc. 33, Peg. á Ord. Lei 1 Tit. 68 § 18 n. 43 e 60

FIM DA PRIMEIRA PARTE.

PARTE SEGUNDA.

Reedificação de casas; arrendamento voluntario de casas; direitos e obrigações do senhorio e do inquilino; arrendamento involuntario por direito de aposentadoria.

CAPITULO IX.

REEDIFICAÇÃO DE CASAS ARRUINADAS, OU TOTALMENTE DEMOLIDAS;
ARRENDAMENTO VOLUNTARIO.

DIVISÃO 1ª.

Reedificação das casas arruinadas.

§ 187.

A reedificação das casas é considerada debaixo de dous pontos de vista, ou quando a casa ainda se conserva na área ou solo, em que fôra edificada, mas de um modo tal, que ameaça damno ao vizinho, ou perigo aos que passam pela rua, por estar arruinada, ou quando a casa está inteiramente demolida. Destes dous modos legaes, pelos quaes se deve encarar a reedi-

ficção, resulta, que a reedificação no primeiro caso de estar a casa arruinada é obrigatorio, no segundo é inteiramente facultativa e dependente da vontade do edificante (veja-se o § 97). Comtudo, esta faculdade limita-se quando o solo ou terreno da casa demolida não é proprio do edificante e sim arrendado, pois vencido o tempo do arrendamento, e não tendo o aforante principiado a construcção do seu edificio, pôde o terreno ser arrendado a quem o requerer [veja-se o § 67 2ª parte], o que de alguma sorte obriga o aforante a reedificar para não deixar o terreno passar a outra pessoa. Quanto pois ao primeiro modo de reedificar, toda a pessoa, que tiver casa arruinada, não só é obrigada, antes da reedificação, a dar caução *de damno infecto*, como tambem pôde ser accionada e obrigada a reedificar a dita casa: se porém é tão pobre que não pôde com as despesas da reedificação, é obrigada a vendê-la a quem possa e se obrigue a reedifica-la em tempo breve (1); se não ha quem queira comprar a casa arruinada, então deve o dono ser obrigado a demoli-la. Neste ultimo caso de não haver comprador, a acção que compete ao vizinho ou a qualquer do povo para obrigar o dono da casa arruinada a reedifica-la ou vendê-la, afim de evitar o damno imminente, pôde ser dirigida para o effeito da demolição.

(1) *Lobão Tract. dos Interdict. § 156, Portug. de Donat. L. 3 C. 39 n. 4, Silv. á Ord. Liv. 4 Tit. 1 art. 6 n. 13, 14 e 17.*

§ 188.

Esta acção de obrigar o dono da casa arruinada a demoli-la é fundada na Lei Romana L. 5. § 6 e 13 D. de his. qui eff. vol. dej., a qual permite a qualquer pessoa do povo requerer contra quem tiver á janella, ou no telhado vaso ou outra cousa mal segura, que possa cair, e matar ou ferir aos que passam pela rua (2); no mesmo caso está uma casa arruinada, e ainda com maioria de razão. A acção competente é um interdicto comminatorio, pelo qual se pede a comminação de pena ao dono da casa arruinada, se não a demolir no tempo que lhe fôr marcado; não pôde allegar prescripção em seu favor para subtrahir-se á demolição, porque quando se trata de evitar damno, principalmente do publico, cessa a defesa ou excepção de prescripção, como se deduz claramente da Ord. Liv. 1.º Tit. 68 § 40 no fim. Se nem o vizinho, nem qualquer do povo usa desta acção, compete ás Camaras Municipaes por força do seu Regimento mandar fazer a demolição á custa do dono da casa, e se o terreno desta pertence ás mesmas camaras conceder por carta de data, e o dono da casa não pôde reedifica-la, então deve esse terreno ser arrendado a outra pessoa, que se obrigue á reedificação da casa, ficando salvo ao dono desta o direito de remover os materiaes,

(2) Veja-se Corrêa Telles Doutrin. das Acc. § 441 e Nota 1 ao mesmo §.

aproveita-los, e mesmo vendê-los, sem incorrer na pena da Ord. Liv. 2 Tit. 26 § 27, a qual inflige a perda do preço em dobro dos materiaes vendidos das casas desmanchadas, mas sómente áquelles que as desmanchão para negociarem com os materiaes, em cujo caso não está aquelle que por impossibilidade de pobreza não pôde reedificar a sua casa arruinada.

§ 189.

Se a casa arruinada pertence a muitas pessoas, e esta communhão existe no todo da casa sem divisão de apartamentos, o mesmo direito e acção, que se concede contra um só dono da casa arruinada para o obrigar a reedifica-la, ou vendê-la, ou finalmente ser demolida, compete igualmente contra todos ou cada um dos consocios, que, ou por negligentes, ou por pobres, não reparão e concertão a mesma casa no devido tempo (3). Se algum dos socios, ou obrigado, ou voluntariamente, faz á sua custa todas as despezas do reparo e concerto da casa arruinada, e os outros consocios não querem ou não podem indemnisa-lo cada um da sua quota parte dessas despezas, ao que fez estas compete o direito de reter a posse da casa concertada até ser indemnizado (veja-se o § 128 2ª parte), podendo levar a effeito essa indemnisação por meio da locação e alugueres da casa, ou concertando-se para este fim

(3) Ferreir. de Nov. Oper. L. 3 Disc. 7 n. 12.

com os demais socios seus devedores, ou obrigando-os judicialmente a prestar seu consentimento para a locação da casa. Deste remedio poderá servir-se o credor das ditas despezas contra os consocios da casa concertada, quando estes fôrem pobres, de maneira que não o possam indemnisar; porque se puderem e se recusarem ao pagamento tem o dito credor para ser embolsado a acção—pro socio—ou *Negotiorum gestorum*—, que lhe dá a Lei Romana L. 2 C. h. t. (4). Por força desta Lei pôde o mesmo credor demandar e executar os socios co-réos da divida procedente das mencionadas despezas do concerto da casa, fazendo penhora nesta, se os devedores sómente tem este bem, mas não deverá ser arrematada, se o valor das respectivas partes que tem cada um dos devedores na casa exceder o dobro da divida; neste caso adjudicão-se os rendimentos ou alugueres da casa ao credor por tanto tempo quanto baste para pagamento da divida (5).

§ 190.

Cessa porém a dita prohibição de não se arrematar a casa, ainda o valor total das partes dos devedores excedendo o dobro da divida, nos seguintes casos: 1º, quando esses devedores tem outras dividas, que

(4) Corrêa Telles Doutr. das Acc. Nota 5ª ao § 336.

(5) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 24 e 25.

accumuladas á divida das despezas de que se trata, excedem a metade do valor do predio (6); 2º, quando o predio produz pouco ou nenhum rendimento, ou seja porque foi construido mais para recreio do que para rendimento, ou por causa de sua situação ou sitio em que está collocado (7); 3º, consentindo os devedores; 4º, tendo os devedores, além da casa concertada, outros bens de raiz de duplicado ou ainda maior valor das dividas (8). O socio que faz as despezas para a construcção, reedificação, ou reparos do edificio ou casa, e mesmo que sómente empreste dinheiro para esse fim, goza do privilegio de ser pago com preferencia a outros credores, se não tiverem os socios devedores outro bem senão a casa concertada ou reedificada (9). Havendo entre os socios da casa arruinada algum ou alguns menores e filhos-familias, não podem ser obrigados a reedificar, ou vender as partes que teem na dita casa, emquanto não estiverem legalmente emancipados, excepto se essas partes fõrem adquiridas por meio de trabalhos litterarios ou pela profissão militar, chamados em Direito *bens castrenses*, e *quasi castrenses*, porque então tendo os ditos filhos-familias o dominio e inteira liberdade de dispõr de taes bens na idade de 14 annos (veja-se o § 150),

(6) Alvará de 6 de Julho de 1807 § 3.

(7) Cit. Lei de 20 de Junho, § 26.

(8) Cit. Alvará de 6 de Julho de 1807 § 4.

(9) Alvará de 12 de Maio de 1758 §§ 10 e 11, a mesma Lei de 20 de Junho § 34 e Alvará de 24 de Julho de 1793 § 1.

assim como podem demandar sobre os ditos bens também podem ser demandados. O mesmo acontece quando a casa arruinada é da propriedade inteira e particular do menor ou filho-familia.

§ 191.

Posto que não possam ser demandados os menores e filhos-familias e obrigados a reedificar ou a vender suas casas quando arruinadas, comtudo podem ser demolidas por determinação da Camara Municipal do respectivo termo ex-officio, ou a requerimento do vizinho, ou de qualquer pessoa do povo, podendo o pai desses menores aproveitar os materiaes: se os menores são também orphãos, ahí está a Ord. Liv. 1 Tit. 88 §§ 22 e 26, cujas disposições combinadas autorisam a vender os bens de raiz dos orphãos em casos de necessidade, sendo um desses casos não terem os orphãos com que concertem, ou reedifiquem a sua casa arruinada; podem porém os tutores ou curadores fazer concertar as casas arruinadas dos orphãos com autorisação do respectivo Juiz, ou mesmo sem ella, se houver perigo de tornar-se irremediavel a ruina da casa pela demora em obter a licença judicial; essas despesas, como necessarias, são attendidas, e abonadas aos tutores e curadores nas contas, que prestarem no tempo legal (10); podendo ser indemnizados pelo

(10) Pereira de Carvalho Primeiras Lin. sobre o Proc. Orph. Nota 313 ao § 176.

meio exposto no § 189 (1ª parte), quando os seus tutelados fôrem pobres e não tiverem outros bens, além da casa concertada.

§ 192.

Estando a casa dividida por apartamentos, quer seja terrea, quer de sobrado, de maneira tal, que cada um desses apartamentos constitua dominio legitimo, então não ha mais communhão, e cada um dos senhores dos apartamentos é obrigado a fazer os concertos, reparações, e reedificações, sómente na sua divisão, ou apartamento; se a casa é terrea e as paredes de divisão dos apartamentos são communs, a reedificação e concerto dellas deverá fazer-se de conformidade com as regras de Direito expostas debaixo da epigraphie — *parede commum*,— observando-se principalmente a doutrina dos §§ 114, 126 (2ª parte), 127, e 128. Sendo a divisão dos apartamentos em casa de sobrado feita por andares, ou como antigamente se dizia—*por solares*—pertence igualmente a cada um dos proprietarios desses andares concertar e reedificar o seu até onde se estender o seu dominio; por conseguinte não pôde nenhum delles ultrapassar os limites do seu dominio e ir fazer concertos, ou reedificação, na parte pertencente a outro, salvo se obtiver licença do respectivo proprietario do solar, ou se dessa falta de concerto lhe resultar damno, como, por exemplo, se o telhado estiver arruinado de tal maneira, que as aguas da chuva caião delle sobre o solar inferior; o dono

deste pôde ou obrigar o senhor do solar ou andar superior, sobre o qual está o telhado, a concerta-lo (veja-se o § 187 e 189), ou fazer as despesas do concerto e reedificação, e repeti-las ou cobra-las do dono do dito solar superior (11).

§ 193.

Querendo o senhor ou proprietario do apartamento inferior abrir porta nelle, poderá fazer, ainda que o contradiga o proprietario do solar superior, quando a este não resultar damno, a abertura da porta, pois se mostrar-se legalmente por vistoria com parecer de peritos e architectos, que dessa abertura poderá provir damno, tal como o de enfraquecer-se a parede, ou quando a abertura de nova porta ou janella vai ficar de modo tal, que descubra alguma trave que sustenta grande peso do solar superior, e que facilmente se arruinaria essa trave por falta de base, procede a opposição do proprietario do dito solar superior (12). Pôde acontecer, que o dono do solar inferior, que termina no pavimento terreo, ou como se diz communmente o dono do primeiro andar, tenha contrahido passivamente a servidão—*Oneris ferendi*—: em tal caso é obrigado a concertar e reedificar os alicerces, e paredes baixas, para que se não arruine

(11) Constantin. De Stat. Urb. Annot. 23 Art. 2 n. 230.

(12) Luc. de Servit. Disc. 10.

o apartamento ou solar da parte superior, que pertence a outro senhorio; mas é preciso, que se prove a existencia da dita servidão contra o dono do solar inferior, sem o que não se pôde obriga-lo, e impôr-lhe tamanho onus. Se não existindo a referida servidão, e sem licença do dono do primeiro andar, o senhor do apartamento ou andar superior mandar concertar ou reedificar os alicerces e as paredes baixas, e se pela excavação, que fôr necessario fazer-se, cahir a casa, é obrigado a resarcir o damno ao senhor do primeiro andar (13):

§ 194.

O que fica exposto nos dous precedentes §§ ácerca da divisão de casa de sobrado por apartamentos de andares, e quanto ao modo do respectivo concerto e reedificação, é sómente o que ha de liquido e positivo no Direito Romano; na Legislação Patria não se acha disposição terminante. Sobre este objecto é muito digno de menção o Codigo Civil dos Francezes art. 664, cuja disposição por mui providente e razoavel transcrevo em sua íntegra, que é a seguinte: « Quando os differentes andares de uma casa pertençam a diversos proprietarios, se os titulos da « propriedade não regulão o modo das reparações, « e reconstrucções, ellas devem ser feitas assim como

(13) O mesmo Constantín. supracitado.

« se segue. O grosso muro e o telhado são á custa
 « de todos os proprietarios, cada um em porção
 « do valor do andar que lhe pertence. O proprietario
 « de cada andar faz o solho (ou soalho) sobre que
 « elle anda. O proprietario do primeiro andar faz a
 « escada que a elle conduz; o proprietario do segundo
 « andar faz depois do primeiro a escada que conduz
 « a elle, e assim os mais. »

Seria muito conveniente e de muita utilidade entre nós, se no nosso novo Código Civil se consignasse uma disposição semelhante á que acima fica transcripta, pois se preveniria do melhor modo possível o concerto e reedificação de uma casa de sobrado de muitos andares pertencente a diversas pessoas, embora não seja essa divisão de dominio de apartamentos por andares muito commum entre nós; dão-se alguns casos, e podem ir-se multiplicando na razão do engrandecimento do paiz, principalmente das nossas principaes Cidades, e com o crescimento da população.

Um outro caso deve-se tambem prevenir no nosso Código Civil em relação ao objecto de que se trata, e é se quando a casa é de muitos sobrados, ou andares, e de diversos donos, a qual destes deve pertencer, ou qual dos moradores deve ter, a chave da porta principal de entrada e sabida?

§ 195.

Sobre esta questão o praxista Ferreira de Nov. Oper. Liv. 2, Disc. 11 n. 50 no fim, parece querer,

que a chave seja conservada no poder do dono ou do morador do primeiro andar, por ser mais commodo aos donos ou moradores dos andares superiores exigirem a chave em caso de necessidade para abrirem a porta; contudo ainda vejo nesta providencia não pequenos inconvenientes em obter do morador do primeiro andar a chave em caso de urgente necessidade, por isso que póde dar-se o caso de haver muita demora em obter-se a chave, por não estar o morador em casa, e portanto aggravar-se o mal, ou augmentar-se o soffrimento de algum morador do andar superior, o que poderia evitar-se havendo a presteza possivel em abrir a porta de sahida para a rua, por exemplo no caso de enfermidade subita, de incendio, &c. Pelo que me parece mais conveniente e prudente fazer conservar a chave na porta de entrada e sahida depois de trancada ás competentes horas da noite, ou determinar-se um lugar de deposito certo na casa, onde se deve deitar a chave, e assim facilmente poder qualquer morador do sobrado achá-la.

Por occasião disto observarei, que se a porta principal de entrada e sahida do sobrado, ou de qualquer outra casa, ou quinta, da qual se servião muitos moradores, se conservava sem chave, e franca sempre a todos, apenas anteparada por algum cancello, nenhum dos moradores póde fecha-la e tranca-la; e se o fizer qualquer dos outros póde disforçar-se quebrando a porta para continuar o gozo da posse dessa commu-

não de sabida a entrada (14); mas cumpre advertir, que só deverá usar do disforçamento no caso de recusa de entrega da chave, com que se trançou a porta, ou de se não poder abrir esta logo com a pres- teza, que uma necessidade urgente exigir.

DIVISÃO 2ª.

Reedificação de casas totalmente demolidas.

§ 196.

A total demolição de uma casa pôde succeder e ser occasionada, ou por causas imprevistas, taes como terremoto, incendio, etc., e por consequencia independente da vontade de seu dono, ou este a faz demolir inteiramente para reconstrui-la ou reedifica-la novamente, por estar absolutamente arruinada e não admittir mais concerto parcial; em qualquer das duas hypotheses ou a casa demolida é de um só proprietario ou de muitos. Ou seja de um ou de muitos proprietarios, teem estes o direito de não serem obrigados a reedificar a casa totalmente demolida em tempo determinado, salva sómente a excepção mencionada no § 187. Teem pois esses proprietarios a faculdade livre de fazerem a reedificação total da sua casa quando lhes parecer conveniente e estiverem preparados; e enquanto não reedificação, conserva o

(14) Menoch. Recuper. Rem. 9 n. 239.

xtingido e demolido edificio todas as suas antigas e activas servidões urbanas, ainda mesmo, como é manifesto, sem uso (15); porque as servidões urbanas são quasi todas continuas, e tem a natureza de perpetuas (veja-se os §§ 42 e . . .); portanto reedificado o edificio demolido revivem todas as ditas servidões urbanas activas com a mesma força que tinham na existencia anterior do edificio, mas com a restricção de sua propria natureza (veja-se o § 45). Da mesma sorte renascem contra o predio reedificado todas as servidões urbanas passivas, que d'antes soffria; e se alguma destas servidões era discontinua, como por exemplo a servidão do stillicidio, ou cahida das aguas dos beiraes, e estas cahião no telhado da casa demolida, não pôde o dono desta privar a continuação da dita servidão na área ou solo da mesma casa (16).

§ 197.

Como o edificante neste caso de total demolição do edificio não pôde ser obrigado a reedifica-lo, questionão os Jurisconsultos, se o dono do edificio demolido, que d'antes soffria a passiva servidão — *oneris ferendi* —, pôde ou não ser obrigado pelo vizinho a reedifica-lo em termo breve, afim de continuar a utilizar-se dessa servidão passiva. Varião de

(15) Ferreir. de Nov. Oper. L. 3 Disc. 13 n. 27, Peg. Tom. 6 á Ord. Liv. 1 Tit. 68 § 28 n. 2.

(16) Blicher. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1233 e 1234.

opinião: a melhor é, que, em falta de convenção expressa, aquelle que deve esta servidão não pôde ser obrigado a reformar ou reedificar immediatamente o predio serviente (17). Esta opinião é muito conforme com a letra e espirito da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68 § 29, que permite indistinctamente a reedificação do predio em todo tempo sem obstaculo nem obrigação alguma.

§ 198.

As Leis Romanas L. 3 § Reficere ff. de Itiner. act. que privat. L. 1 § Deind ff. de Riv. estabelecem para a reedificação em geral, tanto para a parcial, como para a total, a seguinte regra: « *Reedificar é restabelecer na primeira forma e estado o edificio arruinado ou demolido, pelo que não é permittido —alargar, innovar, abaixar, nem altear o mesmo edificio.* » Os Jurisconsultos resumem esta regra por estas palavras: « *Reedificar é fazer a obra com a mesma largura, altura, e comprimento, como dantes estava.* »

Ex vi desta regra, ou antes destas disposições das supracitadas leis, é claro, que não é permittido áquelle que reedifica innovar cousa alguma na reedificação, ou esta seja parcial ou total: por conseguinte não só não pôde mudar a *forma antiga do edificio*, como tambem não lhe é licito *abaixa-la, ou altea-la,*

(17) Voet. ad Pand. Tit. de Servit. urb., Richer. supra § 989 usque § 995.

estreita-la, ou alarga-la (quando é possível), e muito menos *augmentar o numero de portas, janellas, e frestas, nem beirões*, em maior quantidade do que tinha o edificio extincto, excepto se para esse augmento ha contracto entre o dono da casa demolida e o vizinho (veja-se o § 145). Se o edificante abusar, e commetter o excesso da innovação em sua reedificação, póde ser obstado pelo vizinho com o *Embargo ou Nunciação de Obra nova* (18).

§ 199.

No mesmo sentido das mencionadas Leis Romanas determina a Ord. Liv. 1^o Tit. 68 §§ 28 e 29: « que
 « se alguma pessoa tiver janella, ou beirões de telhado
 « em alguma parede, que seja sobre casa de ou-
 « trem, e desfizer a parede, ou lhe cahir, e a
 « quizer refazer, ou fazer de novo, não poderá
 « fazer mais janellas, nem maiores, nem beirões, nem
 « em outro lugar, senão como dantes tinha. E que se
 « alguma pessoa tiver casa de uma parte da rua, e
 « outro seu vizinho quizer fazer casa da outra parte,
 « ou se já dantes a casa era feita, e quer nella
 « abrir portal de novo, ou quer ahi fazer janella,
 « ou fresta, não a poderá abrir, nem fazer direito do
 « portal, ou da janella, ou da fresta, do outro vizi-
 « nho, que mora da outra parte da rua; salvo se

(18) Ord. Liv. 3 Tit. 78 § 4, Ferreir. de Nov. Oper. Liv. 3 Disc. 2.

« dantes shi houve o dito portal, janella ou fresta, « onde agora quer abrir, porque então a poderá fazer « *no proprio modo e maneira que d'antes.* » Já no § 98 me pronunciei contra esta disposição do § 29 da citada Ord. Liv. 1.^o Tit. 68, e mostrei a inutilidade e mesmo desvantagens de sua applicação e execução; agora occupar-me-hei sómente com a analyse da disposição do § 28 da mesma Ord.

§ 200.

A terminante prohibição decretada pelo referido § 28 nestas palavras — *Não poderá fazer mais janellas, nem maiores nem em outro lugar, senão como dantes tinha* — é justa; duas razões mui ponderosas justificão esta disposição: a 1.^a é, que a multiplicação de janellas na reedificação, ou a edificação de um numero maior do que tinha o demolido edificio, ou mesmo a edificação de numero igual ás antigas em lugares diversos dos em que estas estavam, importa um augmento de devassamento e por consequencia um incommodo consideravel ao vizinho, o que teve por fim evitar o precitado § 28; a 2.^a é, que, além deste augmento de devassamento, se fosse permitido ao que reedifica fazer maior numero de janellas, ou maiores do que as antigas, e em lugar diverso, se ampliarião as antigas servidões e impôr-se-hião outras novas ao vizinho; o que não se pôde fazer, tanto porque compete ao vizinho o direito de repellir a imposição de servidões indevidas, como porque estas não se devem amplia

[veja-se os §§ 28 e 45 deste Tratado]. Deve-se porém notar, que a prohibição do mencionado § 28 da supra-citada Ord. tem legitima e principal execução quando as antigas janellas, que se pretende reabrir na reedificação, estavam sobre casa, quintal ou campo do vizinho, porque é principalmente por taes janellas, que se dá o devassamento quanto ao vizinho, e se podem impôr novas servidões, porquanto é evidente, que todo o resto do quintal ou campo do vizinho, que não estava fronteiro ás antigas janellas, que adquirirão a servidão — *Luminis* —, estava isento dessa servidão, e com a multiplicação, ou mudança das janellas na reedificação passado um anno torna-se serviente esse resto de quintal ou campo do vizinho, ficando este de mais privado do direito de edificar no seu campo ou quintal junto á parede da casa, onde não havia janellas (veja-se o § 148), salvo deixando o interstício legal.

§ 201.

Pelo que pertence porém á multiplicação de janellas, ou á mudança de sua abertura na reedificação da frente da casa demolida, intermediando rua, ou lugar publico, são os Jurisconsultos de opinião, que se deve suavisar o rigor da prohibição do § 28 da Ord. Liv. 1.^o Tit. 68, permittindo-se essa multiplicação e mudança, se disso não resultar maior prejuizo de devassamento, do que dantes soffria o vizinho fronteiro, e este não pôde impedir a nova multiplicação de janellas, e

sómente o poderá fazer se o maior numero dellas produzir maior devassamento (19). Se o dono da casa demolida, que ha de ser reedificada, tinha nella janellas antigas e tapadas, póde novamente abri-las na reedificação, mas para licitamente praticar este acto é preciso, que essas janellas fossem mandados tapar voluntariamente por elle mesmo dono da casa demolida por algum motivo particular ou domestico, ou por commodidade propria, e não porque fosse obrigado a tapa-las por effeito de composição ou sentença judicial, por tê-las mandado abrir indevidamente; porquanto, se o vizinho provar isto pelos meios legaes, póde impedir na reedificação a nova abertura dessas janellas tapadas, como imposição de uma servidão indevida sobre sua casa, campo ou quintal, que se presume livre de servidão (20). (Veja-se o § 146).

§ 202.

Prohibe igualmente o referido § 28 da Ord. liv. 1.^a tit. 68 alterar na reedificação os beirões da casa, devendo esta ser reedificada com a mesma quantidade, qualidade de material, extensão e altura dos beirões que existião na casa demolida: é esta a genuina interpretação que nasce destas palavras do mesmo §—

(19) Peg. Tom. 6 á Ord. Liv. 1 Tit. 68 § 24 n. 6, e § 29 n. 55 e 60.

(20) Luc. de Servit. Liv. 4 Disc. 1.

nem mais beirões, senão como dantes tinha —. Quanto á alteração da quantidade dos beirões para um numero maior, e sua extensão mais prolongada do que a da casa demolida, é justa a prohibição, porque é fóra de duvida, que esses beirões assim alterados, e na frente da casa sobre rua publica, podem muitas vezes embarçar o transitto publico, sendo casas terreas; e pelo lado do fundo da casa, e sobre casa, pateo ou quintal do vizinho, fazerem mais onerosa a servidão passiva que este soffria; o que não se póde fazer. (Veja-se o § 45 2ª parte). A respeito porém de não poder o edificante mudar a qualidade do material não me parece justa nem admissivel tal prohibição, que tambem é decretada pelas Leis Romanas Lei 19 § *Si stillicidium ff. de Servit. urb. præd. e L. 20 § 4 ff. de Servit. urb. præd.*; porquanto a mudança da qualidade da materia dos beirões póde ser ao mesmo tempo muito util ao edificante, ao lugar onde fôr reedificada a casa, e ao publico, porque póde o novo material ser mais forte, de melhor vista e de maior duração, e por consequente de menos perigo para os que passam pela rua, e ordinariamente por baixo dos beirões. Pelo que respeita á alteração da altura dos beirões, se é para mais baixos procede a prohibição legal, porque dá-se tambem incommodo ao publico sendo na frente da casa reedificada, e gravame de servidão ao vizinho nos beirões baixos sobre sua casa, campo ou quintal: se é para mais altos não deve proceder a prohibição, antes deve ser permittida a elevação

maior dos beirões, como é admittida por Lei Romana (21), pela razão de que não faz mais grave, antes torna mais leve a servidão.

§ 203.

Pelo Direito Patrio não estão previstas sobre a reedificação outras hypothèses de alteração de servidões, senão as de que tratão os §§ 28 e 29 da Ord. liv. 1º tit. 68. Mas como prevalece e é exequível a disposição da Lei em todos os casos em que se dá a mesma razão, segue-se que dada em algum caso occorrente razão idêntica ás disposições daquelles §§ 28 e 29, devem estas disposições ser applicadas e executadas. Deve-se além disto cumprir a regra estabelecida pelas Leis Romanas acima citadas a § 198, devendo ainda servir de norma ao Juiz nas suas decisões a regra mais geral: — Que o senhor do predio dominante não póde alterar as antigas servidões em maior onus e prejuizo do serviente. (Veja o § 45 2ª parte.)

Observarei ultimamente, que se a casa totalmente demolida pertencer a dous ou mais proprietarios, a contribuição das despezas deve ser ou em proporções iguaes, se a casa fór totalmente commum, e não dividida por apartamentos, ou em proporção relativa a cada um dos apartamentos, se assim estava

(21) Lei 20 § 5 ff. eod. Tit., Richer. Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1013.

dividido o predio demolido. — O mesmo direito e privilegio que tem aquelle que na reedificação parcial faz as despesas todas da reedificação, goza tambem o consocio que levanta e reconstrue o edificio inteiramente demolido só com o seu dinheiro: póde accionar os demais consocios para repetir ou cobrar de cada um delles a sua parte ou rateio de despesas; e isto procede ainda mesmo no caso de estar o predio dividido por apartamentos, pois existe neste caso uma especie de communhão de facto, e é regra de Direito, *que o socio é obrigado a annuir á refeição ou reedificação da coisa commum quando essa refeição é necessaria, e juntamente util a ambos ou a todos os socios* (22).

§ 204.

Falha comtudo, e não póde ter applicação a regra exposta no final do § antecedente, se, sendo o predio de sobrado e de muitos andares, e estando dividido por apartamentos, o dono ou proprietario de alguns dos apartamentos ou andares superiores declarar expressamente, que não quer, que seja reedificado o seu apartamento ou andar, porque então prevalece a liberdade do direito de propriedade, que deve ser respeitado, e por consequencia não se póde obrigar esse dono do andar superior á reedificação delle;

(22) Ferreir. de Nov. Oper. L. 4 Disc. 15 n. 18, Pecch. de Servit. C. 8 Q. 11.

antes lhe deve ser permittido remover e aproveitar os materiaes do edificio demolido na proporção que lhe pertencer; o que decide-se por meio de arbitramento de louvados peritos, se amigavelmente não se puderem haver os socios nesta hypothese. Posto que o dono do primeiro andar tenha direito de propriedade igual ao do andar superior, todavia não pôde usar da mesma liberdade que elle, recusando reedificar o seu apartamento ou primeiro andar, porque essa recusa importaria a privação do exercicio do direito de propriedade dos donos dos apartamentos ou andares superiores, que evidentemente ficarião privados de reedificar os seus apartamentos: portanto neste caso podem os donos dos andares superiores obrigar o do primeiro andar a reedificar, ou fazer a reedificação á sua custa, e repetir as despesas, por isso que deve sempre prevalecer a intenção daquelle que quer reedificar (23).

§ 205.

As Leis Romanas L. 28 ff. Commun. Divid., L. 7 ff. de Servit. Urb., L. 12 ff. Commun. Divid., L. Si communes oedes ff. de Neg. gest. estabelecem uma especie de discordia entre os socios da casa commun, quando se trata de reparar ou reedificar a mesma

(23) Cospol. Urban. C. 59 n. 6, Cardos, in Prax. palavra Edificare n. 5.

casa, prohibindo as duas primeiras Leis ao socio qualquer obra nova ou reparo na casa commum, quando um dos consocios o contradiz, e permittindo as duas ultimas ao consocio reparar ou reedificar a casa commum apezar da contradicção do consocio. Dizem porém os Praxistas, que essas Leis se podem conciliar e harmonisar em sua execução, admittindo-se que o socio se opponha á edificação ou reedificação da casa commum, quando em lugar de ser necessaria, seria aliás nociva, mas que não deve prevalecer a contradicção e opposição, quando a reedificação é necessaria e util ao mesmo tempo a ambos ou a todos os socios; e acrescentão ainda, *e que a casa se reedifique para servir ao uso para que foi destinada e conforme ao antecedente estado e fórma* (24). De maneira que daqui concluem outros autores (como Lobão Trat. das casas § 256), que se ambos os consocios convêm na reedificação e na fórma della, não ha questão: se porém um delles insiste em que se reforme segundo o antigo estado, e o outro quer que se reforme com melhor prospecto e sumptuosidade, prevalece o voto do primeiro: e que se um quer reedificar a casa commum, mas para uso diverso daquelle para que sempre fôra destinada, procede a prohibição do socio, justificando-a com prejuizo.

(24) França á Mend. P. 2 Liv. 4 Cap. 8 § 8 n. 2562, e mais autores citados na nota 22 ao § 203 deste Tratado.

§ 206.

Confesso que não enxergo vantagem nem utilidade alguma na adopção e execução das mencionadas Leis Romanas, e de outras que tenho citado a respeito desta materia de reedificação, e cujas disposições tendem a conservar *religiosamente* o estado e fórma antiga dos edificios totalmente demolidos; ao contrario, vejo na execução dessas leis uma volta desvantajosa e inutil ao regresso, e um estorvo prejudicial ao progresso dos edificios, e ao da civilisação, que tambem tem depurado o gosto da fórma e construcção dos edificios, proserendo as antigas, e finalmente prejudicial ao aformoseamento das ruas e belleza geral das cidades e villas. Só no caso mencionado no final do § antecedente me parece attendivel a opposição do consocio na reedificação, porque como é regra de Direito *que cada um póde edificar no que é seu, mas sem prejuizo de outro*, justificado o prejuizo do socio pela mudança do uso, para que sempre foi destinada a casa demolida, por exemplo, se era destinada para loja, taverna ou qualquer outra venda de mercadorias, etc., e pela nova construcção fica o socio, que usava dessa industria, privado dos lucros della pela impossibilidade de a exercer na casa reedificada, deve ser neste caso attendida a prohibição do socio prejudicado; mas deve-se notar, que o uso para que sempre fôra destinada a casa refere-se ao repartimento interior, e não á fórma exterior della. Qualquer ques-

tão pois, que se suscitar a respeito da mudança do uso, para que de principio fôra destinada a casa, e quaesquer outras que se moverem entre os socios de uma casa commum ácerca do modo da reedificação total della, deve o juiz decidi-las por um prudente arbitrio, servindo-lhe de regra o — *simili* — do disposto na Ord. liv. 1.º tit. 68 § 37.

§ 207.

O meio mais seguro e prompto de opposição, de que pôde usar na reedificação da casa commum demolida, o socio que se sente prejudicado pela mudança da fôrma ou do uso para que fôra destinada a mesma casa, é requerer ao Juiz mandado penal e prohibitorio da obra, exhibindo porém in continenti justificação de damno ou prejuizo irreparavel, se a obra fosse feita (25). Pôde tambem usar do *Embargo de obra nova*, mas como este só deve effectuar-se quando se dá principio á obra nova, prejudicial e nociva a alguém, ou contraria a alguma servidão legitimamente adquirida, é preciso, que o socio que se julga prejudicado espere pelo facto ou principio de execução da obra para requerer o embargo; o que não é mister para requerer o sobredito mandado prohibitorio da obra nova: justificando-a contraria aos seus interesses, e mostrando o seu prejuizo, pôde o socio requerer tal

(25) Corrêa Telles, Doutr. das Acç. Nota 1.º ao § 201, e nota 2.º ao § 208.

mandado e obstar a reedificação, da qual lhe resulta damno irreparavel: se porém não usa ou não se serve de qualquer das duas indicadas acções, e á sua vista e face se faz e conclue-se a reedificação que lhe é prejudicial, não lhe resta mais acção alguma para fazer demolir a casa reedificada, e é além disto obrigado a indemnisar ao socio reedificante, que fez todas as despezas da reedificação, a sua respectiva quota. Aqui tem applicação a doutrina do § 64 deste Tratado.

§ 208.

Sendo incontestavel, que é do interesse publico, que se fação novamente casas, e que se reedifiquem as arruinadas, ou totalmente demolidas, sem duvida por estas razões não se encontra no Direito Patrio, e nem no Direito Romano, disposição alguma que autorise a demolição dos edificios depois de concluidos á vista e face de algum terceiro ou interessado prejudicado com a edificação ou reedificação.

Antes pelo contrario o mesmo Direito Romano vedava em geral ao proprio dono da casa demoli-la ou desmancha-la; e se o fazia com o fim de vender os materiaes por negocio, ainda mesmo que fosse uma parte dos materiaes sómente vendida, impunha a pena do dobro do preço dessa venda em favor do Fisco (26). Esta mesma jurisprudencia foi adoptada pela Ord. liv. 2 tit. 26

(26) L. Senatus ff. de Contr. empt., L. fin. de damn. infect.

§ 27, a qual determina que: « Se alguém comprasse
 « algumas casas para as desfazer com tenção de vender
 « pedra e madeira, e as outras cousas que dellas sa-
 « hirem; ou a negociar em qualquer outra maneira,
 « em tal caso o vendedor perde o preço por que ven-
 « deu, e o comprador outro tanto; e tudo é applicado
 « ao Fisco, salvo se as ditas casas fõrem vendidas
 « para bem e uso da Republica, porque então é a
 « venda licita. »

§ 209.

E' claro, que aquella disposição do Direito Romano, e a da Ord., que fica transcripta, tem como razão justificativa o bem e utilidade publica, que resulta da existencia e conservação dos edificios. Das palavras, com que está redigido o § 27 da mesma Ord., bem se vê, que sómente é illicito e prohibido demolir e desmanchar casas para lucrar na venda dos materiaes, pois a esse interesse particular deve prevalecer e ser preferido o interesse geral e a utilidade publica da habitação: portanto a *contrario sensu* se deduz da disposição do mencionado § 27, que todas as vezes que se não offender a utilidade publica, póde-se demolir uma casa, como por exemplo nos seguintes casos: 1º, para applicar os seus materiaes á nova construcção de outra casa de igual ou melhor fórma, prospecto e commodidades; 2º, se em uma villa ou povoação pouco habitada um individuo possui muitas casas inuteis, fechadas, sem haver quem as queira habitar, e de-

mule algumas, ou para vender os materiaes para a construcção ou reedificação de outras em melhor sitio ou povoação que mais utilisem ao publico, ou para applicar os materiaes a outros misteres, tal como as pedras para tapadas de terras e rios, no que sobrevem maior utilidade publica, do que da existencia e conservação das casas. E' para desejar que no nosso futuro Codigo Civil se adopte uma disposição semelhante a essa do § 27 com as expostas modificações.

DIVISÃO 3ª.

Arrendamento voluntario de casas.

§ 210.

Por effeito do pleno direito de propriedade que gozão todos os habitantes deste Imperio, é livremente permittido a todo e qualquer proprietario de casas arrenda-las ou aluga-las a quem quizer e lhe aprou-
ver; e no exercicio deste direito não soffre o proprie-
tario restricção alguma, senão no unico caso de desapropriação da casa para obras de utilidade publica. (Vejaõ-se os §§ 30 e 38) (*). Pelas disposições da Ord. liv. 4ª tit. 38 pr. e tit. 40 é tambem livre e licito ao proprietario de casas aluga-las ou perpetuamente, ou temporariamente por mezes ou por annos; ou final-
mente por épocas certas e éras assignaladas por algum

(*) Constituição politica do Imperio, art. 179 § 22.

facto notavel ou festividade, como por exemplo até S. João, Natal, etc., como é expresso na citada Ord. tit. 23 § 1.º Da mesma sorte tem o proprietario de casas a faculdade livre de convencionar, estipular, e declarar-se o mais explicitamente que quizer com o inquilino a respeito do aluguer da casa relativamente ao preço da pensão annual, mensal, ou até certa época; mas em virtude da supracitada Ord. liv. 4.º tit. 40 não pôde arrendar ou alugar suas casas senão a dinheiro, ou a pagamento por aves, taes como pombos, gallinhas, etc.

§ 211.

O contracto de arrendamento pôde ser celebrado entre o senhorio e o inquilino, ou vocalmente ou por escripto. Segundo a regra geral estabelecida na Ord. liv. 3.º tit. 59 pr., ninguém podia fazer contracto de qualquer natureza que fosse, unilateral, bilateral, oneroso, ou gratuito, e consequentemente tambem o arrendamento de casas, sem ser por escriptura publica, se o valor do contracto excedesse a quatro mil réis sobre bens de raiz, e sessenta mil réis sobre bens moveis: a esta regra fazendo a mesma Ord. excepções, diz no § 23 o seguinte: « Nem outrosim
« haverá lugar nos arrendamentos que se fizerem de
« bens de raiz por um só anno por preço que não
« passar de sessenta mil réis; porque em tal caso se
« poderão provar sem escriptura publica, pela prova
« que segundo nossas ordenações e disposições de di-

« reito fôr sufficiente. » Vê-se pois, que por esta disposição excepcional, apesar de ser a casa bem de raiz, podia-se effectuar o contracto de arrendamento ou de aluguer por escripto particular, ou sómente por palavras, e depois provar por testemunhas (que é um dos meios ou especie legal e juridica de provas), se o preço do aluguer não excedesse a quantia de sessenta mil réis. Porém tanto a regra como a excepção mencionadas daquella Ord. estão revogadas pelo Alvará de 30 de Outubro de 1793, o qual determina, que no Brasil é permittido celebrar por assignados ou escriptos particulares qualquer contracto, cujo valor não exceder a 800\$ sobre bens de raiz, e a 1:200\$000 sobre bens moveis (*).

§ 212.

A' vista do citado Alvará de 30 de Outubro de 1793
 § 1^a pôde-se pois celebrar e effectuar o contracto de ar-

(*) Depois do supracitado Alvará de 30 de Outubro de 1793 foi promulgado o de 16 de Setembro de 1814, o qual triplicou as quantias de 4\$ rs., e 60\$ rs., que marca a Ord. Liv. 3^a Tit. 59 pr. para sómente no valor dellas se contractar sobre bens de raiz e moveis sem escriptura publica. Em consequência disto se tem duvidado qual dos dous Alvarás sobreditos se deve observar e executar entre nós: querem uns, que seja o de 16 de Setembro de 1814, por ser de data posterior ao de 30 de Outubro de 1793; outros pensão, que este deve ser observado e executado entre nós, por ser especialmente decretado para o Brasil, e por isso não se deve considerar revogado pelo de 16 de setembro de 1814, embora seja de data posterior, pois que foi publicado sómente para Portugal. Eu sigo esta segunda opinião, por ser mais razoavel e adoptada por Pereira e Souza, Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, Nota 172 ao § 229, na qual mencionando as excepções legais á disposição da Ord. Liv. 3^a Tit. 59 pr. apresenta o referido Alvará de 30 de Outubro de 1793 tambem como excepção á mesma Ord.

rendamento ou aluguer de casas por papel particular, mediante as formalidades legais, até a quantia de 800\$000, isto é, se o aluguer de um anno ou de mais tempo certo não exceder a dita quantia. Se o arrendamento for perpetuo, perpetuidade que se deve entender enquanto existir o locatario ou inquilino, pois não passa por sua morte o arrendamento aos seus herdeiros, no que differe da emphyteuse de prazo e arrendamento perpetuo de propriedades territoriaes, que passa aos herdeiros ou nomeados pelo foreiro (27); então deve-se contractar no arrendamento se os pagamentos da pensão ou aluguer são por prestações de mezes ou de annos, afim de se conhecer se uns ou outros accumulados excedem ou não no preço estipulado a quantia de 800\$: se exceder o dito preço a referida quantia de 800\$ deve-se effectuar o contracto por escriptura publica; se não exceder pôde fazer-se por escripto particular: neste caso de se poder fazer o arrendamento por papel particular, quando o preço do aluguer não excede a somma de 800\$, é permittido fazer-se tambem vocalmente diante de testemunhas, com as quaes depois se possa provar a existencia do contracto, ou seja o arrendamento temporario ou perpetuo (*).

(27) Lei de 4 de Julho de 1766.

(*) O papel particular de arrendamento de casas, ainda mesmo sendo predios rusticos, é isento do sello proporcional na forma do art. 9º do Regulamento n. 681 de 10 de Julho de 1850, expedido para a execução da lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843.

§ 213.

Segundo o que fica dito a § 210, cumpre ao locador explicar-se no contracto de arrendamento o mais claramente que é possível com o locatario, conductor ou inquilino, a respeito da pensão ou aluguer da casa, e igualmente quanto á sua quantidade, preço certo, tempo do pagamento, etc., pois se o não fizer, qualquer equívoco ou duvida que occorrer se ha de interpretar contra elle locador; assim o determina a Lei Romana L. 39 ff. de Pact., a qual equiparando o vendedor e locador sem differença, dispõe, que na duvida se deve fazer toda a interpretação do duvidoso do contracto do arrendamento da casa contra o locador, que podendo se não explicou mais claramente; mas os jurisconsultos seguem a opinião, que por principio de equidade, e porque não é justo que alguém se locuplete com o alheio, a dita Lei só deve ser applicada e exêcutada contra o locador, depois que recorrendo-se ás presumpções legaes, e ás regras pelas quaes se interpretão os contractos e convenções, nenhuma dessas regras é applicavel e favoravel ao locador.

§ 214.

Para facilitar as decisões dos casos de duvidas que occorrerem ácerca do modo de interpretar o contracto de locação e arrendamento de casas, transcrevo as principaes regras de interpretação applicaveis ao dito contracto, as quaes apresentam os Jurisconsultos para depois do recurso a estas regras executar-se então a

supracitada Lei 39 ff. de Pact. — 1ª Regra. Quando fôrem duvidosas as palavras da locação e dos pactos ou estipulações nella existentes, devem ser entendidas segundo a natureza do mesmo contracto; porque a esta natureza se deve recorrer quando duvida-se da intenção das partes, e quando as mesmas palavras do contracto podem soffrer essa restricção accommodada á natureza do mesmo. — 2ª Regra. E posto que as palavras não possão servir á natureza do contracto, sempre se devem entender conforme a ella, ainda que a sua significação propria importe outra cousa, porque as palavras é que devem servir á natureza do contracto, e não a natureza ás palavras. — 3ª Regra. Devem ser entendidas as palavras conforme a disposição do Direito Commum o quanto fôr possível, quando as partes para significarem o pactuado no contracto usarem de palavras juridicas ou conformes ao Direito; mas se por uma parte estiverem no contracto palavras do costume vulgar de fallar, e por outra, palavras juridicas que pareçam indicar quererem as partes se conformar á disposição do Direito, então o pacto existente na locação deve ser entendido mais conforme o costume vulgar de fallar, do que segundo o Direito Commum.

§ 215.

Quarta Regra. Deve ser adoptada aquella interpretação, que estabelecer igualdade entre o locador e o conductor. — 5ª Regra. Deve-se fazer a interpretação de maneira tal, que nenhum dos contrahentes soffra

damno por culpa do outro.—6ª Regra. Deve-se evitar aquella interpretação, com a qual se possa entender, que algum dos contraentes quer causar damno ao outro por dolo e má fé.—7ª Regra. Deve-se fazer a interpretação de maneira tal, que nenhuma das partes fique completamente derrotada, e em favor daquelle que trata de evitar damno.—8ª Regra. Deve-se fazer tambem a interpretação no contracto de locação, conforme os costumes e usos que se observão no lugar, e se o instrumento é duvidoso só em uma parte, pôde tirar-se declaração ou esclarecimento de outra parte mais clara.—9ª Regra, finalmente. Se poderá tambem ajuntar á interpretação da locação o argumento *a contrario sensu*. Entende-se por argumento *a contrario sensu*, quando pelas palavras empregadas na Lei ou em convenção e contracto se pôde tirar conclusão ou dar intelligencia em sentido contrario, que implicitamente se contém nas mesmas palavras: assim por exemplo, supponhamos, que o proprietario ou o locador de uma casa se expressa no contracto de locação pela maneira seguinte: — Alugo o meu sobrado da rua tal, numero tanto, a F..., que me pagará mensalmente o alúguel de 50000, obrigado a fazer as despesas necessarias. Destas expressões pôde-se por argumento *a contrario sensu* tirar esta conclusão, — que se o inquilino não pagar pontual e rectamente o aluguer estipulado, ou não fizer as despesas necessarias de concerto e reparo da casa quando se arruinar, pôde ser expulso della pelo locador, ainda que assim não esteja expressament edeclarado.

§ 216.

Quando por nenhuma das sobreditas regras, ou por outras semelhantes, não se possa plenamente resolver a duvida occorrente, então a resolução que se ha de tomar deve ser antes contra o locador do que contra o conductor ou inquilino, e tem applicação e devida execução a mencionada Lei 39 ff. de Pact. (28).

Limita-se comtudo a regra desta Lei em alguns casos, dos quaes são principaes os seguintes: — 1º, se esgotada a applicação das regras de interpretação se conhecer, que ha maior verosimilhança em favor do locador, porque então deve ser attendida; 2º, quando existirem, ou restarem conjecturas que indiquem, que a vontade dos contractantes produz interpretação favoravel ao locador, devendo-se por isso admittir essa interpretação; 3º, quando o locador não tratar de augmentar a obrigação do inquilino, mas sim de a fazer transmissivel a si, defendendo sómente o seu direito; 4º, se constar, que as palavras duvidosas do contracto, de cuja interpretação se trata, forão proferidas e dictadas pelo conductor ou inquilino, porque então contra este devem ser interpretadas, porquanto sendo a razão expressa do texto da sobredita Lei — que a interpretação se deve fazer na duvida contra o locador, porque estava no poder deste explicar-se com toda a clareza, e não o fez — isto se returque no mes-

(28) Facion. de Locat. Cap. 22, ns. 114, 132, 136, 141 e 145.

mo caso contra o conductor ou inquilino, que igualmente podia se ter expressado mui claramente (29); mas se não constar de quem são as palavras duvidosas, a interpretação do pacto deve ser contra o locador.

§ 217.

O quinto caso em que cessa a execução da referida Lei contra o locador, e nem mesmo tem applicação a 2ª regra exposta no § 214, é quando á primeira vista se conhece, que o sentido proprio das palavras do contracto de locação é favoravel ao locador; porque então se deve fazer a interpretação do estipulado em seu favor. Finalmente limita-se em 6º lugar a disposição da mesma Lei, e não deve retorquir-se a sua regra contra o conductor ou inquilino, se apesar de serem por este dictadas as palavras obscuras do contracto, de cuja interpretação se tratar, fõrem a respeito de promessas de pensão e aluguer feitas pelo mesmo conductor, e ao mesmo tempo fõrem tambem obscuras a respeito de estipulações estabelecidas pelo locador, porque toda a obscuridade nas estipulações (que é o essencial do contracto) vicia o mesmo contracto, e a interpretação em tal caso deve ser em favor do promittente inquilino e contra o locador (30)*.

(29) O mesmo Pacion, cit. obra, n. 146 Confer. Boehmer. ad Pand. Exerc. 30, n. 39.

(30) Cit. Pacion. a mesma obra e n. 146.

(*) Podem-se ver outras regras de interpretação de contractos muito

§ 218.

Deve ainda o proprietario de casas, ou o locador, prevenir e acautelar outras duvidas, que podem occorrer e suscitar-se no contracto de locação e conducção entre elle e o inquilino ácerca dos limites, dentro dos quaes se deve entender comprehendido o arrendamento, isto é, qual a extensão do predio que deve occupar e gozar o inquilino, quando a locação é parcial, e quaes as partes que elle locador reserva para si ou para outros inquilinos do mesmo predio; e bem assim quaes os objectos, trastes, moveis e mobilia que cede ao inquilino, e de que este se póde servir, ou seja o arrendamento de parte ou do todo do predio. Se o proprietario ou o locador não se explicou no contracto de locação e arrendamento em ordem a prevenir e obviar duvidas futuras, não só deixando de designar os limites, dentro dos quaes deve prevalecer a posse e gozo do inquilino, mas ainda não lhe declarando os objectos, moveis ou mobilia de que póde fazer uso durante o arrendamento, neste caso é o preço da pensão e aluguer da casa que deve servir de fundamento para decidir as questões que occorrerem a tal respeito, assim como acontece no contracto de compra e venda das casas, pelo qual dizem os Juris-

bem deduzidas em Domat. Lois Civiles, pag. 17, do qual se transcreverão para o Cod. Civ. dos Francezes, L. 3, T. 2, C. 3, secção 5^a. Veja-se tambem Felice, Sect. 2, Leçons de Droit de la Nature, Lec. 31, pag. 201 do Tom. 1^o.

consultos com razão, se deve inteiramente regular o de arrendamento das mesmas (31). Assim pois da mesma sorte que a quantidade do preço na venda deve designar a parte ou o todo da casa vendida, e o que nesta se comprehende pela venda, assim tambem no arrendamento e locação das casas o maior ou menor preço do aluguer deve servir de regulador e de interprete, por assim dizer, para se terminar a questão e duvidas quanto á extensão do predio alugado, e dos objectos e moveis nelle comprehendidos (32).

§ 219.

Se porém o preço da pensão ou aluguer se ajustou particularmente entre o proprietario ou locador, e o inquilino, e não ha provas algumas, neste caso tem lugar a acção subsidiaria chamada em Direito — *Præscriptis verbis* — para se arbitrar o justo valor e preço do mesmo aluguer (33), e então servir de regulador para a decisão da questão occorrente. A vista pois do preço do aluguer da casa, e na razão e proporção de sua quantidade, ou fosse estipulado e taxado em papel particular, ou por escriptura publica, ou finalmente arbitrado por meio da dita acção, o proprietario ou locador fica com o direito, ou de res-

(31) Pacion. de Locat. Cap. 23, n. 1 e 5. Luc. de Locat. Disc. 29, n. 4.

(32) Citado Luc. de Locat. Disc. 29, n. 4.

(33) Pacion. de Locat. C. 17, ns. 34 e 65.

tringir os limites a que de mais se havia estendido o inquilino, ou é obrigado a conceder-lhe o uso inteiro, que anteriormente á questão fazia, ou pretendia fazer o inquilino da casa arrendada ou alugada, e talvez mesmo a ceder-lhe maior espaço na casa, se o preço do aluguer estiver em proporção correspondente: assim como tambem pôde tirar parte dos trastes ou moveis, se, pela modicidade do preço do aluguer, o inquilino não tiver direito a utilizar-se de todos de que estava de posse; ou enfim ser obrigado a conservar ao inquilino o uso delles, ou prestar-lhe maior quantidade, se a do preço do aluguer o constituir nesta obrigação, ou elle a contrahio por pacto ajustado com o inquilino, pois se o proprietario não tratou dar moveis e mobilia ao inquilino, este não tem direito de exigi-los, ainda que o preço do aluguer da casa seja muito grande, excepto se o proprietario ou locador costumava arrendar e alugar a casa com moveis e mobilia, porque então é obrigado a presta-la ao inquilino (34).

§ 220.

Mas é preciso distinguir os objectos que — *propriamente se chamão moveis de casa comprehendidos na significação do termo — mobilia* — dos que se denominão *pertencas ou accessorios annexos e connexos ás casas*;

(34) Cít. Pacion. de Locat. C. 23, n. 32.

porque destes uns fazem parte integrante das mesmas casas, e outros são do uso necessario e perpetuo dos seus habitantes, taes são no primeiro caso a horta, jardim e poço, a tapadora com que se elle cobra, e os utensilios necessarios para se tirar agua delle, como cordas e vasos proprios para esse fim, as estatuas, por cujas frentes se faz sahir a agua do chafariz, repuxo ou esguicho, os canos ou tubos que servem para o mesmo fim, o celleiro fixo ou edificado com madeiras fincadas na terra, o stabulo, ou estrebaria e cavalharia unida e coherente com a casa, ou que tenha entrada para ella, e finalmente todos os mais objectos desta ordem que fizerem parte integrante da casa (vejão-se os §§ 8 e 9): no segundo caso se comprehendem as chaves da casa, tanto as das portas exteriores, como as do interior, o moinho, os banheiros, os tanques de pedra destinados para deposito e reservatorio de aguas de uso da casa, da mesma sorte os canos e aqueductos, por meio dos quaes se utiliza a agua, todos os vidros ou vidraças das portas, janellas, claraboia, e de todos os mais lugares das casas onde é necessario o seu uso; em uma palavra, todos os objectos que estão pregados no corpo da casa, ou introduzidos nelle, e dos quaes se deve fazer um uso continuado e perpetuo, fixo ou movel, e bem assim quaesquer outros que, posto que não sejam pregados, são comtudo do uso necessario e indispensavel dos habitantes (35).

(35) Ferreir. de Nov. Oper. L. 2 Disc. 7 n. 12.

§ 221.

São todos aquelles referidos objectos, e outros semelhantes, que como accessorio das casas, determinão as Leis Romanas L. 245 De verb. signif., L. 13 § ult., L. 14, 15, 16, 17, § 7, L. 8 § 9 ff. De act. empt, e L. 49. ff. De contr. empt., se entendão comprehendidos e incluídos na venda das casas, quando esta se faz com a seguinte, ou semelhante clausula: — *Vendo a minha casa tal com suas pertenças annexas e connezas*—, porque esta clausula não só comprehende todo o corpo da casa ou edificio principal, como tambem todo o accessorio, ou objectos que por destino, uso e costume são pertencentes á mesma casa. Cumpre ainda observar, que os mencionados objectos pela natureza de accessorios, que lhes dão as Leis, seguem tão rigorosamente o principal, que ainda não havendo no papel ou escriptura de venda da casa a referida clausula, ou não fazendo o proprietario reserva de alguns desses objectos, se devem entender comprehendidos na venda (36). Ora, devendo-se em tudo regular o arrendamento das casas pelo contracto de compra e venda das mesmas (§ 218), segue-se, que se devem entender comprehendidos no dito arrendamento, tanto o principal que é a casa alugada, como todos os objectos accessorios della, referidos no § antecedente, *cæteris*

(36) Luca de Emption. Discurs. 34.

paribus, quando mesmo não haja declaração alguma do proprietário ou do locador, nem reserva para outro destino de alguns dos objectos accessorios. Finalmente, se a casa alugada tem em seu favor servidões activas, ou soffre servidões passivas legitimamente adquiridas, umas e outras continuão em seu vigor, ainda mesmo que não haja expressa declaração; tacitamente se subentendem incluídas no contracto de arrendamento das casas, principalmente se as servidões são continuas (37).

§ 222.

Ha porém dous casos em que o proprietário ou locador pôde privar o inquilino de usar e utilizar-se de certos accessorios, ainda que tenha alugado a casa expressamente com suas pertenças ou accessorios: o 1.^o é se costumava alugar a casa parcial, ou integralmente, reservando para sua commodidade ou recreio alguns desses accessorios, tal como poço, horta ou jardim, ou habite o proprietário ou locador no predio ou não; e bem assim, se algum desses accessorios, tal como o celleiro, e qualquer outro desta ordem, estiver em solo ou pátio intermedio á casa alugada, e a outra do dominio e posse do locador, e este o tivesse annexado á serventia da outra casa; porque sendo

(37) Luc. de Servit. Disc. 32 n. 12. Guerreir. Trat. 2 L. 6 C. 13 n. 27.

assim, ainda havendo na casa alugada portas para o jardim, ou para uso do poço, não pôde o inquilino utilizar-se destes accessorios sem consentimento do locador, e se o fizer, este pôde privá-lo, e até tapar ou gradar as ditas portas; o 2º caso é se o inquilino declarou ao receber as chaves da casa, e tomar posse della, que não queria fazer uso dos accessorios, de que por direito lhe pertencia servir-se, porque então pôde o proprietario ou locador privá-lo do uso que depois queira fazer dos mesmos accessorios, provando porém a renuncia expressa do inquilino (38)*.

§ 223.

Se o arrendamento da casa fôr por prazo perpetuo, o proprietario o pôde fazer por vidas, como na Emphyteuse, isto é, pôde autorisar o inquilino a nomear pessoa que o substitua por sua morte, e igualmente essa pessoa nomear outra, e assim por diante, para que continue o arrendamento (39); mas neste caso não se regula e rege o contracto de arrendamento de casas pelas Leis e regras da Emphyteuse, e sim pelas da locação e conducção, pelo que morrendo a ultima pessoa

(38) O mesmo Luc. supra citado.

* Por paridade de razão deduz-se a doutrina deste § do que diz o cit. Aut. a respeito da venda de casas e suas servidões, pela qual se deve regular o arrendamento.

(39) Ord. Liv. 4.ª Tit. 36 e 37 pr.

nomeada não tem o senhorio obrigação de renovar o prazo, porque não se dá neste emprasamento de casas recondução tacita, como na Emphyteuse, para que se possa reputar prorogado por outras tantas vidas quantas continha o precedente emprasamento (40). Fica assim mais amplamente declarada a doutrina que expuz ácerca desta especie de arrendamento de casas no § 213, pois a Lei de 4 de Julho de 1766, citada na nota 27 ao dito §, permite pela fórma sobredita ao locador e conductor estenderem, por assim dizer, a perpetuidade do arrendamento de casas, o que será muitas vezes util a ambos.

§ 224.

Arruinando-se as casas assim emprasadas por culpa do inquilino, ou casualmente; no 1º caso tem o senhorio acção contra o mesmo inquilino para o obrigar a reedificar e pagar a pensão ou aluguer todo (41); no 2º caso porém é controverso, se o senhorio póde obrigar o inquilino á reedificação, mas a opinião mais seguida e observada no Fôro é que o inquilino não responde por casualidades, para cuja existencia não interveio a menor culpa sua; esta opinião, além de fundada no principio e regra geral de Direito — que

(40) Silv. a Ord. supra Tit. 23 § 1 n. 45.

(41) Valasc. de Jur. Emphyt. L. 27 n. 2.

ninguem é obrigado a casos fortuitos, — tem de mais em seu apoio o *simili* do disposto na Ord. Liv. 4^o Tit. 53 §§ 2 e 3; salvo se expressamente foi accordado entre o proprietario e o inquilino, que este e as pessoas nomeadas, a quem houvesse de passar o empraçamento da casa, ficarião obrigados aos casos fortuitos (42). O que é porém certo é que acontecendo por caso fortuito total ruina e completa demolição da casa empraçada, extingue-se inteiramente o empraçamento; pelo que se o senhorio reedificar a casa, fica esta livre do encargo do empraçamento, ainda que reste alguma pessoa nomeada para continuação d'elle (43).

§ 225.

Tratarei agora da interessante questão: — Se sendo a casa *commum* é obrigado o consocio a pagar renda ou aluguer ao outro socio pela parte que tem na casa. — A regra geral é que o consocio habitando a casa *commum*, e estando esta indivisa, não deve pagar aluguer ao outro consocio: a razão que justifica e fundamenta esta regra é — que emquanto a casa está indivisa tem qualquer dos consocios parte em qualquer minima parte, e reputava-se quasi senhor da casa — e por consequente um dos socios que quer habitar a sua parte

(42) Pinheir. de Emphyt. Disp. 4 Sect. 3 n. 12 e 20. Cit. Ord. Liv. 4 Tit. 53 § 3. Cod. Freder. T. 2 Liv. 3 Tit. 3 § 3.

(43) Alvará de 21 de Janeiro de 1766.

não o pôde fazer sem conjunctamente habitar a parte indivisa do consocio (44). Esta regra, que é observada no uso e praxe do Fôro, cessa comtudo, e não deve ser admittida e executada, quando se verificarem as seguintes limitações ou excepções: 1.^a, se antes de ser a casa commum costumava estar em arrendamento, porque então é obrigado o socio que habita ou quer habitar nella a pagar renda ou aluguer pela parte que pertence ao outro socio (45). Relevã porém notar que esta limitação soffre uma modificação, e vem a ser, — que se alguem tomou de arrendamento uma casa antes de ter communhão nella, e depois adquirio o direito de communhão, terminado o tempo do arrendamento, não contrahe tacita reconducção, isto é, não é obrigado a continuar a pagar renda ou aluguer: a razão disto é, porque pela aquisição do direito de communhão muda-se a causa da posse, e por isso prevalece a supradita regra geral: pelo contrario, se o socio, depois de ter communhão na casa, tomou de arrendamento a parte do seu socio, findo o tempo do mesmo arrendamento dá-se tacita reconducção, porque não ha mudança da causa de possuir, e por consiguiente é obrigado a continuar a pagar renda e aluguer da parte da casa do consocio (46).

(44) Pacion. de Locat. C. 35 n. 37. Felice de Societat. C. 28 n. 63.

(45) Pacion. supra citado n. 42. Valasc. de Partit. C. 4 n. 20. Felice citado n. 66.

(46) O mesmo Pacion. n. 38 e 43.

§ 226.

A segunda limitação á referida regra é — se o socio que habita a casa commum controverte e questiona com o outro socio, negando-lhe o dominio da sua parte da casa, ou por qualquer outra maneira lhe impede o uso ou habitação commum da mesma casa; porque neste caso não poderá o socio habitador recusar-se ao pagamento da pensão ou aluguer, que toca ao outro socio pela sua parte. A terceira limitação dá-se quando o socio habitador da casa commum, provocado pelo outro para fazerem a partilha ou divisão da mesma, nega-se a isso, porque então em razão da mora em que se constitue, é obrigado aos damnos, e por consequencia a pagar a pensão ou aluguer proporcional ao outro socio que pediu partilha. A quarta limitação, finalmente, é — quando o socio usa de toda a casa, e percebe lucros ou outra utilidade de toda ella, sendo esses lucros e utilidade extrinsecos, isto é, diversos da simples habitação sua ou de sua familia, e de tal ordem, que não os possa obter, senão na casa commum por elle habitada, e não possa por isso fazer divisão e ceder a outra parte da casa ao seu socio; porque então é obrigado a pagar o aluguer correspondente á dita parte do mesmo seu socio (47): esta quarta limitação verifica-se, por exemplo, quando

(47) Clt. Paclon. de Locat. C. 35 n.º 44, 45 e 47.

o socio habitador tem na casa commum, loja, botequim, bilhar, etc., que commodamente não poderia ter em outra casa, ou rua, e mesmo sem perda ou diminuição de lucros ou interesses; estas vantagens, pois, que lhe provêm extrinsecamente, e além da simples commodidade da habitação pessoal, o constituem na obrigação rigorosa de pagar aluguer ao seu socio.

§ 227.

Vê-se pois pelas limitações juridicas que ficão expostas, que a regra geral de não pagar renda ou aluguer da casa commum ao socio o que habita, ou quer habitar nella, só deve ser admittida e executada no Fóro: 1º, quando pela simples habitação pessoal de um dos socios não fica o outro privado de fazer uso da casa commum, ainda que nella não habite; por exemplo, quando introduz, acondiciona ou guarda na casa objectos do seu uso domestico ou commercial, ou faz plantações de arvores, ou qualquer outra obra no quintal da mesma casa, etc.; 2º, se o que não habita, ou não quer habitar igualmente com o outro socio na casa commum não soffrer damno e prejuizo, por não haver quem queira alugar a sua parte, se a casa tiver commodos para isso, e costumava-se dar de arrendamento; 3º, se o socio habitador não se locupletar com a parte da casa do outro socio, ainda que não haja quem a queira alugar, ou não se costumasse a dar de arrendamento. Nos casos das sobreditas limi-

tações, e em outros identicos, em que o socio é obrigado a pagar renda ou aluguer da casa commum, é sem duvida que tem preferencia no arrendamento da mesma casa a outro qualquer inquilino estranho (48). Se porém a casa commum não costumava-se arrendar, e levantar-se questão entre os socios, querendo um habitar a sua parte, e o outro que se arrende o todo da casa, a decisão deve ser em favor do que quer habitar a sua parte; o outro que pretende o arrendamento de toda a casa fica com o direito em tal caso de usar da acção *communi dividundo*, para fazer a partilha da casa, protestando pela mora, em que fica o consocio habitador constituido, devendo perceber o interesse da sua parte desde a data do despacho da petição da acção de partilha, se contra o socio habitador militar e verificar-se á contrario sensu algum dos dous 1º e 3º corollarios acima mencionados, quero dizer, se com a habitação desse socio ficar o outro privado do uso da casa commum, ainda que nella não habite, ou se o socio habitador se locupletar em prejuizo do que pretende o arrendamento (49).

§ 228.

Não admittindo a casa commoda divisão e partilha, de maneira que ambos ou todos os socios fiquem

(48) Stryk. Us. mod. L. 19 Tit. 2 § 76. Glt. Felice C. 28 n. 52.

(49) O mesmo Paclon. de Locat. Cap. 19 n. 19.

com seu apartamento e habitação separada e independente, o remedio legal a que em tal caso se deve recorrer, é a licitação adoptada pelo Direito Romano, pelo código civil da Prussia, e pelo dos Francezes (50), pois na legislação portugueza, admittida entre nós, não está consignado o remedio da licitação para este caso. Deve-se porém advertir, que a licitação de que aqui se trata, tem indole e natureza diferente da licitação que é admittida no juizo divisorio de inventario, entre coherdeiros, como um incidente que precede a partilha entre os mesmos coherdeiros; pois o fim desta licitação é augmentar o valor dos bens descriptos e avaliados no inventario, obrigando-se o licitante a levar em conta no seu quinhão hereditario esse augmento de valor resultante da licitação (51); entretanto que o fim da licitação da cousa, ou da casa commum, entre os socios, é tornar particular o dominio, dando-se preferencia e adjudicando-se o dominio inteiro da casa áquelle que apresentar maior lance sobre o justo preço da avaliação della, que deve ser previamente feita por louvados peritos (52), e por este meio acabar-se com as questões da communhão, que é a mãe da discordia. Exactamente fallando,

(50) L. 4 e 3 Cod. Commun. divid. Cod. Freder. P. 2 L. 2 T. 4 art. 3 § 68 n.º 3 e 4. Cod. civil dos Francezes L. 3 T. 1 C. 6 Secç. 1 arts. 827 e 839 e Tit. 6 C. 7 art. 1686.

(51) Per. de Carvalho, Proces. Orphanolog. § 94.

(52) Peg. For. Tom. 6 C. 143 n.º 8 e 14.

é esta licitação uma completa arrematação, e por isso deve regular-se pelas regras e leis que prescrevem as formalidades da arrematação, lavrando-se a final um auto por escripto, que deve servir de titulo de dominio ao licitante. Alguns autores querem que na licitação em geral se admittão licitantes estranhos (53); não ha boa razão para se admittir a concorrência de estranhos na licitação sobre bens hereditarios e em acto de inventarios, porque, como diz o mesmo Pereira de Carvalho, citado na nota 51 a este §. (nota 157 ao § 96), isto seria o mesmo que costringer os coherdeiros a venderem contra sua vontade, o que é expressamente prohibido pela Ord., liv. 4º, tit. 11; mas na licitação da cousa ou da casa commum, é sem duvida que se deve admittir licitante estranho, por ser esta licitação, como disse, uma perfeita arrematação.

§ 229.

Convém ainda observar ácerca da licitação da casa commum, que se algum dos consocios tiver maior quantidade de valor na mesma casa, só por isso não tem preferencia em ficar com o dominio inteiro e particular della (54), salvo se der-se o caso de igual lanço

(53) Valasc. de Partit. C. 41 n. 7, e Guerreir. Tract. 1 L. 1 Cap. 3.

(54) Cod. Freder. Parte cit. Art. 3 § 68 n. 5.

com outro socio de menor quantidade, mas se o lance deste exceder ao daquella, se lhe deve adjudicar o dominio da casa (55), assim como que qualquer consocio de maior ou menor porção prefere em igual lance ao licitante estranho (56). Emfim a este remedio da licitação só devem recorrer os consocios da casa commum (quando esta não admittir commoda divisão e partilha) no ultimo caso em que se não possam acordar por algum dos meios estabelecidos e facultados pela Ord., liv. 4, tit. 96, § 5, a qual dispõe permissivamente, e não com força de obrigação, que os herdeiros ou companheiros (consocios) que não puderem partir entre si uma coisa sem damno, isto é, uma coisa indivisivel por sua natureza, como um escravo, ou por sua construcção estructura e fim, como um moinho, devem vendê-la a qualquer dos socios que a queira comprar, ou troca-la por outra coisa por consentimento de todos, ou finalmente arrenda-la e partirem entre si a renda, se não puderem chegar a um accordo pelos dous primeiros modos.

§ 230.

Se a casa commum admittir commoda partilha e divisão de apartamentos independentes para todos os

(55) Constantín. ad Stat. Urb. Annot. 21 art. 2 n^{os} 109 e 110.

(56) Corradín. de Jure Praedicton. Q. 53 n. 11.

socios, deve a partilha ser feita com as seguintes equidades: 1ª, se algum dos consocios tiver algum predio contiguo á casa commum, a parte que esta lhe houver de pertencer, lhe deve ser adjudicada na contiguidade do seu predio particular (57); 2ª, que não é necessario na partilha da casa commum se declararem expressamente os direitos e obrigações reciprocas das servidões continuas que tem, e que é obrigado a cumprir, cada um dos consocios, ou a que está sujeita a casa, taes como as servidões do estillicidio, ou beiraeas, a *Tigni imittendi*, a *oneris ferendi*, a *luminis recipiendi*, etc., porque as servidões urbanas continuas e reaes, uma vez legitimamente adquiridas, são perpetuas, e por isso independente de nova convenção subentendem-se mutuamente em vigor entre os consocios da casa commum, ainda depois da partilha della; 3ª, que se a casa commum soffrer servidões passivas discontinuas e pessoaes, como, por exemplo, a de entrada, e caminho pela casa ou quintal, ou de uso e fructo, ou de habitação, etc., é preciso, que expressamente se reservem e constituão nas partilhas, porque do contrario ficão extincas, e as partes de cada um dos consocios ficão livres dellas (58); 4ª, que, se todos os consocios não convierem, não se deve dividir o portico, alpendre, ou páteo, por onde antes da partilha se entrava e passava

(57) Guerreir. Tr. 2 L. 6 C. 13 n. 27.

(58) Felice de Societ. C. 39 n. 106, Fabr. in Cod. L. 3 Tit. 24 defin. 2.

para a casa commum, mas deve ficar commum e serviente a todos os apartamentos, podendo, não obstante, cada um dos socios abrir porta no seu apartamento; se todos concordarem, e fôr possível a divisão do portico, ou páteo, deve-se fazer (59) com perfeita igualdade.

Finalmente devem-se praticar as demais equidades, precauções, e igualdades, que por direito são recommendadas nas partilhas em geral.

CAPITULO X.

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO SENHORIO E DO INQUILINO RESULTANTES DO CONTRACTO DE ARRENDAMENTO: QUAES OS CASOS EM QUE AQUELLE DURANDO AINDA O ARRENDAMENTO PODE LANÇAR ESTE FORA DA CASA, E QUANDO NÃO PODE AUGMENTAR O ALUGUEL.

DIVISÃO 1ª.

Direitos e obrigações do senhorio e do inquilino.

§ 231.

Effectuado o contracto de arrendamento ou locação com as formalidades e cautelas expostas no capitulo antecedente, adquire o proprietario, locador, ou senhorio, os seguintes direitos: o 1º é o de hypotheca legal e especial nos moveis que o inquilino introduzir dentro da casa, ou seja este menor de vinte e um annos,

(59) Richer, Jurispr. Univ. Tom. 3 § 1060.

clerigo ou já subconductor de toda a casa; se o inquilino for subconductor sómente de parte da casa arrendada ou alugada, os bens que introduz nessa parte só ficão tacita e especialmente hypothecados ao senhorio para pagamento da pensão ou aluguer que se obrigou a pagar o mesmo inquilino pela parte habitada por elle e sublocada pelo conductor, ficando este responsavel pelo resto do pagamento, ou outros inquilinos, *pro rata*, que habitarem o predio, de maneira que fique completo o pagamento total do senhorio: procede ainda a dita hypotheca legal e especial nos bens ou moveis introduzidos dentro da casa alugada pelo inquilino, ainda que este seja estudante, professor, advogado e magistrado, exceptuando-se sómente os seus livros, que tacitamente se não comprehendem na hypotheca (1), porque não estão sujeitos á penhora.

Além da sobredita excepção dos livros dos estudantes e das pessoas referidas, tambem são exceptuados e excluidos da hypotheca tacita e legal os moveis dos officiaes militares, e soldados, por privilegio que lhes concedeu contra a execução de qualquer divida a lei de 21 de Outubro de 1763 § 13; pelo que só os ditos militares fazendo renuncia expressa do seu privilegio no contracto de arrendamento da locação podem ficar os seus moveis sujeitos á hypotheca e execução do aluguer da casa.

(1) Ord. L. 3^a tit. 86 § 23, Silv. á Ord. Liv. 4 Tit. 23 § 3 n. 25. Cost. de Privil. credit. Reg. 3 Ampliat. 3 n. 17. Moraes de Execut. L. 1 C. 4 § 1 n. 46, 48, 54 e 88. Ferreir. Dec. 127.

§ 232.

O segundo direito que compete ao senhorio, ou locador, e que é uma consequencia do primeiro, é o de prelação ou preferencia a outro qualquer credor para se pagar dos alugueres com o valor ou producto dos bens especialmente hypothecados, direito que lhe dá a lei de 20 de Junho de 1774 § 38; mas tendo-se suscitado duvidas e questões se todos e quaesquer bens que erão pelo inquilino introduzidos nas casas alugadas, estão sujeitos á tacita e especial hypotheca e igualmente ao direito de prelação, forão essas questões decididas e terminadas pelo Alvará de 24 de Julho de 1793, o qual no § 2º dispõe da maneira seguinte:— Os credores porém pelo aluguer das casas urbanas, os quaes por todas as mais antigas leis tem especial hypotheca nos *moveis e trastes do conductor* nellas introduzidos para *commodidade e uso da habitação*, deverão sómente a respeito do producto *destes e não de outros bens e generos de commercio* ter preferencia para pagamento dos alugueres a quaesquer outros credores do fallido.

A mesma doutrina deste Alvará se deve entender adoptada e consignada na letra do artigo 877 § 1º do nosso codigo commercial, que dispõe o seguinte:— Tem o credor hypotheca tacita especial:— § 1º, nos *moveis*, que se acharem dentro da casa, para pagamento dos alugueres vencidos. . . . O vocabulo *moveis* se deve entender no sentido proprio e na significação

natural do termo *mobilia*, como trastes de casa para a commodidade e uso da habitação (veja-se o § 220); e quanto á prelação e preferencia, se ha de entender a transcripta disposição do citado código combinada e de accordo com as disposições dos artigos 618 § 3º e 622 do Decreto e Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, que determina e estabelece a ordem do juizo no processo commercial.

§ 233.

Segundo o Direito Romano exposto por alguns juriconsultos (2), os bens e generos, que o inquilino introduzia no armazem propriamente dito, que alugava distincto e separado de sua casa de habitação, e que se costumava arrendar para nelle estarem fazendas e outras mercadorias de commercio dentro da cidade ou villa, estavam sujeitos á tacita hypotheca para pagamento dos alugueres do mesmo armazem; porque sendo este uma especie de predios urbanos (veja-se o § 6), e sendo permittido por Direito a tacita hypotheca nos bens introduzidos nestes predios para pagamento dos seus alugueres, da mesma sorte não estão isentos da dita hypotheca os bens que se acharem no armazem alugado nas referidas condições, ainda que sejam

(2) Vin. Select. L. 1 C. 30. Constantin. de Stat. Urb. Annot. 30 n. 154. Pacion. de Locat. C. 40 n. 121.

mercadorias commerciaes. Lobão no seu trat. de dir. das casas nota 1 ao § 43, adoptando esta doutrina do Direito Romano, diz, que á vista della deve cessar a execução do sobredito Alvará de 24 de Julho de 1793 § 2º quanto aos armazens, que fõrem qualificados *predios urbanos*,¹ e como taes arrendados nas cidades e villas, para ter lugar a hypotheca nos bens nelles introduzidos para pagamento dos alugueres. Não me parece fundada esta opinião de Lobão, porque sendo o Direito Romano sómente subsidiario em falta de legislação patria, ou em algum caso omisso na mesma legislação, como é expressamente declarado na Ord. liv. 3 tit. 64 pr. , por isso em lugar de cessar a disposição e applicação do supraцитado Alvará a respeito da prohibição por elle decretada para não ficarem hypothecados especialmente os bens ou fazendas introduzidas nos armazens das cidades e villas, deve pelo contrario cessar a applicação do Direito Romano neste caso, que não é omisso no mesmo Alvará, por isso que a prohibição de não serem comprehendidos na hypotheca especial os *bens e generos de commercio* introduzidos nos predios urbanos abrange principalmente os armazens, onde se introduzem mais fazendas do que nas casas e mesmo nas lojas.

§ 234.

Apezar do favor e protecção que merece o commercio, como uma das fontes e elemento da riqueza

nacional, todavia não deixo de reconhecer os inconvenientes e embaraços, que podem resultar de executar-se a prohibição do mencionado Alvará geralmente a respeito de todos os generos e fazendas commerciaes introduzidos nas casas urbanas, *inclusive os armazens*, contra uma das melhores garantias legaes dos proprietarios, ou senhorios, para serem promptamente embolsados dos alugueres vencidos dos seus predios, porquanto só tendo os ditos proprietarios hypotheca especial nos bens dos inquilinos introduzidos nos predios locados é que podem executar-os e haverem por este meio summario o seu pagamento, como adiante mostrarei; a mobilia que os commerciantes teem nos armazens é ordinariamente muito insignificante, e pôde dar-se até o caso, de que não tenham nenhuma, ou por motivo de economia (ainda que mal entendida), ou para evitarem, quando remissos e reluctantes em pagar os alugueres, uma penhora e execução, certos de que não a soffrerão nos generos do seu commercio.

Estes inconvenientes porém só demonstrão e provão a necessidade de uma medida legislativa a este respeito, mas não que o Direito Romano seja nesta parte executado com preferencia ao Alvará de 24 de Julho de 1793, §. 2º.

E' pois necessario, que por disposições do nosso codigo civil, ou de qualquer outra lei, se sustente a garantia da tacita hypotheca, que por Direito pertence aos proprietarios de predios urbanos, nos bens dos inquilinos introduzidos nesses predios alugados, estenden-

do-se a dita hypotheca a alguns generos e bens de commercio, adoptando-se para este fim, ou a referida jurisprudencia romana, ou quaesquer outras providencias tendentes a remover os supramencionados inconvenientes.

§ 235.

Não se livra o inquilino da sobredita tacita hypotheca nos seus bens ou moveis, que introduz na casa arrendada, ainda que dê penhores ao senhorio para garantir o pagamento do aluguer (3), excepto se no contracto do arrendamento da casa, ou no papel da clareza dos penhores, declarar expressamente o senhorio, que renuncia esse seu direito de hypotheca nos moveis do inquilino, porque então ficão isentos da hypotheca, e só assim é que o inquilino pôde licitamente aliena-los, ou transporta-los para fóra da casa alugada, sem opposição do senhorio, pois se praticar qualquer destes dous actos clandestinamente, ou sem autorisação expressa ou tacita do senhorio, ficão os moveis sujeitos á hypotheca no poder de qualquer terceiro possuidor, e por consequencia tambem a penhora. Se porém o inquilino aliena ou transporta para fóra da casa alugada os seus moveis com consentimento expresso ou tacito do senhorio, não só cessa a hypotheca especial, como tambem a penhora

(3) Silv. & Ord. Liv. 4 Tit. 23 § 3 n. 23, Pacon. de Local. C. 49 n. 156.

nesses moveis em outra parte, aonde se acharem (4). E' assim que se deve praticamente executar a Ord. liv. 4^o tit. 23 § 3^o. Da mesma sorte não tem lugar a hypotheca nos bens alheios introduzidos na casa alugada, nem podem penhorar-se para pagamento do aluguer, porquanto este privilegio do senhorio só deve pesar sobre aquelle, que é legalmente obrigado á satisfação da pensão ou aluguer, e a essa satisfação só devem estar sujeitos os bens ou moveis do conductor, ou sub-conductor (5) (veja-se o § 231), pelo que, se acontecer que sejam penhorados os moveis introduzidos na casa alugada na supposição de serem do inquilino, o verdadeiro dono delles justificando seu legitimo dominio, e que os havia emprestado ou alugado ao inquilino, deve-se levantar a penhora, e se lhe mandar entregar os moveis.

§ 236.

Nem ainda dando fiador idoneo se exime o inquilino da hypotheca especial nos seus moveis introduzidos na casa alugada, salvo se, como no caso dos penhores, o senhorio expressamente renunciar esse direito da hypotheca; não havendo a dita renuncia do senhorio, tanto a hypotheca, como a obrigação do fiador, amplia-se e es-

(4) Repertor. (Fernandes Thomaz) Conclusão. Penhorar pôde mandar o senhorio, etc. Not. 8 no fim. Silva supra citado n^o 43 e 14.

(5) Cost. de Privil. Cred. Reg. 3 Ampl. 3 n. 2. Moraes de Exec. L. 1 C. 4 § 1 n. 63.

tende-se a todas as damnificações, que fizer o inquilino na casa arrendada, mas quanto á satisfação ou indemnisação dessas damnificações não procede a acção summaria e executiva em favor do senhorio, deve havê-las por acção ordinaria (6); bem entendido, se as damnificações ou destruições acontecidas na casa alugada fôrem provenientes da *culpa larga ou leve* do inquilino, porque se acontecerem por *casos fortuitos*, a que se não obrigou o inquilino, ou mesmo por *culpa levissima*, tal como o incendio da casa occasionado por algum descuido, que se costuma chamar incendio casual, não tem o senhorio direito á indemnisação de taes danos (7).

Finalmente, é questionado entre os jurisconsultos, se do privilegio da *tacita hypotheca* e da prelação ou preferencia goza o sublocador da casa contra o seu sub-conductor, mas o citado Silva á Ord. liv. 4.^a tit. 23 § 3 n. 27 a 30, assenta que só competem os ditos direitos e privilegios ao sublocador contra o sub-conductor, fazendo o primeiro locador cessão delles no contracto de arrendamento, isto é, declarando expressamente que o conductor pôde sublocar o predio, e que lhe cede todos os direitos que lhe competem para o pagamento e embolso dos alugueres vencidos contra o sub-conductor; o que importa neste caso a clau-

(6) Cit. Moraes de Exec. n. 64, e o mesmo Silva n. 33.

(7) Leis Romanas L. 13 § 1 L. 19 § 1 e L. 23 D. de reg. jur. Silv. á Ord. Liv. 4 Tit. 27 pr. n. 18.

sula de constituir o conductor procurador *em causa propria*, transferindo-lhe a posse civil do predio (8).

§ 237.

O terceiro direito que compete ao senhorio contra o inquilino, é a acção summaria e executiva para cobrar e ser embolsado dos alugueres vencidos da casa arrendada, exhibindo escripto de arrendamento. Este direito, ou antes este privilegio, que é concedido aos proprietarios de predios urbanos, pela Ord. liv. 4^o tit. 23 § 3, só podem os mesmos proprietarios ou locadores exercer, quando não o renunciãrão em favor do inquilino, contra este e o sub-conductor propriamente tal, e não contra terceiras pessoas, que estiverem morando por qualquer modo licito na casa alugada. Assim como tambem não pôde usar da acção executiva contra o inquilino, para haver os alugueres vencidos, em todos os casos, em que deve cessar a hypotheca especial nos bens introduzidos na casa alugada pelo mesmo inquilino; estes casos são os que ficão referidos no § 231 e seguintes; a razão disto é porque, devendo sómente proceder a execução para o pagamento dos alugueres nos *moveis e mobílias* pertencentes ao inquilino, nos casos em que se dá a hypotheca tacita especial nos ditos moveis, não é admissivel a acção executiva do senho-

(8) Portug. de Donat. L. 4 Præiud. 1 n. 14.

rio ; é portanto aquella hypotheca o fundamento desta acção, mas nem por isso fica o senhorio privado de cobrar os alugueres vencidos por acção ordinaria, e obtida a sentença em seu favor e em ultima instancia, pôde executar e fazer a penhora em quaesquer bens do inquilino, para com o producto da arrematação delles ser embolsado. Na terceira parte deste Tratado exporei o modo de intentar a acção executiva do senhorio contra o inquilino, e então se verá, que não pôde o senhorio mandar ao official de justiça fazer a penhora nos moveis do inquilino, por seu mandado proprio, sem autoridade da justiça, como parece entender-se da disposição da citada Ord. liv. 4.^a tit. 23 § 3.

§ 238.

O quarto direito que compete ao senhorio contra o inquilino é o da — *tacita reconducção* — a qual consiste em poder obrigar o inquilino continuar a morar na casa alugada ainda por mais um anno, depois de findo o tempo estipulado no arrendamento, se este fôr contractado para findar em tempo e época certa e determinada (veja-se o § 240); mas para o senhorio exercer legalmente este direito deve cumprir a condição, que estabelece a supradita Ord. liv. 4. tit. 23 § 1.^a, que determina do modo seguinte (segunda parte):

« E querendo os senhorios das casas, que os
 « alugadores fiquem nellas por mais tempo, devem-os
 « requerer trinta dias antes do tempo acabado, se que-

« rem ficar nellas por mais tempo, e feito este reque-
 « rimento, os alugadores devem dar sua resposta até
 « tres dias, e dizer se querem ficar nellas, ou não. E
 « não dando resposta nos ditos tres dias, dali em diante
 « serão obrigados ter as casas, e pagar o aluguer dellas
 « o anno, que vier; do que não serão escusos, posto
 « que digão que têm outras casas alugadas, pois não
 « derão resposta no tempo que devião. »

§ 239.

Cumprindo pois o senhorio esta condição legal de avisar o inquilino trinta dias antes de concluir-se o tempo do arrendamento da casa, se quer ou não continuar no arrendamento, e não dando o inquilino sua resposta no prazo de tres dias, adquire o senhorio o direito de obriga-lo a pagar-lhe os alugueres por mais um anno, ainda que não more na casa, como se collige da disposição do sobredito § 1º da citada Ord., e ainda que allegue que tem outra alugada. Se o inquilino porém não quizer, ou não puder dar sua resposta verbal ou por escripto ao senhorio, e fôr sua intenção não querer mais ficar na casa arrendada, pôde despedir-se desse arrendamento, livrar-se da recondução, e por consequencia de pagar os alugueres do anno subsequente ao primeiro arrendamento, pondo escripto na casa arrendada dentro dos tres dias, que se seguirem ao aviso do senhorio, e em que é o inquilino obrigado a responder; para isto está autorizado tanto o inquilino do ar-

rendamento de tempo certo, como outro qualquer inquilino (que não seja de arrendamento perpetuo), pelo Alvará de 22 de Maio de 1771, o qual declarou — que as pessoas que puzerem escriptos nas casas alheias em que morarem, só por este facto ficão despedidas dellas. — Estes escriptos são, como sabem todos, uma especie de annuncio de que aluga-se a casa, e tem por fim evitar o prejuizo dos interesses do senhorio, não os preterindo o inquilino com a omissão da sua resposta no termo legal, pois é por causa dessa preterição de interesses do senhorio, que pôde dar-se pela falta de resposta do inquilino, que a precitada Ord. § 1.^o dá o direito ao senhorio da recondução contra o inquilino.

§ 240.

Esta Ord. é nesta parte uma ampliação do Direito Romano, que só permittia a *tacita recondução* nos predios rusticos, e não nos urbanos (9).

Se, terminado o tempo contractado para duração do arrendamento, houver *tacita recondução*, o privilegio da hypotheca tacita legal ainda continua durante o tempo da recondução em favor do senhorio (10); devendo a continuação da dita hypotheca na tacita re-

(9) Leyser. Jus. Georg. L. 1 C. 5 n. 7. Silv. á Ord. Liv. 4 T. 23 § 1 n. 9.

(10) L. 14 § Impleto ff. Locat. Fabr. in Cod. Tit. de Locat. Definiç. 45 (por paridade de razão da recondução dos predios rusticos).

condução principiar do dia seguinte ao ultimo da primeira condução, ou arrendamento. Do mesmo modo deve-se entender a continuação da tacita hypotheca, se, durante ainda o tempo do primeiro arrendamento, houver prorrogação e recondução expressa, que pôde ser pactuada entre o senhorio e o inquilino (11). Se um terceiro por favor e protecção ao inquilino, ou por exigencia do senhorio, der a este hypotheca em seus bens para garantia dos alugueres da casa, esta hypotheca não se estende nem á recondução expressa nem á tacita; o mesmo acontece com a obrigação do fiador, prestado para o mesmo fim de garantir os alugueres; esta obrigação só vigora durante o tempo do primeiro arrendamento, e quanto ás damnificações praticadas na casa pelo inquilino dentro do mesmo tempo (veja-se o § 236); não se estende portanto á recondução, quer seja expressa, quer tacita (12).

§ 241.

O quinto direito que compete finalmente ao senhorio é o — de despejar ou lançar fóra da casa o inquilino. — Este direito o senhorio pôde exercer *ordinaria ou extraordinariamente*: exerce-o *ordinariamente*, quando,

(11) Silv. supra á Ord. L. 4 Tit. 23 n.º 16 e 17.

(12) Merlin. de Pignor. L. 3 T. 1 Q. 39 n.º 5 e 11.

sendo o arrendamento ajustado e contractado por mezes, anno, ou outro mais tempo certo, findo este o não querendo mais arrendar o seu predio ao mesmo inquilino, este recusa restituir-lhe a posse do predio; mas para o senhorio exercer este direito legalmente cumpre-lhe, como no caso da tacita recondução, avisar o inquilino trinta dias antes que se acabe o tempo do arrendamento; esta obrigação lhe é imposta pela mesma Ord. liv. 4.^o tit. 23 § 1.^o, que dispõe o seguinte:

« Porém as pessoas que tiverem casas, e as alugarem a
 « outrem por tempo certo, assim como até S. João, S.
 « Miguel, Natal, ou outro tempo declarado pelas par-
 « tes, devem, trinta dias antes que se acabe o tempo
 « do aluguer, requerer os alugadores, que lh'as dei-
 « xem e despejem quando se acabar o tempo: e feito
 « o dito requerimento, poderão fazer das suas casas
 « o que quizerem. »

Precedendo este aviso ao inquilino, se apezar d'elle recusa entregar ao senhorio a posse da casa arrendada, então pôde ser legalmente despejado; vê-se, pois, que para o senhorio exercer ordinariamente o direito de despejo contra o inquilino é mister que se tenha concluido o tempo do arrendamento contractado.

Note-se, que essa terminação de tempo se entende mesmo no caso em que o inquilino se obrigou a pagar o aluguer no fim de cada um mez; pôde portanto ser despejado pelo senhorio, se este não quizer mais alugar-lhe a casa, no fim de qualquer mez, devendo porém o mesmo senhorio satisfazer a exigencia da citada

Ord., avisando o inquilino no primeiro dia do mez, em cujo fim quer despedi-lo da casa alugada. Esta é a pratica admittida no fòro, e bem deduzida da disposição do transcripto § 1º daquella Ord.

§ 242.

Exerce o senhorio o direito de despejo *extraordinariamente*, isto é, ainda durante o arrendamento, nos casos que adiante exporei: á acção do despejo pôde o inquilino oppôr-se em tres casos: 1º, quando o tempo do arrendamento não estiver acabado, porque, como fica dito no § antecedente, antes de concluido o tempo do arrendamento não tem lugar o despejo; 2º, quando o inquilino tiver feito despezas com bemfeitorias, necessarias ou uteis á casa alugada, porque então pôde reter a posse da mesma casa até que lhe sejam as despezas pagas pelo senhorio, retenção esta que é permittida ao inquilino pela terminante disposição da Ord. liv. 4ª tit. 54 § 1º, que dispõe do modo seguinte: « E se o que recebeu a cousa emprestada, alugada, ou
 « arrendada, fez nella algumas despezas necessarias,
 « ou proveitosas, poderá reter em si a dita cousa até que
 « lhe seja paga a despeza que nella fez. » Mas o inquilino para poder gozar do beneficio da retenção que lhe é outorgada por esta Ord., e igualmente pelo Alvará de 27 de Novembro de 1804, e suspender o despejo, é necessario que exhiba em juizo consentimento expresso e por escripto do senhorio, pelo qual fosse autorizado a

fazer as despesas necessarias ou uteis no predio alugado, devendo essa exhibição do consentimento do senhorio ser feita *in continenti*, isto é, logo que pedir vista da acção do despejo, pois só assim lhe será concedida a vista com suspensão do mesmo despejo para deduzir os seus embargos, o que é expressamente declarado no Assento de 23 de Julho de 1811. Pela disposição da Ord. liv. 3^o tit. 30 § 3^o, é summaria a acção de despejo, de que póde usar o senhorio contra o inquilino, apresentando esta *autorisação expressa* do mesmo senhorio *in continenti* para fazer as despesas necessarias ou uteis na casa alugada, na fórma exigida pelo citado Assento; se o inquilino pois exhibir a dita expressa autorisação do senhorio, procede a retenção em seu favor, suspende-se o despejo, e prosegue a causa seu curso summario até final sentença (13).

§ 243.

O terceiro caso, em que o inquilino póde oppôr-se ao despejo da casa, é — se tem em seu favor *preferencia legal* a outro qualquer inquilino.

Todos os estudantes de qualquer faculdade, pagando pontualmente o aluguer das casas, não podem ser expulsos dellas para se alugarem a outras pessoas (14);

(13) Lobão Acç. Summ. § 453 e seguintes.

(14) Corrêa Telles Doutr. das Acç. Not. 2 ao § 374.

a mesma preferencia tem a outro inquilino estranho o socio da casa commum, quando esta se der de arrendamento, e o socio seja obrigado a pagar aluguer pela outra parte ou partes dos demais socios (veja-se o § 227, 2ª parte). Não pôde porém o inquilino oppôr-se ao despejo, allegando que é senhor da casa, por qualquer titulo que seja, singular, como o de compra, ou universal, como o de herdeiro; a Ord. liv. 4ª tit. 54 § 3ª lhe prohibe fazer tal opposição, e o obriga a entregar a casa, e depois demandar a posse della com o seu titulo de dominio. Alguns autores são de opinião, que qualquer inquilino que pagar rectamente os alugueres da casa, não pôde ser despejado pelo senhorio sem uma causa justa, e sómente para a alugar a outro; esta opinião é muito justa, e deprehende-se da Ord. liv. 4ª tit. 24 pr.

Emfim do direito e remedio do despejo pôde usar o senhorio ou seus successores mesmo no arrendamento perpetuo da casa, quando, findas as vidas das pessoas nomeadas, se conservão morando na casa outras pessoas indevidamente (15). Segundo o disposto no mesmo Assento de 23 de Julho de 1811, citado no § 242, podia o inquilino oppôr-se tambem ao despejo da casa alugada, allegando e exhibindo documento pelo qual se mostrasse que tinha aposentadoria activa legitimamente concedida na casa, mas esta

(15) L. Si quis conductionis, L. Conductores Cod. Locat. Pacion. de Locat. Cap. ultim.

excepção ou opposição do inquilino fundada no direito de aposentadoria é hoje inadmissivel pelos Decretos de 11 e 25 de Maio de 1821, porquanto por estes Decretos, mandados observar pela lei de 20 de Outubro de 1823, foi abolido este direito e privilegio de aposentadoria activa, para não proceder como opposição ao despejo de casas alugadas.

Direitos do inquilino.

§ 244.

Os direitos que immediatamente adquire o inquilino, logo que por mutuo consenso delle e do senhorio effectua-se o contracto de locação e conducção, ou o assignão quando é por escripto, são os seguintes: — o 1º é o de exigir a tradição ou entrega da casa alugada e o livre uso della integral, ou parcial, conforme fôr o arrendamento de todo ou de parte da casa; por isso que o senhorio torna-se responsavel e é obrigado a fazer a dita entrega, desde o momento, em que acabar de firmar ou contractar o arrendamento com o inquilino, de maneira que em consequencia desta obrigação cumpre-lhe remover todos os obstaculos e embaraços, que poderião impedir e estorvar ao inquilino o uso da casa alugada, ou esses obstaculos provenhão de facto seu, ou de terceiro, quando, sendo-lhe possivel evitar o estorvo que esse terceiro faz ao inquilino do uso da casa, não o fez; se porém o se-

nhorio não pôde prever nem impedir o facto de terceiro, que obsta ao inquilino o uso da casa arrendada, então deve ou abater o aluguer estipulado, ou restituí-lo ao inquilino, no caso de o ter já recebido; se não quizer abater, o inquilino pôde arrepender-se e rescindir o contracto de arrendamento; se recusar restituir o dinheiro do aluguer que recebeu adiantado constitue-se *em mora*, e é obrigado a pagar ao inquilino os juros legais do dinheiro desde o momento da recusa (16). O segundo direito que adquire o inquilino é o de obrigar o senhorio a fazer os reparos ou concertos necessarios no predio alugado (17).

§ 245.

O terceiro direito que compete ao inquilino é o de poder repetir ou cobrar do senhorio as despesas necessarias, ou uteis, que fez na casa alugada, e igualmente de exigir a indemnisação do damno causado pelo máo estado da casa, por exemplo, se desabando alguma parede, ou qualquer outra parte da casa, por estar arruinada, destruiu os moveis do inquilino, ou lhe matou algum escravo, ou animal de valor, etc., e não se exime o senhorio de pagar o damno do in-

(16) Leis Romanas L. 9 L. 45 § 4 e 2 L. 19 § 2 D. Locat.

A Lei de 24 de Outubro de 1832 manda contar os juros de 6% ao anno quando as partes não os estipulão.

(17) Cit. L. 45 § 4 D. eod.

quilino neste caso, ainda que allegue ignorancia do mau estado da casa, porque é de sua obrigação saber se a casa está ou não capaz de ser alugada e habitada (18).

São despesas necessarias todas aquellas, que indispensavelmente se devem fazer para occorrer á maior, ou total ruina da casa : estas despesas é o senhorio ou proprietario da casa obrigado a fazer, e por conseguinte a paga-las ao inquilino, posto que não lhe tivesse dado expressa autorisação para as fazer (19): este consentimento expresso do senhorio é exigido tanto para as despesas de bemfeitorias necessarias, como uteis, para dar direito ao inquilino de suspender o despejo (§ 242), mas não é preciso para lhe dar o direito de repetir do senhorio essas despesas que fez na casa alugada (20). Quanto ás despesas ou bemfeitorias uteis, estas por causa de sua natureza variavel, em relação ao estado da pessoa do inquilino e dos objectos da casa, sobre que recahem, podem ser por este umas vezes repetidas, e outras vezes não; convem demonstrar isto.

§ 246.

Em regra geral são uteis todas as despesas que feitas nas casas lhes dão fructo, isto é, uma vantagem

(18) Lei 19 § 1 D. li. 1. x ?

(19) Garcia de Expens. Cap. 10. x

(20) L. 55 § 1 L. 61 D. cod.

maior no valor da propriedade ou nos seus accessorios, ou que se fazem tão sómente para *ornamento e recreio*: do primeiro genero são, por exemplo, as despesas, que o inquilino faz em beneficiar o poço, ou aqueducto da casa para utilizar-se da agua potavel, ou as que faz para melhorar o calçamento do pátio, ou quintal da casa, emfim todos os concertos e reparos do interior da casa, taes como portas e janellas novas para substituir as podres ou arruinadas, os vidros, que manda collocar nos caixilhos tambem para substituir os quebrados, etc., etc.: do segundo genero são as despesas feitas com pinturas, com a construcção de jardins, etc. (21): em consequencia desta dupla accepção, em que se devem entender as despesas uteis, os juriconsultos as dividem em *uteis propriamente ditas*, e em *voluptuarias*, applicando a primeira denominação ás do primeiro genero, e a segunda ás outras do segundo genero, e accrescentão, que estas ultimas só se reputão *uteis a respeito de pessoas illustres*, e não a respeito de outras pessoas, que não tem tratamento elevado, donde concluem, que as despesas uteis em geral, sendo feitas por inquilinos chamados *illustres*, a estes compete o direito de repeti-las do senhorio, e que os outros inquilinos só tem direito de repetir as despesas *uteis propriamente taes* (22). Confesso, que não acho justa esta doutrina; ella é um dos resultados

(21) Citadas Leis 55 § 4 e 61 D. cod.

(22) Peg. Tom. 4 4^o Ord. pags. 57 e 58 n^os 88 e 91, onde traz casos julgados.

do systema de *privilegios* adoptado pela legislação portugueza; e deve ser esta materia considerada e consignada no nosso codigo civil debaixo do ponto de vista de igualdade para todos os inquilinos, visto como estão abolidos entre nós os privilegios pelo § 16 do art. 179 da Constituição, e garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude, § 22 do citado artigo da Constituição. Se o proprietario da casa alugada não quer pagar ao inquilino as despesas *voluptuarias*, fundado em que não deu consentimento para se ellas fazerem, não tem o inquilino acção contra elle para o obrigar judicialmente a pagar-lhe, mas póde arrancar essas bemfeitorias voluptuarias, comtanto que não cause lesão ao primeiro estado, em que estava a casa (23); o senhorio póde porém obstar a esse arrancamento offerecendo a importancia do preço das mesmas bemfeitorias, ou a depositando em juizo, se o inquilino caprichosamente não quizer receber (24). Em todo o caso o inquilino, para evitar questões com o senhorio, deve obter o consentimento deste para fazer as despesas uteis, quer do primeiro, quer do segundo genero, porque mesmo quanto ás do primeiro póde-se suscitar questão, se a bemfeitoria é ou não *propriamente util*.

§ 247.

O quarto direito que tem o inquilino contra o senhorio

(23) Cit. Peg. pag. 61 n. 120, onde tambem traz casos julgados.

(24) Angelis de Impens. art. 4 n. 63.

rio é o de obriga-lo a pagar-lhe as perdas e interesses, que o senhorio lhe causar, e privar por culpa leve (25); talé, por exemplo, o caso da Ord. liv. 4.^o tit. 9.^o pr., a qual determina, que o senhorio ou locador, tendo feito com o alugador ou inquilino contracto de arrendamento por dez annos, é obrigado a manter este contracto, e querendo vender a casa, alugada por aquelle espaço de tempo de dez annos, deve estipular na escriptura da venda, que o comprador conservará o inquilino e guardará o contracto até ser de todo acabado, de maneira que se acontecer por culpa do proprietario da casa, deixando de fazer a dita estipulação com o comprador, que o inquilino seja por este expulso da mesma casa, ao inquilino compete o direito de demandar ao senhorio as perdas que soffreu, e os interesses que perden por causa da expulsão (26). O quinto direito que compete ao inquilino, é o de repetir ou cobrar do senhorio a renda ou aluguel da casa que pagou adiantado, se não puder usar da casa por motivos supervenientes e impedientes do uso, ainda mesmo depois de ter tomado posse della, por exemplo se alguém alugar uma casa para trabalhar nella, e tornar-se escura por causa de alguma edificação ou casa que o vizinho fez defronte, póde o inquilino rescindir o contracto de arrendamento, deixar a

(25) L. 49 § 1 L. 25 § 3 e 4 L. 31 L. 60 § 7 D. h. t.

(26) Cl. L. 19 § 4.

casa, e repetir o aluguel, que deu com anticipação ao senhorio [27].

§ 248.

Finalmente o sexto direito que pertence ao inquilino é o de sublocar a casa arrendada, ou de conceder a morada gratuita della ás pessoas que quizer (28), excepto se o locador no contracto de arrendamento lhe prohibio a sublocação (29).

Desde que esta se effectuar os moveis do subconductor introduzidos na casa ficão facitamente hypothecados á renda ou aluguer della, mas nem por isso fica o conductor ou primeiro inquilino desobrigado para com o locador, ainda que este tivesse recebido do subconductor alguma parte da renda (30), porque este só facto não produz a novação do primeiro contracto celebrado entre o locador e o conductor, é mister um pacto do locador com o subconductor para fazer obrigatoria a novação (31), e ficar extincta a obrigação do conductor, e contrahida pelo subconductor. Se o conductor ou primeiro inquilino conceder a habitação graciosa da casa alugada a algumas pessoas, os bens ou moveis

(27) Cít. L. 25 § 2 D. h. l.

(28) L. 7 L. 24 § 1 D. L. 6 C. h. t.

(29) L. 25 § 6 D. eod.

(30) Silv. á Ord. Liv. 4 Tit. 23 § 3 n. 43. X

(31) Corrêa Telles Doutr. das Acc. § 335 e Nota 1. a este § no fim.

destas, introduzidos na casa, não estão sujeitos nem á tacita hypotheca, nem á execução (vejaõ-se os §§ 235 2ª parte e 237): isto não só por disposição do Direito Romano, que manda cessar a tacita hypotheca nos bens e moveis daquelle pessoa, a quem o conductor agraciou a habitação da casa alugada (32), como porque quanto á execução do aluguer se devem entender as palavras genericas da segunda parte do § 3º da Ord. liv. 4º tit. 23 restrictamente e applicaveis só ao subconductor ou a outrem, que por este se obrigou a pagar os alugueres (33).

§ 249.

Além dos direitos do inquilino que ficão expostos, e que nascem da propria natureza do contracto de arrendamento de casas, goza ainda o mesmo inquilino da garantia, que lhe concede a Ord. liv. 4 tit. 23 § 3º e tit. 24 § 1º no fim, para ser conservado na casa alugada e não ser maliciosamente executado e despejado della pelo senhorio. E' esta garantia uma especie de vindicta legal, que o referido § 3º da citada Ord. tit. 23 dá ao inquilino contra a execução maliciosa do senhorio, e o § 1º da mesma Ord. tit. 24 contra o despejo malicioso, e algumas vezes acintoso do mesmo senhorio. Consiste ella no primeiro caso de execução em

(32) L. 5 ff. In quib. caus. pign. Domat. art. 17.

(33) Silv. á Ord. Liv. 3 Tit. 23 § 3 n. 46.

poder o inquilino obrigar o senhorio a pagar-lhe em tresdobro toda a quantia que de mais lhe pedir pela execução dos alugueres, ficando com o direito de morar na casa tanto tempo quanto montar no dito tresdobro, regulando-se esse tempo pelo mesmo aluguer por que a casa fôra no principio alugada, sendo de mais obrigado o senhorio a entregar ao inquilino o penhor, que este lhe tiver dado para garantir o pagamento do aluguer: no segundo caso de despejo malicioso determina o § 1.º da supracitada Ord. liv. 4.º tit. 24, que se o inquilino mostrar, que o senhorio o mandou lançar fóra da casa maliciosamente e *sem justa causa*, seja logo restituído á posse da casa, e poderá nella morar em tresdobro o tempo, que lhe restava ainda para morar quando della foi expulso, e não pagará pensão ou aluguer pelo tempo que assim nella morar. Note-se porém, que as palavras, e *sem justa causa* referem-se aos casos, em que o senhorio pôde lançar fóra da casa o inquilino *extraordinariamente* durante o tempo do arrendamento, dos quaes já passo a tratar.

DIVISÃO 2.ª

Casos em que o senhorio pôde lançar ou despejar o inquilino da casa EXTRAORDINARIAMENTE ou durando ainda o tempo do arrendamento.

§ 250.

Se o proprietario ou o locador subrogado e constituído procurador em causa propria (veja-se o final do §

236), contractar o arrendamento de alguma casa com alguém por tempo certo e preço determinado não pôde em regra lançar fóra della o inquilino emquanto durar o dito tempo. Esta regra soffre excepção em cinco casos; o primeiro é se o inquilino não pagar a pensão ou aluguer no tempo, que prometteu e se obrigon; o segundo caso é quando o inquilino faz máo uso da casa, como por exemplo damnificando-a, ou praticando actos illicitos e deshonestos, com que offenda a moralidade publica, ou a das familias da vizinhança; o terceiro é quando o dono da casa, ou o constituido em seu lugar, quer reedificar a casa, ou sómente lhe fazer concertos e reparos necessarios, que se não poderião fazer convenientemente habitando o inquilino nella, mas acabados os ditos concertos e reparos é obrigado o dono della a entrega-la ao inquilino até se acabar o tempo do aluguer e do arrendamento contractado, descontando-se ao mesmo inquilino o tempo, que não morou na casa durante o reparo della: o quarto caso é quando o dono da casa por alguma circumstancia, que novamente lhe sobreveio, tem necessidade della para morar, ou para algum seu filho, filha, irmão ou irmã, que da mesma casa precisem para morar, sendo esta circumstancia, ou este caso extraordinario, imprevisto ou que o dono da casa não podia prevenir quando a alugou (34). O quinto caso, finalmente, é quando tendo o propieta-

(34) Ord. Liv. 4.ª Tit. 24.ª pr.

rio da casa alugado ou arrendado-a por tempo certo, este não monta a dez annos completos, e o dito proprietário a vende antes de acabar o arrendamento, e não estipula no contracto de venda, que o comprador conserve o inquilino, porque então pôde o comprador despejar o mesmo inquilino, despejo este, de que não poderá usar o comprador, ainda mesmo que o vendedor não lhe tivesse imposto a obrigação de conservar o inquilino, se depois da venda consentio por algum modo, que fosse cumprido o contracto de arrendamento do inquilino, ou se este exhibir e provar com o contracto de arrendamento que o proprietário vendedor da casa alugada hypothecou ou obrigou-a geral ou especialmente ao cumprimento do mesmo arrendamento, porque neste caso é o comprador obrigado a cumprir o contracto do arrendamento ou aluguer, que foi feito pelo vendedor, sem a menor contradicção (35). O mesmo determina o Direito Romano (36).

§ 251.

E' portanto util cautela exigir o inquilino e estipular com o senhorio a clausula de ficar a casa obrigada a satisfazer o arrendamento do tempo contractado no caso de a vender o mesmo senhorio, pois este em consequencia do pleno direito de propriedade que goza sobre

(35) Ord. L. 4 TIT. 9 pr.

(36) L. 9 C. h. t.

o seu predio, pôde vendê-lo quando quizer e a quem lhe aprouver, ainda mesmo que o arrendamento seja perpetuo; mas esta clausula só pôde prestar utilidade ao quilino quando o arrendamento da casa fôr de tempo menor de dez annos, porque se fôr de dez annos completos ou dahi para cima, ou perpetuo não é preciso a estipulação de hypotheca e obrigação da casa para o cumprimento do contracto de arrendamento, porquanto só pela estipulação do tempo de dez annos é obrigado o senhorio a conservar o inquilino no arrendamento, mesmo depois de vendida a casa; e se por sua culpa, deixando de estipular a conservação do inquilino com o comprador, este lançar aquelle fóra da casa, deve o senhorio pagar ao inquilino as perdas e damnos que soffreu por causa da expulsão (veja-se o § 247), devendo-se porém advertir, que o inquilino pôde judicialmente obstar o despejo que o comprador pretenda fazer-lhe, exhibindo ou provando o contracto de arrendamento da casa vendida por tempo de dez ou mais annos; e á vista d'elle se lhe deverá julgar a conservação do arrendamento da casa até ser totalmente concluido. Esta é a doutrina que *à contrario sensu* se deduz da Ord. liv. 4^o tit. 9 pr., e que deve ser executada no fóro.

§ 252.

Tanto no caso do despejo *ordinario*, isto é, depois de acabado o tempo do arrendamento da casa, como no *extraordinario*, e nos casos referidos durando ainda

o arrendamento, deve o proprietario, ou o constituido em seu lugar, apresentar em juizo por escripto o contracto de arrendamento, afim de lhe ser legalmente deferido e concedido o mandado de despejo contra o inquilino, pois além de não poder ordenar o despejo por sua autoridade propria ao official de justiça, como parece deprehender-se das expressões do § 1 da Ord. Liv. 4 Tit. 24, accresce, que pôde acontecer, que um supposto proprietario se arrogue este titulo, e com a simples allegação obtenha mandado de despejo para despejar e injuriar a algum inquilino seu inimigo; na falta do escripto ou papel do arrendamento da casa, por ter sido feito vocalmente, deve o proprietario juntar o titulo de sua propriedade para fazer certo em juizo o seu dominio; se fôr o locador subrogado nos direitos do proprietario quem requeira o mandado de despejo, deve exhibir a procuração do mesmo proprietario, e quaesquer outros papeis comprobatorios da cessão dos direitos d'elle em seu favor; não sendo satisfeitas estas formalidades exigidas pela justa praxe admittida no fôro, pois é fundada na boa razão da justiça, não deve o juiz conceder mandado de despejo contra o inquilino, por isso que, além de ser possivel dar-se o caso de algum *intruso proprietario* requerer e effectuar um despejo acintoso e injurioso contra o inquilino, accresce, que o direito de vindicta que lhe dá a Ord. Liv. 4 Tit. 24 § 1 (veja-se o § 249), se tornaria completamente illusorio, verificada a falsidade do dominio, ou da subrogação do pretendido locador, porque este

falso locador não sendo proprietário ou possuidor da casa, contra o legitimo dono desta não se deve impôr a pena do trespobro de habitação em favor do inquilino, de que trata a citada Ord., pois nenhuma culpa teve na malicia do acto de despejo praticado contra o inquilino (37).

§ 253.

Como entre nós é quasi geral o costume de se fazer o contracto de arrendamento e aluguer das casas vocalmente, e raras vezes por escripto, pôde por isso modificar-se a doutrina do § antecedente, se o juiz estiver convencido, pela notoriidade publica, que aquelle que lhe requer mandado de despejo contra algum inquilino é legitimo e verdadeiro dono ou possuidor da casa, e que realmente a alugára ao mesmo individuo, contra quem requer o despejo; se o juiz não tiver tal convicção, deve exigir justificação judicial da existencia do contracto de arrendamento; ainda mesmo neste caso de ser necessaria justificação do contracto de locação, deve o juiz ser muito escrupuloso em não admittir e julgar procedentes, senão depoimentos de pessoas conceituadas, independentes, e fidedignas, taes como proprietarios, etc., devendo lembrar-se mais o juiz, que a lei garante o proprietario e locador com tanta força, que, tratando elle de demandar e despejar o inquilino

(37) Veja-se Lobão Acc. Summarias Tom. 1. § 456.

do seu predio, e apparecendo um terceiro, dizendo ser sua a casa e pretendendo embargar a entrega della, a casa será, não obstante a opposição desse terceiro, restituida e entregue ao que a alugou e arrendou (38), e portanto ainda desse recurso de embargo de terceiro não poderia lançar mão o inquilino para livrar-se do malicioso e acintoso despejo de um supposto proprietario, ou locador, accrescendo ainda, que nem com embargos pôde o inquilino suspender o despejo senão no caso de bemfeitorias provadas *in continenti*; fóra deste caso são os seus embargos processados em auto apartado depois de realisado o despejo, e por conseguinte sem vantagem alguma.

§ 254.

Não procedendo o juiz na fórma exposta, deixando de observar a ordem regular e legal do processo de despejo, concedendo facilmente mandado de despejo contra o inquilino, commette esbulho, porque tira illegalmente o mesmo inquilino da posse da casa alugada (39). Pela legislação antiga podia o esbulhado aggravar *de petição* do juiz esbulhador para o superior legitimo e suspender o despejo (40); mas hoje entre nós não é admissivel o dito aggravamento á vista da dispo-

(38) Ord. Liv. 4 Tit. 54 § 4 no fim.

(39) Lobão Tract. dos Interdict. Cap. 14 § 240.

(40) Corrêa Telles Doutr. das Acç. Nota 7 ao § 186.

sição do artigo 15 e seus §§ do Regulamento n. 143 de 15 de Março de 1842, expedido para a execução da parte civil da lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1844; pôde o inquilino esbulhado da posse da casa com o despejo illegal formar embargos, mas sem suspensão do mesmo despejo, e por isso sem proveito, como fica dito; neste caso é melhor usar da acção de esbulho para ser restituído á posse da casa e indemnizado das perdas e damnos que se liquidarem; mas se durante a pendencia da causa terminar o tempo do arrendamento da casa, não pôde o inquilino ser restituído á posse della, por estar extincta a causa da mesma posse, e só deve ser indemnizado das perdas e damnos, que lhe causou o falso locador com o despejo (41).

DIVISÃO 3.^a

Casos em que o senhorio não pôde augmentar a renda ou aluguer da casa.

§ 255.

Em todos os casos, em que o senhorio contractar com o inquilino o arrendamento da casa por tempo certo e preço determinado do aluguer, como por tantos mezes, por um anno, por tantos annos, ou perpetuamente, não pôde augmentar o preço do dito aluguer,

(41) O mesmo Lobão Tract. dos Interdict. Cap. 13 § 223.

emquanto durar o tempo do arrendamento, pois desde que o contracto de locação e condução está estipulado e accordado entre o senhorio e o inquilino, contraem ambos direitos e obrigações reciprocas; e a obrigação essencial do senhorio no dito contracto é cumprir restrictamente as estipulações nelle contidas, pois a ellas se obrigou voluntariamente, visto que o podia deixar de fazer por lhe ser inteiramente livre contractar e explicar-se no contracto de locação do modo que lhe fosse mais conveniente e conforme aos seus interesses; o que se presume de uma e outra parte do senhorio e do inquilino desde que livremente concordão e subscrevem as estipulações existentes no contracto de locação. A prohibição de não poder o senhorio augmentar o aluguer que ajustou com o inquilino em contracto de arrendamento por tempo certo e determinado, deduz-se claramente das seguintes expressões do final do § 3 da Ord. Liv. 4 Tit. 23:

« E o alugador poderá morar nas casas, e não seja
 « dellas tirado, até que acabe tanto tempo, quanto
 « montar no dito tresdobro, havendo respeito ao
 « aluguer por que a casa se alugou de principio, e
 « mais seja-lhe entregue seu penhor. »

§ 256.

As palavras da citada Ord. — *havendo respeito ao aluguer por que a casa se alugou de principio*, — comprehendem tanto o caso em que o senhorio alugou a casa por

tempo indefinido e para nella habitar o inquilino até quando quizer, como tambem o arrendamento de preço certo e tempo determinado; e se no primeiro caso em que o senhorio pôde augmentar o aluguer, prohibe-lhe a mesma Ord. o fazer, como parte da pena que lhe impõe, por ter indevidamente executado o inquilino, é evidente que no segundo caso do arrendamento por tempo certo, prevalece a prohibição com mais força e maioria de razão, porquanto a obrigação que tem o senhorio de conservar e não alterar para mais o aluguer ajustado de principio com o inquilino, nasce da propria natureza do contracto de arrendamento de tempo determinado. Fóra daquelle caso da referida pena, de que trata a menciona Ord., e quando o arrendamento é de tempo indefinido e indeterminado, pôde o senhorio augmentar o aluguer da casa que de principio ajustou com o inquilino, porque neste caso não está restringido o pleno direito de propriedade que goza e exerce sobre o seu predio, como acontece quando o sujeita ao arrendamento de tempo certo dentro do qual não pôde dispôr delle nem reassumir a posse senão nos casos especiaes e extraordinarios referidos no § 250. Ainda mesmo no contracto de locação da casa por tempo indeterminado, se o senhorio pactuar e ajustar com o inquilino não lhe augmentar o aluguer estipulado, não pôde retractar-se e augmentar o aluguer sem consentimento do mesmo inquilino, pois é principio de direito que a vontade dos contractantes é que estabelece as leis de contracto,

não sendo este opposto ao Direito, ás leis e aos bons costumes.

§ 257.

Ha porém um caso, em que o senhorio pôde augmentar ou levantar o preço do aluguer ajustado com o inquilino, posto que o arrendamento seja de tempo determinado, ou tenha pactuado com o inquilino não augmentar-lhe o aluguer; este caso é quando a casa precisa ser concertada ou reparada, e o senhorio devendo fazer as despesas necessarias, a que é obrigado (veja-se o § 245), com ellas augmentou o valor da propriedade, ou do prédio, porque então é justo, que augmente o aluguer em proporção ao augmento das despesas (42); á excepção deste caso, em nenhum outro pôde o senhorio augmentar o aluguer ajustado de principio no contracto de locação da casa por tempo certo; se o fizer tem o inquilino o direito de oppôr-se e até usar da acção — *de pacto* — para obrigar o senhorio ao cumprimento do contracto; se o senhorio intentar o despejo judicial contra o inquilino sob pretexto de não lhe querer pagar o augmento do aluguer, o inquilino pôde suspender este despejo, que é illegal (veja-se os §§ 152 e 153), exhibindo, ou provando, contracto de arrendamento com preço

(42) Decreto de 3 de Junho de 1730.

ajustado do aluguer e tempo determinado do mesmo arrendamento.

§ 258.

Da mesma sorte que é obrigado o senhorio a cumprir estritamente o contracto de locação da casa por tempo determinado, não podendo augmentar o aluguer ajustado nem despejar o inquilino antes de acabado o tempo do arrendamento (salvas as excepções legais), é tambem o inquilino obrigado de sua parte ao cumprimento de todas as condições e estipulações contidas no mesmo contracto; por conseguinte não pôde por qualquer motivo, ou por sua mera vontade, deixar de concluir o tempo determinado do arrendamento, nem tão pouco recusar pagar o aluguer a que se obrigou; pôde porém abandonar a casa arrendada em tres casos: 1º, se esta ameaça ruina; 2º, por medo de peste, ou epidemia; 3º, se na casa apparecem fantasmas, ou estrepitos sobrenaturaes, que tornem incommoda a habitação a elle inquilino porque cre nessas appareções; mas noté-se, que no primeiro caso a deserção ou abandono da casa deve ser sómente temporario, e enquanto o senhorio concerta e repara a casa arruinada, o que feito, deve o inquilino concluir o tempo do arrendamento, pois neste caso de concerto necessario e depois d'elle acabado não podendo o senhorio alugar a casa a outro, e sendo obrigado a entrega-la ao inquilino, como determina a

Ord. liv. 4 tit. 24 pr., é claro, que por força do mesmo contracto não se pôde o inquilino subtrahir ao cumprimento da estipulação do tempo certo do arrendamento da casa só pelo simples facto de estar arruinada, uma vez que o senhorio a concerta e a reduza ao estado de perfeita habitação; nos dous ultimos casos sim dá-se completa deserção e abandono da casa, e por conseguinte rescisão do contracto do arrendamento, porque não está no poder do senhorio remediar esses inconvenientes, e então deve o inquilino communicar a sua deserção ao locador e entregar-lhe as chaves (43).

CAPITULO XI.

ARRENDAMENTO INVOLUNTARIO DE CASAS POR DIREITO DE APOSENTADORIA NAS MESMAS.

§ 259.

A aposentadoria de que aqui se trata é o direito que compete a alguem para tomar residencia para si em casa alheia, e conservar essa residencia e a posse da casa contra a vontade de seu dono, ou de conservar a residencia contra as pretensões de outrem. Divide-se por isso a aposentadoria em activa e passiva: a activa é o direito que se tem para tomar a residencia da casa que outro occupa; a passiva é o direito que se tem

(43) Silv. á Ord. Liv. 4 Tit 24 pr. n. 71.

para conservar a residencia da casa que se habita. Desde os primeiros tempos da Monarchia Portugueza, em que Portugal era regido e governado por um governo absoluto, foi considerado o direito de aposentadoria das casas, como um direito magestatico e contado entre as regalias do Soberano; em virtude do que, o mesmo rei tomava aposentadoria, para si, seus cortezaos e mais ministros, nas terras por onde passava ou aonde se demorava quando visitava o reino para administrar justiça por si mesmo aos povos (1).

Dahi se originou a aposentadoria de casas, que mais tarde foi qualificada como um privilegio e regulado pelo regimento de 7 de Setembro de 1590, que se estabeleceu como lei fundamental para de conformidade com ella se fazerem leis declaratorias posteriores, que deverão servir de norma para as decisões das questões occurrentes no fôro.

§ 260.

Depois daquelle regimento de 7 de Setembro de 1590, que vem transcripto em Pegas Tom. 2 á Ord. liv. 1 tit. 7 § 36 á pag. 454, e em Guerreiro de Privilegios Familiares, Cap. 10 n. 69, muitos alvarás, decretos, provisões e portarias, forão promulgadas e expedidas ácerca da aposentadoria activa e passiva das casas, con-

(1) Portug. de Donat. Reg. Liv. 3 cap. 42 n. 6. Guerreir. de Privill. Familiar. C. 10 n. 4.

considerada privilegio tanto a activa como a passiva, e concedendo sómente a certo numero de pessoas, que para esse fim de gozar da aposentadoria se chamavão privilegiados, e como taes se habilitavão exhibindo carta de privilegio que mostrasse ter algum officio na casa real, e que era do numero dos privilegiados, ou que exercitava algum emprego, ou officio, pelo qual se lhe dava o privilegio.

Entre nós porém estando abolidos os privilegios pessoaes como graça pelo § 16 do art. 179 da nossa constituição politica, e sómente conservados aquelles que fôrem essencial e intimamente ligados aos cargos ou empregos publicos por utilidade publica, não se deve regular a aposentadoria de casas pelas leis e decretos de Portugal, que a consideravão como privilegio.

§ 261.

Posto que a lei de 20 de Outubro de 1823, art. 1.^o, mandasse executar entre nós todas as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que S. M. Fidelissima, Rei de Portugal, se ausentou do Rio de Janeiro, assim como todas as leis que forão promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara como regente do Brasil, enquanto reino, e como Imperador constitucional desde que foi erigido á categoria de Imperio, na parte em que não tivessem

sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior do Imperio, enquanto se não organisasse um codigo, ou não fossem especialmente revogadas, comtudo se deve entender a citada lei de 20 de Outubro de 1823 de accordo com o mencionado § 16 do art. 179 da constituição, não se executando aquellas leis de Portugal, que dispoem ácerca da aposentadoria de casas considerada como privilegio, e sim tão sómente aquellas que a considerão como uma necessidade resultante do exercicio de certos empregos publicos, ou de utilidade publica. Mandou tambem a mesma lei, art. 2.º, que ficassem em vigor todas as leis e directos publicados pela assembléa constituinte portugueza, que estão especificados na tabella annexa á referida lei, e entre esses decretos é o de 25 de Maio de 1821, que abolio os privilegios da aposentadoria activa e passiva, isto é, conservou-a sómente em certos casos e a certas pessoas, mas não a titulo de privilegio, e tão sómente como uma necessidade de alojamento aos empregados publicos no exercicio de suas funcões fóra do lugar de sua residencia, e de habitação para certas classes de pessoas por utilidade publica; destas aposentadorias pois é que passo a tratar.

§ 262.

Antes de enumerar as pessoas que ainda presentemente gozão entre nós de aposentadoria activa, cumpre advertir que, sendo garantido o direito de propriedade

em toda sua plenitude pelo § 22 do art. 179 da constituição, exceptuada somente a desapropriação para obras de utilidade publica, esta sem vigor, ou antes não tem mais execução, o decreto de 6 de Fevereiro de 1818, que concedeu aposentadoria passiva a todos os moradores da cidade do Rio de Janeiro; tanto estes como os de todo o Imperio não precisam mais desse indulto do citado decreto para garantia de suas propriedades, e não podem ser expulsos dellas sem urgente necessidade do bem publico legalmente verificado, como é expresso no citado § 22; portanto nos casos, em que o bem publico exigir a desapropriação temporaria, tal como a aposentadoria activa das casas, e dos predios particulares, tem lugar sem agravo ou offensa do direito de propriedade. Por utilidade publica pois concede-se a aposentadoria activa a todos os magistrados, ou juizes, como os municipaes e de orphãos, que andão em diligencias de seus officios, ou ordenadas pelo governo, devendo-se assim entender entre nós o alvará de 7 de Janeiro de 1750, que concedeu a dita aposentadoria aos ministros, expressão esta que naquelles tempos comprehendia os juizes e julgadores; o dito alvará concedia aos ministros, além da casa para aposentadoria e habitação, tambem camas, roupas destas, e outras cousas, que lhe erão necessarias para uso da habitação, e por causa do largo arbitrio que sobre a exigencia dessas commodidades se fazia, a lei de 14 de Maio de 1821 interpretou e deu a verdadeira intelligencia ao sobredito alvará ácerca dos objectos

que se devião prestar aos ministros na aposentadoria, que confirmou para os magistrados.

§ 263.

Da mesma aposentadoria activa gozão os commerciantes e mercadores das cinco classes em virtude da portaria de 26 de Janeiro de 1819, mas é preciso, que sejam obrigados a arruamento, isto é, a morarem em ruas determinadas, porque do contrario não poderão usar da aposentadoria activa.

Os officiaes militares tambem gozão da aposentadoria activa na conformidade da portaria de 22 de Novembro de 1814; mas é mister que estejam destacados fóra de suas provincias, ou de seus quartéis, e então se concede uma casa para dous capitães, e uma para tres subalternos, o que está determinado e explicado pela portaria de 22 de Março de 1824, pela de 22 de Outubro do mesmo anno, pela provisão de 9 de Novembro do mesmo anno, pelo aviso 1º de 19 de Julho de 1828, e finalmente pelo decreto de 10 de Janeiro de 1843, art. 36, em confirmação do alvará de 4 de Outubro de 1808.

§ 264.

Pelo mesmo principio de utilidade publica concedeu se tambem a aposentadoria activa aos professores de philosophia e de primeiras letras na fórmula do decreto de 27 de Outubro de 1813, para o fim de obterem

uma casa com as commodidades e capacidade necessaria para o exercicio do magisterio; mas esta aposentadoria dos professores de primeiras letras se deve entender de accordo com a legislação das assembleas das provincias, que mandão pagar casas para o estabelecimento das aulas: sómente quando não houver nas localidades da creação das cadeiras algum edificio ou predio publico, aonde se possam estabelecer as aulas, é que podem os professores usar da aposentadoria activa em predio particular, salvo se o edificio publico está arruinado, ou não tem a capacidade precisa para alojar e acondicionar os utensilios da aula, alumnos, etc.; porém neste caso podem usar da aposentadoria activa contra os donos das casas; é este o espirito do decreto de 27 de Outubro de 1813 acima citado. Sobre a aposentadoria dos ourives do ouro tomou-se o assento de 8 de Junho de 1816, o qual duvido, que esteja em vigor, porquanto na aposentadoria activa delles não vejo utilidade publica para se restringir o direito de propriedade, e da passiva gozão todos os habitantes do Imperio (veja-se o § 262); só deve portanto proceder a aposentadoria activa dos ourives e mais artistas quando obrigados a arruamento.

§ 265.

Em virtude da lei de 25 de Maio de 1821, que abollou as aposentadorias activa e passiva no sentido exposto no § 261, ficarão conservadas as aposentadorias estabe-

leidas nos tratados que o Brasil tem com algumas potencias estrangeiras. Para se conhecerem os privilegios ou concessões accordadas a respeito de casas occupadas pelos estrangeiros no Imperio, veja-se para os Inglezes o tratado de 19 de Fevereiro de 1810, art. 7º, para os Francezes o tratado de 6 de Junho de 1826, art. 11, para os Austriacos o tratado de 29 de Novembro de 1827, arts. 2º e 12, para os Dinamarquezes o tratado de 26 de Outubro de 1828, art. 8º, para os Hollandezes o tratado de 20 de Dezembro de 1828, art. 2º, para os Portuguezes o tratado de 19 de Maio de 1836, art. 8º. Sendo o meu proposito neste capitulo mostrar como é praticavel o arrendamento de casas involuntario por direito de aposentadoria, não me corre o dever de fazer menção minuciosa e explicar todos os casos e indicar todas as pessoas, que ainda presentemente gozão da aposentadoria activa entre nós, por isso remetto os leitores a verem os referidos tratados. Como pela genuina intelligencia do alvará de 7 de Janeiro de 1750, interpretado pela lei de 11 de Maio de 1821, só é concedida a aposentadoria activa aos magistrados que andão em diligencias provenientes da natureza de suas attribuições, ou ordenadas pelo governo, fóra do lugar de sua residencia, parece-me, que os desembargadores das relações não gozão da aposentadoria activa, e que portanto não estão em vigor os alvarás de 13 de Maio de 1812, tit. 7, § 9, e de 6 de Fevereiro de 1821, que lh'a concedêrão, por isso que esses magistrados não exercem as funcões de seus cargos fóra da residencia

nas cidades, onde estão as relações, nem podem ali usar da aposentadoria activa.

§ 266.

Por maioria de razão os advogados da casa da supplicação do Brasil não têm aposentadoria activa, que lhes dava a provisão 2.^a de 7 de Dezembro de 1821; a casa da supplicação do Brasil foi constituida a Relação do Rio de Janeiro pelo alvará de 10 de Maio de 1808, mandado executar pelo decreto de 29 e aviso de 30 de Julho do mesmo anno. Quanto á aposentadoria activa dos juizes de direito para os trabalhos de jury e em correição, é prestada pelas camaras municipaes na fórma do art. 47 do código do processo criminal, o qual foi explicado pelo aviso de 31 de Outubro de 1833, pela portaria de 8 de Julho de 1834, e aviso de 10 de Setembro de 1835, por cujas ordens se declarou, que a disposição daquelle art. 47 é sómente relativa aos termos, que os juizes de direito tem de percorrer, e não ao de sua residencia effectiva, o que importa tanto como dizer, que esses juizes não tem aposentadoria no lugar da residencia permanente, da mesma sorte que não a tem os desembargadores.

§ 267.

Para com todos aquelles que ainda presentemente gozão da aposentadoria activa em razão dos serviços que prestão á causa publica no exercicio das funcções

dos seus cargos, ou de suas profissões, entendo, que se deve pôr em effectiva observancia e execução o decreto portuguez de 14 de Março de 1722, o qual determina, que as pessoas que teem em seu favor a aposentadoria activa, não podem usar della e tomar posse da casa alheia para nella habitarem com coacção de seu respectivo dono sem depositarem anticipadamente penhores equivalentes ao aluguer de seis mezes, se a residência passar desse espaço de tempo, ou equivalente á metade do tempo que querem habitar na casa, se o dito tempo fôr menor de seis mezes; devendo-se regular o aluguer pelo que pagava o inquilino que anticipadamente occupava a casa, declarado sob juramento do proprietario, e em caso de reluctancia ou contumacia deste, taxar-se-ha o aluguer por arbitrio de louvados, como ordena o decreto portuguez de 7 de Agosto de 1708, não se tendo attenção neste caso ao aluguer antigo, e sim ao presente, na fórma do mesmo decreto de 14 de Março de 1722 supracitado; além do deposito de aluguer deve o que quer a casa por aposentadoria caucionar todo o damno, que houver de causar na mesma casa, caução esta exigida pelo decreto de 7 de Junho de 1709.

§ 268.

Satisfeitas as mencionadas formalidades legaes do deposito do aluguer e da caução de *damno infecto*, manda o juiz respectivo e competente do lugar, onde se trata a questão da aposentadoria, passar mandado

de despejo contra o habitante da casa, marcando-lhe três dias com comminação de penas para effectuar o despejo, o qual não se suspende com o pretexto de ser necessario fazer bemfeitorias na casa; se são necessarias, ou obriga-se o proprietario a fazê-las em termo que lhe deve ser aprazado, ou concede-se ao que pretende a aposentadoria, que as faça á custa do aluguer; o que tudo está previsto no decreto de 8 de Novembro de 1718. Vé-se pois, que é summarissimo o processo para levar a effecto a aposentadoria activa, e nem podia ser de outra sorte, attenta a urgente necessidade da habitação, que tem o que goza da mesma aposentadoria; póde o dono da casa oppôr embargos á aposentadoria dentro dos 3 dias, mas sem suspensão do despejo da casa, e recebem-se os embargos por contestação, proseguindo a causa summariamente seus ultteriores termos, podendo emfim appellar da sentença definitiva, não sendo porém a appellação recebida senão no effecto devolutivo, e por conseguinte não é suspensiva (2).

§ 269.

Cumpra porém observar, que o direito da aposentadoria activa não se póde exercer nas proprias casas, em que habitão seus donos, e de que necessitão, mas tão sómente nas que elles tem e costumão alugar,

(2) Pereira e Souza prim. linhas sobre o Processo civ. Nota 990 do § 504.

assim como que não tem lugar nas casas dos predios rusticos na fórma do disposto no decreto de 2 de Dezembro de 1709, nem tambem nas lojas de vender mercadorias e outras casas semelhantes, decreto de 7 de Julho de 1770 e aviso do 1º de Outubro de 1745; não procede igualmente o mesmo direito de aposentadoria activa contra outro que tambem a goza, isto em virtude dos decretos de 21 de Novembro de 1718 e de 24 de Dezembro de 1787. Toda esta legislação portugueza deve ser executada entre nós, não só por effeito da disposição do artigo 1º da lei de 20 de Outubro de 1823, que a mandou executar enquanto se não organizar um codigo civil, ou não fõrem especialmente alteradas, como tambem porque não está em opposição ao espirito do § 22 do artigo 179 da constituição, que garante o direito de propriedade em toda sua plenitude, uma vez que, como fica bem manifesto, os que gozão ainda hoje do direito de aposentadoria activa é em razão de utilidade publica; e se em virtude desta, determina o referido § 22, que seja o dono da propriedade desapropriado definitivamente, que é o mais, deve-se admittir o menos, que é a aposentadoria activa, ou uma como que desapropriação temporaria, por assim dizer, praticando-se as formalidades das supracitadas leis portuguezas.

§ 270.

E' preciso ainda observar, que cessando o exercicio dos empregados publicos que gozão da aposentadoria

activa, ou por demissão, ou por não terem mais a fazer no lugar, aonde estão aposentados, cessa o exercício do direito de aposentadoria, e ficam sujeitos ás leis e jurisprudencia que regem e regulão os inquilinos de arrendamento voluntario (vide § 240 e seguintes), o que está determinado pelo decreto de 25 de Setembro de 1719, cuja disposição tambem comprehende os que gozão da aposentadoria activa por suas profissões, os quaes deixando-as por adoptarem outro genero de vida cessa o direito da dita aposentadoria, e ficam igualmente sujeitos ás leis e regras do arrendamento voluntario das casas: as prohibições dos casos mencionados no § antecedente, em que não tem logar o exercício do direito da aposentadoria, servem de materia para embargos á mesma; do processo exposto nos §§ 267 e 268 para realisar a aposentadoria activa estão isentos os subditos de nações estrangeiras, com as quaes o Brasil tem tratados assignados, portanto regula-se a sua aposentadoria pelo Direito Internacional do modo que se pactua e assenta nos mesmos tratados, e tambem os juizes de direito, por estar a sua aposentadoria determinada de um modo legal mui terminante e especial. (Veja-se o § 266.)

§ 271.

Realisada e obtida a aposentadoria activa pelo modo e com as formalidades expendidas nos precedentes §§,

ainda que algum terceiro arremate em hasta publica o rendimento das casas da dita aposentadoria por dividas do proprietario, não pôde ser expulso da casa o que está nella aposentado, nem ainda que seja vendida a casa pelo mesmo proprietario; assim o determina o decreto de 27 de Julho de 1733 como uma limitação ou restricção do disposto na Ord. liv. 4^o tit. 9 pr. (vejão-se os §§ 247, 250 e 251); o proprio dono da casa tambem não pôde lançar fóra a seu arbitrio o que está a occupando por aposentadoria, salvo em tres casos: 1^o, se lhe sobrevier alguma das necessidades, ou casos imprevistos, a que muito attendeu a Ord. liv. 4, Tit. 24 (3) (§ 250); 2^o, se o que tomou a casa de aposentadoria para si a passou a outro por arrendamento, porque então cessa e se extingue o direito de aposentadoria nessa casa assim transferida a outro, e o dono della pôde despejar esse a quem fôr traspasada (4), donde se segue, que o direito de aposentadoria é personalissimo, e não se pôde transferir a outro, mas modifica-se a prohibição da transferencia do direito de aposentadoria, se o que occupa a casa por tal direito arrenda sómente alguma parte superflua della, conservando e habitando a maior parte ou a que lhe é necessaria (5); 3^o, finalmente, se, passados os primeiros seis mezes, o que está de aposentadoria na casa

(3) Silv. 4 Ord. Liv. 4 Tit. 24 pr. n. 60 usque 64.

(4) Decreto de 2 de Julho de 1787.

(5) Decreto de 28 de Agosto de 1706.

não paga a importancia do aluguer, e em consequencia dessa falta de pagamento se arrematão os penhores, e não renova o deposito com outros equivalentes ao seguinte semestre; neste caso fica sujeito ás leis e regras do arrendamento voluntario; o proprietario reassume toda a plenitude de direito de propriedade e tem lugar o despejo.

FIM DA SEGUNDA PARTE.

PARTE TERCEIRA.

Das acções competentes ao edificante, ao vizinho, ao proprietário,
e ao inquilino.

CAPITULO XII.

DAS ACÇÕES COMPETENTES AO EDIFICANTE E AO VIZINHO.

DIVISÃO 1.^a

Acções competentes ao edificante.

§ 272.

Sendo a acção judicial *um remedio que o direito e as leis prescrevem para fazermos respeitar pelos outros os nossos direitos, conserva-los, sustenta-los e defendê-los das violações illegaes, e assim fazer com que os outros cumprão as suas obrigações, dando ou fazendo o que lhes cumpre*, é claro que nesta definição se comprehende todo e qualquer acto judicial que tende ao mesmo fim da conservação e sustentação dos nossos direitos, ou seja manifestado pela fórma do processo ordinario, ou summario, ou seja

summarissimo e verbal, como ensinão os Praxistas. Limito-me a estas succintas prenoções ácerca das acções, porque, como se vê da materia desta terceira parte do presente tratado, o meu fim não é fazer uma exposição inteira sobre a natureza, divisões, especies e fim das acções, mas tão sómente mostrar as que competem ás pessoas mencionadas na epigraphie desta mesma terceira parte, e o modo pratico e legal pelo qual podem usar dellas.

§ 273.

A primeira acção que compete ao edificante para fazer valer e sustentar o seu direito e liberdade de edificar é a de obrigar o vizinho, ou qualquer outro, a vender-lhe a servidão, que lhe fôr necessaria para utilizar e levar a effeito a sua edificação. Esta acção intenta-se, na fôrma do alvará de 27 de Novembro de 1804 § 11, por meio de vistoria.

Vistoria é o acto judicial, por meio do qual o juiz adquire certeza do facto ou da justiça do direito, que se pede, ou que se pretende sustentar, exercendo a inspecção ocular sobre o lugar, onde se quer o facto, ou sobre o objecto, donde se tenciona deduzir o direito, ou fazer valê-lo. E' considerada a vistoria na censura de Direito debaixo de dous pontos de vista, ou como acção ou como meio de prova; aqui sómente a trato como causa ou acção, e não como meio de prova, e por consequente estou dispensado de mostrar quando tem

lugar a vistoria nas causas, como meio subsidiario de prova, o que podem os leitores ver nos autores que a tratão como tal; mas deve-se advertir, que ou seja a vistoria considerada como causa ou acção, ou como meio de prova, o processo della é inteiramente igual e identico.

§ 274.

A vistoria pois considerada como causa e acção, de que pôde usar o edificante para obrigar o vizinho a vender-lhe a servidão necessaria para a sua edificação, pratica-se do modo seguinte: Faz o edificante petição ao juiz competente do lugar da questão, declarando que quer construir um edificio em tal lugar, e como o vizinho junto ao lugar da edificação tem uma pequena parte de terra, que lhe é superflua, e que faz muito bem ao edificio d'elle edificante, por se tornar mais espaçoso, commodo, etc., e por não lh'a ter querido vender, requer seja citado o supplicado seu dito vizinho para comparecer na primeira audiencia (do juiz competente), afim de louvar-se em louvados peritos, e igualmente elle supplicante, e por elles ser avaliado o dito terreno em seu justo valor, e conclue-se na petição pedindo ao juiz adjudicação do dominio do terreno: deferindo o juiz este requerimento, e aprazado o dia da audiencia, se comparece o réo procede-se á nomeação dos louvados, mas se não comparece o réo o juiz nomêa por parte d'elle louvados e procede-se nos demais termos da

causa á revelia. Se houverem louvados peritos nomeados pelas camaras municipaes, as quaes têm attribuição de os nomear para servirem de avaliadores publicos, devem as partes escolher ou se louvar nelles; se os não ha eleitos pelas camaras, ou fôrem suspeitos, em tal caso se louvarão as partes em pessoas particulares, intelligentes e praticas, como determina o alvará de 25 de Agosto de 1774 § 29 para este caso de avaliação de predios urbanos.

§ 275.

A melhor praxe adoptada neste processo de vistoria, e no caso em que as partes se louvão em louvados particulares, é nomear cada uma tres, e dos tres, que uma nomeia aceita a outra um delles (1); depois de assim eleitos pelas partes não podem os louvados recusar-se sem nova e superveniente causa (2); questionão os Praxistas, se o juiz póde compellir esses louvados a aceitar a nomeação ou louvação das partes, seguindo uns a affirmativa e outros a negativa; mas a melhor opinião é, que antes de aceitarem a nomeação não podem ser compellidos, mas depois de aceitarem não lhes é permittido recusar a nomeação, e podem ser compellidos a prestar seus laudos até com prisão (3).

(1) Pegas Tom. 1 ad Ord., pag. 53 n. 23.

(2) Valasc. de Partit. Cap. 9 n. 25. Guerreir. Trat. 1 Liv. 1. Cap. pr. n. 15. Silv. 4 Ord. Liv. 3 Tit. 17 § 1 n. 6.

(3) Guerreir. supra Trat. 4 Liv. 5 Cap. 9 n. 22 e 23.

Se entrando os louvados nomeados no exercício de suas funções, discordão na avaliação do terreno, deve haver segunda louvação, e cada uma das partes nomeará tres louvados: destes seis escolhe o juiz um para decidir a discordia dos primeiros (4), e este terceiro necessariamente deve concordar com um dos louvados dos dous discordantes na fórma da Ord. liv. 3^o tit. 17 § 2. Feita a louvação marca-se o dia para o procedimento da vistoria, citadas as partes com a comminação de revelia, em cujo acto deve o juiz ouvir e attender todos os requerimentos e reclamações das partes (5); se os louvados são dos eleitos pelas camaras, não é preciso prestarem novo juramento, mas se são nomeados pelas partes devem presta-lo, e igualmente o terceiro eleito pelo juiz no caso de discordia (6).

§ 276.

Póde-se admittir informadores, em que as partes convierem no acto da vistoria, afim de coadjuvarem com suas informações os laudos dos louvados (7), os quaes os devem fundamentar com suas razões. Feito assim a vistoria, e avaliado o terreno, deve-se de tudo

(4) O mesmo Guerreir. n. 32.

(5) Luc. de Judic. Discurs. 24 n. 2.

(6) Guerreir. ultimamente citado n. 25.

(7) Peg. Tom. 7 For. Cap. 24 n. 62 pag. 331 col. 1.

quanto se passou no acto da mesma lavrar-se um auto, incluindo-se nelle os requerimentos e reclamações vocaes, que as partes tiverem apresentado, ou juntar-se aos autos os requerimentos que fõrem aceitos e deferidos pelo juiz; assinado o auto pelas partes, louvados, e segundo querem alguns praxistas tambem pelos informadores, e finalmente pelo juiz, deve este mandar dar vista ás partes para fazerem suas allegações finaes, nas quaes podem mostrar a procedencia, ou improcedencia da vistoria, nullidade della, e quesequer outras razões de defesa, que lhes assistirem, podendo no prazo que lhes é concedido para arazoarem (prazo de duas audiencias) requerer segunda vistoria, que o juiz sómente deve admittir por nullidade da primeira, ou lesão ao menos da sexta parte do justo valor do terreno, no caso de que se trata, ou de qualquer outro objecto, sobre que se proceder vistoria, como é expresso na Ord. liv. 3^o tit. 17 §§ 3 e 6: regularmente não se concede terceira vistoria, mas alguns praxistas dizem, que póde-se admittir ou se na segunda ainda occorrerem as duas razões de nullidade e lesão, ou mesmo para rectificar e corrigir erros demonstrados na segunda vistoria (8); a parte que requer a vistoria é obrigada a pagar as custas e todas as mais despezas da vistoria, mas a final sendo vencedor, as repete da parte contraria (9).

(8) Stryk de Jur. Sens. Dissert. 1. Cap. 3 n. 10 e seguintes.

(9) Solan. Cog. 5 n. 15 e 16.

§ 277.

Desembaraçada a vistoria dos incidentes do processo, concluido e assignado o auto pelas pessoas, que nella figurarão, preparados os autos com o competente sello nacional, se fazem conclusos ao juiz, o qual profere sua sentença definitiva a favor ou contra o edificante conforme a lição dos autos e a justiça do direito de qualquer das partes, devendo porém lembrar-se que em caso de duvida, a sua decisão deve ser favoravel ao edificante, pelo favor e protecção que o Direito presta á construcção dos edificios; se a sentença fór a favor do edificante, este deve immediatamente depositar em juizo o preço da avaliação do terreno para com elle ser indemnizado o dono ou vizinho; alguns autores querem, que o juiz ordene ao edificante, logo depois da avaliação do terreno, o deposito em juizo da importancia della; me parece, que ou seja o deposito anterior ou posterior á sentença definitiva, isto em nada altera o direito das partes, nem a justiça que o juiz deve fazer, porquanto a sentença definitiva nesta causa summarissima não é appellavel suspensivamente, isto no caso de ser de maior quantia de 200\$, porque se o valor do terreno questionado não exceder aquella quantia, cabe a questão na alçada do juiz municipal e não se admite appellação, e portanto póde ser o deposito depois da sentença.

Decreto de 30 de Novembro de 1856 art. 7: se o dito valor sómente chegar a 50\$, é competente para

proceder á vistoria sobre a servidão, de que se trata, o juiz de paz do lugar, onde está o terreno, o mesmo decreto citado art. 7. Não é precisa conciliação nesta e em todas as questões semelhantes a respeito de servidões conforme a disposição do art. 6 da disposição provisória ácerca da Ad. da J. C. (veja-se o § 31): da adjudicação, que o juiz deve fazer ao edificante na sentença, do dominio do terreno, é obrigado o mesmo edificante a pagar a sisa de 6 por cento na conformidade da lei de 28 de Outubro de 1848, e provisão n. 135 de 12 de Abril de 1851.

§ 278.

Para o mesmo fim de utilidade e levar a effeito sua edificação, tem ainda o edificante as seguintes acções: 1ª acção, para requerer ao juiz competente a mudança da servidão passiva, que o seu solo, no qual quer edificar, deve a outrem (veja-se o § 45 e 78); 2ª, para obrigar o vizinho a vender-lhe metade da parede da casa contigua ao mesmo solo, em que quer construir o seu edificio, afim de madeirar nessa parede (veja-se o § 79); 3ª, para igualmente obrigar o seu socio da parede commum — *pro diviso* — a consentir que edifique no todo da parede, pagando-lhe a metade do justo preço da mesma (veja-se o § 129); 4ª, a acção — *communi dividundo* — para fazer partilha do quintal commum, se não quizer ou não lhe fôr conveniente deixar o intersticio de vara e quarta de medir

quando houver de abrir janellas, sacadas, ou varandas nos fundos do seu edificio (veja-se o § 140); 5°, para no caso de ser alheio ou do vizinho o solo ou quintal, sobre o qual tem de cair as aguas dos beirões da sua nova casa, obrigar o dono desse solo ou quintal a vender-lhe por seu justo preço a porção de terreno necessario para o dito fim da cahida das aguas dos beirões (veja-se o § 163); 6°, finalmente, a acção — *pro socio negotiorum gestorum* — para na qualidade de reedificante da casa commum repetir dos outros socios as despezas feitas com a reedificação (veja-se o § 189).

§ 279.

A primeira acção mencionada no § antecedente, o edificante exerce fazendo requerimento ao juiz pouco mais ou menos pela fórma seguinte :

Diz F..., senhor e possuidor de um solo (ou terreno) na rua tal desta cidade (ou villa), que tendo de construir ou edificar uma casa nova no mesmo solo, neste tem F... a servidão de transitar ha mais de 10 annos quando sahe de sua casa, que é contigua ao mesmo solo, e porque é menos oneroso ao supplicante, e não menos commodo ao supplicado fazer este seu transito por outro lugar do solo, pois o em que exerce a servidão, se esta continuar, é prejudicial á edificação do supplicante, requer portanto a V... se sirva mandar citar o supplicado, para mediante vistoria, ou sem ella, aceitar

a variação da servidão no lugar indicado com a comminação de revelia, se dentro em tres dias (ou de outro prazo maior) não declarar que aceita a dita variação; assim conclue-se pedindo ao juiz deferimento, etc.; accusa-se a citação na 1ª audiência, e depois de lançado o réo supplicado do prazo marcado para a declaração da aceitação ou para oppôr embargos, julga-se o preceito por sentença havendo-se a servidão por variada, intimando-se mandado ao dono serviente: esta variação de servidão só tem lugar, se a servidão estiver legitimamente constituida pelos modos legais, pelos quaes ella se constitue, pois se não estiver assim constituida o edificante pôde livremente fazer o seu edificio (veja-se o cap. 3º e seus §§).

§ 280.

O procedimento da segunda e terceira acção é por meio da vistoria feita segundo o exposto no § 273 e seguintes, tendo o juiz em vista as regras para se julgar a parede capaz de edificação. A acção—*Communi dividundo*—tem procedimento ordinario, e por isso o edificante deve primeiramente chamar o socio do quintal commum á conciliação, e com a nota desta, ou á revelia, faz então petição ao juiz para novamente citar o réo, ou seus socios, se fôr mais de um, para no juizo municipal competente fallar aos termos do libello, e accusada a citação na 1ª audiência, na seguinte deve o edificante apresentar o seu libello nesta

fôrma: — Em libello diz como A. F... contra F... o seguinte:

E. S. N.

P. que o A. é senhor e possuidor em commum com o dito F... do quintal que fica entre os fundos da casa que está edificando na rua, lugar, ou praça tal desta cidade, e os da casa do réo.

P. que não querendo o mesmo réo vender ao A. a sua parte do quintal, por ser pequeno, e sendo prejudicial ao A. deixar o intersticio legal de vara e quarta, que é obrigado, entre as suas janellas e o quintal, é justo que se proceda á partilha do mesmo entre o A. e o réo; portanto nestes termos:

P. que o réo deve ser condemnado a louvar-se em louvados que dividão o dito quintal, e adjudiquem ao A... a metade (ou 3ª ou 4ª conforme o numero dos socios) e nas custas.

P. R. de mel. mod.

Junta-se a nota de não conciliação. Offerecido o libello na audiencia, contrariado ou não pelo réo, segue a causa seus ultteriores termos, e provando o edificante o seu dominio na dilação probatoria, e arrazoada a final, profere o juiz a sua sentença definitiva, que só é appellavel e recebida a appellação no effeito devolativo, e em virtude desta sentença, é o réo novamente notificado para se louvar em louvados em audiencia, que lhe deve ser marcada, fazendo o edificante o mesmo;

e marcado nessa mesma audiência o dia da partilha procede-se a esta, e á revelia do réo, com louvado nomeado pelo juiz, se não comparecer o mesmo réo na audiência aprazada para nomear seu louvado, devendo-se por equidade adjudicar ao edificante a sua parte do quintal contigua á casa que está edificando (10).

§ 281.

E' tambem por meio de vistoria, que o edificante, usando da quinta acção, obriga o dono do quintal contiguo ao seu predio a vender-lhe o terreno necessario para sobre elle fazer cahir as aguas da chuva pelos beirões do mesmo seu predio. Finalmente a sexta acção — *negotiorum gestorum* — para repetir e se fazer embolsar das despezas da reedificação, deve o edificante intentar ordinariamente por libello, precedendo conciliação; se por meio desta não conseguir a venda do dito terreno, ou se proceder-se á revelia, requer o edificante e manda citar o socio ou socios da casa commum para no juizo municipal responder ao libello, que deverá apresentar na audiência seguinte, em que fôr accusada a citação, nestes termos: — Em libello diz como A. F... de.... contra F... de....

E. S. G.

(10) Guerreir. Tract. 2 Liv. 6 Cap. 13 n. 27.

P. que o réo é senhor e possuidor de umas casas na rua tal desta cidade em commum com o A. e outros, e no dia tal cahindo a parede de detrás, e estando o réo ausente e os demais socios (ou não concordando com o A. no reparo e concerto) elle A. o mandou fazer.

P. que este concerto (ou reedificação se a demolição fôr total) era indispensavel para occorrer á maior ruina do edificio, e gastou o A. nella a quantia de 50\$, como mostra pela folha (ou recibo) do mestre e mais obreiros. Nestes termos:

P. que o réo deve ser condemnado a pagar ao A. a dita quantia de 50\$ e custas.

P. R. e J. mel. mod.

Junta-se a nota de não conciliação ou de revelia.

Note-se, que o edificante neste caso de reedificação póde repetir tambem as despesas uteis *propriamente ditas* (veja-se o § 246); offerecido o libello e discutido pelas partes, ou á revelia do réo, provado na cilação probatoria de 20 dias, e a final arrazoada a causa, obtendo o edificante sentença favoravel, e passada em julgado, póde com ella executar o réo seu socio, ou socios, se contra todos intentou a acção, tendo preferencia no pagamento, se a execução correr sobre o predio reedificado; para o mais que se segue a esta acção veja-se o § 189 e a legislação ahí citada.

DIVISÃO 2.ª

Acções competentes ao vizinho.

§ 282.

O vizinho para defender os seus direitos e oppôr-se aos abusos e excessos da edificação tem as acções seguintes: 1.ª, a acção de *Força nova turbativa* para ser restituído á posse e uso da sua servidão impedida, e indemnizado das perdas e danos; 2.ª, a acção *Confessoria* para o mesmo fim; 3.ª, a acção *Negatoria* para repellir a imposição de servidão indevida; 4.ª, o *Embargo ou nunciação de obra nova* nos seguintes casos: 1.º, para igualmente repellir a imposição de servidão indevida e obstar á edificação da obra começada, que lhe é prejudicial; 2.º, para impedir e fazer demolir a obra principiada no seu solo despoticamente; 3.º, para impedir ao edificante fazer a parede da frente da sua casa sobreahida á d'elle vizinho; 4.º, para obstar o edificante extinguir a servidão passiva que soffre o solo em que quer edificar, e que é devida a elle vizinho; mas note-se, que só tem lugar a nunciação de obra nova neste caso quando o edificante não varia a servidão (veja-se o § 279); 5.º, para fazer desmanchar e remover o madeiramento que arbitrariamente fizer o edificante na parede do mesmo vizinho sem estar legalmente habilitado; 6.º, para obstar e fazer demolir a obra nova prejudicial á parede commum; 7.º, para impedir a aber-

tura de janellas, frestas, sacadas e varandas, tanto sobre seu telhado, campo ou quintal, como sobre quintal commum, que o edificante quizer fazer sem deixar o intersticio de vara e quarta de medir.

§ 283.

Procede ainda a mesma acção de Embargo de Obra nova em favor do vizinho nos casos que se seguem: 1º, para impedir, que se levante defronte parede mais alta do que a janella que tiver em becco de quatro palmos de largura, e pôde oppôr esta acção ainda mesmo que a janella não tenha adquirido a servidão *luminis* de anno e dia de feita (veja-se o § 147); 2º, para obstar a construcção e acabamento de forno junto á parede commum, quando o edificante não faz uma parede grossa entre o forno e a parede commum; 3º, para impedir o acabamento de latrina junto á sua parede, quando por vistoria se conhecer que a construcção da mesma latrina é tão mal feita e desordenada, que depois de acabada e em uso ha de infeccionar o ar e prejudicar a saude do vizinho com exhalacões fetidas; 4º, para repellir a servidão de cloaca por seu predio, ou quintal, intentando esta acção dentro de anno e dia, e depois deste tempo passado deve intentar para o mesmo fim a acção Negatoria; 5º, para impedir, que o edificante, abrindo poço no seu solo, faça excavação para os lados do predio do vizinho, com a qual possa causar ruina ao mesmo seu predio; 6º, finalmente, para

obstar na reedificação a ampliação de servidões, como portas e janellas novas, alem do numero que tinha o edificio demolido, e em outro lugar diverso das antigas servidões.

§ 284.

A quinta acção que compete ao mesmo vizinho é o interdito — *Quod vi aut clam* — para ser restituído ao dominio e posse do seu solo clandestinamente occupado pelo edificante; pôde tambem usar da acção *Communi dividundo* para extremar ou determinar pela partilha a sua parte do solo commum; assim como pôde usar da sexta acção *Disforçamento in continenti* para fazer remover o madeiramento, que o edificante fizer arbitraria e despoticamente em sua parede; a 7ª acção do vizinho relativamente a excesso de edificação é a *Caução de damno infecto*, quando o edificante fazendo o alicerce da sua nova casa faz excavação tão profunda, que possa arruinar a parede do vizinho; a 8ª acção é o interdito — *Nequid in loco publico* — para fazer demolir qualquer edificação nociva a elle vizinho, que se faz na rua e junto de sua casa, ou que embarace o transitó publico; esta acção pôde por este segundo motivo ser intentada por qualquer pessoa do povo, e se concorrer mais de uma pessoa para intenta-la, o juiz deve escolher o mais idoneo (veja-se o § 99): pôde usar tambem da 6ª acção, a *Caução de damno infecto*, ainda nos seguintes casos: 1ª, quando depois de aca-

bada a obra que o edificante fez na parede commum, e vistoriada, ha fundado receio, que venha a causar ruina á casa delle vizinho; 2º, quando scabado o forno feito junto á parede commum sem intermediar uma parede grossa entre o forno e a commum, ou por má construcção deste e de seus materiaes, receia-se incendio; 3º, quando pelo uso e despejo que se faz na latrina fica humida a parede do vizinho, que está contigua á mesma latrina; 4º, finalmente, quando o edificante abrir poço no seu solo com excavação tão profunda, que tema o vizinho a ruina da sua parede contigua á excavação.

§ 285.

A primeira acção — *Força nova turbativa* — é summaria e deve o vizinho ou o prejudicado e impedido no uso da servidão intenta-la dentro de anno e dia: precede a conciliação, e depois de satisfeita esta, e por não se conciliarem as partes ou á revelia, intenta-se a dita acção pela maneira e fórma seguinte: — Dizem F... e sua mulher, desta cidade, ou villa, que F... de... lhes fez força nova, como passão a deduzir pelos *itens* seguintes:

J. que elles supplicantes são possuidores de um terreno (sitio ou campo) que confina com F... e F..., o qual campo é livre de servidão.

J. que os supplicantes tendo mandado fazer no dito terreno uma casa de banho para della haverem inte-

resses por aluguer ás pessoas que se quizerem utilizar do mesmo banho, o supplicado no dia tal . . . mandou arrasar a dita casa de banho, privando assim os supplicantes dos seus lueros licitos.

J. que por semelhante facto fez o supplicado força turbativa aos supplicantes, e portanto deve ser condemnado nas perdas e damnos que se liquidarem, e a não mais turbar os supplicantes na sua posse, comminando-se-lhe a pena de 30\$ para as despezas da causa, no caso de reincidencia de turbação, e nas custas.

P. ao Ill^m Sr. juiz municipal sirva-se mandar citar o supplicado para no termo que lhe fôr marcado allegar a defesa que tiver, e com ella ou depois de lançado, designar a audiencia para o julgamento.

E. R. M.

Testemunhas F... F... F... e F...

Junta-se a nota de não conciliação.

Justificada e provada esta petição com as testemunhas nomeadas, e com ou sem defesa do turbador, pronuncia o juiz sua sentença definitiva, condemnando o réo supplicado, se o autor tiver provado o deduzido em sua petição; extrahese a sentença dos autos, e para ter execução legal é mister, que se liquidem as perdas e damnos por artigos de liquidação, porque a sentença illiquida não se executa sem que primeiro se faça a liquidação, Ord. liv. 3^o tit. 86 § 2^o.

§ 286.

A acção — *Confessoria* — é ordinaria, e precedendo conciliação deve ser intentada por libello nesta ou outra semelhante fórma:

Em libello diz como A. F... e sua mulher contra F...

E. S. C.

P. que os AA. são senhores e possuidores de um terreno nesta cidade ou villa, o qual confina com outro terreno que o réo tem, e ha mais de dez annos sempre os AA. exercêrão a servidão de andar de pé e de carro por essa terra do réo, sem contradicção de pessoa alguma.

P. que o réo ha dous annos tapou o caminho e impedio os autores servirem-se por elle, do que lhes resultou prejuizos em seus interesses, por não terem outra servidão.

Nestes termos:

P. que conforme aos de Direito deve ser o réo condemnado a desimpedir a servidão dos autores, e a restituir ao estado em que dantes estava, nas perdas e danos que se liquidarem, e nas custas.

P. R. e J. mel. mod.

Vai junta a nota de não conciliação. Testemunhas F... F... F... e F...

Cumpre notar, que esta acção só se deverá intentar, quando não se puder usar da Força nova turbativa, por

ter passado anno e dia; segue o mesmo curso, e procedimento ordinario de contrariedade, replica, e treplica, dilacão probatoria de 20 dias, e razões finais, para então ser definitivamente julgada, ou á revelia do réo, se fôr contumaz; e não se dá á execução sem liquidarem-se primeiramente as perdas e damnos.

§ 287.

Intenta-se a accção — *Negatoria* — para repellir a servidão indevida, se dentro do anno e dia, não se pôde intentar a de Força nova espoliativa ou esbulho para o mesmo fim: sendo pois preciso intentar-se a dita accção *Negatoria* ordinaria, por se não ter em tempo proposto a referida de esbulho, será proposta, precedendo conciliação, e citação do réo para o juizo municipal, pela fôrma do seguinte libello:

Em libello diz como A. F... de... contra F...

E. S. C.

P. que o A. é senhor e possuidor de um terreno contiguo a outro do réo, e é o seu dito terreno livre de servidão, como por direito se presume, emquanto não está legitimamente constituída.

P. que o réo ha mais de dous annos faz servidão de caminho por esse terreno do A. para passar para a sua terra, fazendo conduzir objectos de seus interesses, sem que lhe seja devida a servidão, que arbitrariamente se arroga, donde tem resultado ao A. perdas e damnos.

Nestes termos:

P. que conforme aos de Direito, se deve receber o presente libello para effeito de ser a final o réo condemnado a abster-se de continuar a passar pelo dito caminho na terra do A., e a pagar-lhe as perdas e danos, que se liquidarem, e nas custas.

P. R. e J. mel mod.

Vai junta a nota de não conciliação.

(Assignatura do advogado.)

Segue o mesmo curso e tramites legaes que os outros libellos. Como esta acção substitue a de esbulho, depois de passado anno e dia, em que deve ser esta ultima intentada, deve por isso o A. provar os tres seguintes pontos: 1º, sua posse; 2º, o esbulho; 3º, o tempo, em que este foi commettido pelo réo, como é obrigado a prova-lo quando propõe a acção de esbulho.

§ 288.

De dous modos póde o vizinho ou qualquer outro offendido nos seus direitos de servidões intentar a acção ou interdicto — *Nunciação ou embargo de obra nova* — : o 1º, é *per jactum lapidis*, isto é, lançando certas pedras na obra nova, que offende as suas servidões (11), como um embargo extrajudicial, cujo effeito juridico é impedir a continuação da obra nociva ao nunciante;

(11) Ord. Liv. 3 Tit. 78 § 4º.

mas este, logo que fôr feito o dito embargo, deve mandar citar o nunciado para fallar aos artigos da nunciação, e immediatamente requerer exame na obra embargada; o escrivão competente (a quem fôr distribuido o feito) vai fazer auto de exame e medição da obra, que está feita, e cita o réo para os artigos da nunciação, os quaes devem ser offerecidos na audiencia seguinte (12); se o nunciante, porém, depois de praticadas estas formalidades do embargo extrajudicial, não apresenta os seus artigos de nunciação dentro de tres mezes, e deixa-os passar, perde o direito da nunciação, fica o embargo de nenhum effeito, e não mais pôde embargar a continuação da obra que lhe é prejudicial; esta prescripção de tres mezes deduz-se da Ord. liv. 1.^o tit. 68 § 42: este primeiro modo de embargar a obra nova é ordinariamente usado ou nas povoações, onde não ha magistrados, juiz de paz ou municipal, a quem o prejudicado possa logo requerer o embargo por escripto, ou quando ha mesmo dentro da cidade ou villa perigo na demora em recorrer ao juiz, porque pôde acontecer, que o dono da obra, quando esta estiver muito adiantada, mande acaba-la; se o nunciado depois do referido embargo fizer ou continuar a obra, reputa-se attentado, e é desfeita essa obra e reduzida ao estado em que estava antes do embargo; a mesma Ord. citada na nota 11.

(12) Vanguerv. Pratica Judic. T. 4 Cap. 16.

§ 289.

O requerimento que o nunciante deve fazer ao juiz immediatamente que fizer o embargo referido no § antecedente, é da forma seguinte: Diz F... morador nesta villa, que sobre o quintal de sua casa mandou F... abrir uma janella na parede da casa, que está edificando e fica sobre o dito quintal, e com esta janella, que já está principiando a abrir, devassa o mesmo quintal; pelo que o supplicante embargou-a extrajudicialmente na forma da Ord. liv. 3 tit. 78 § 4º, e para evitar qualquer fraude do nunciado requer se mande ratificar aquelle embargo, fazendo o escrivão auto, em que declare a obra, que está feita, notificado o supplicado, e os operarios para não proseguirem na obra embargada sem ordem deste juizo: portanto

P. ao Ill^m Sr. juiz...
lhe defira como requer.

E. R. M.

(Assignatura.)

§ 290.

Logo que fôr ratificado o embargo judicialmente, deve o A. nunciante chamar o réo á conciliação na forma do § 5º da disposição provisoria ácerca da Administração da justiça civil. Procedida a conciliação, o A. deve apresentar os artigos de nunciação na forma seguinte: Diz F. e sua mulher, moradores desta villa,

que querem justificar contra F., e sua mulher, os *Itens seguintes*, citados os supplicados:

J. que os supplicantes são senhores e possuidores de um quintal da casa, em que morão, o qual é contíguo á parede da casa que os supplicados mandarão edificar, e nessa parede principiãrão abrir janella sobre o dito quintal, o qual fica devassado.

J. que os supplicados, continuando na obra da janella na dita parede, que está muito adiantada, se fôr acabada vem a ficar muito prejudicial aos supplicantes, que estimão a perda em tantos mil rs. . . . : e assim

P. P. ao Ill^{mo} Sr. juiz. . .

haja de deferir-lhes, notificados os supplicados, para em um termo allegarem sua defesa, e provado o deduzido quanto baste se julgue a final obrigados os supplicados a tapar a janella, sacada, ou varanda, condemnados nas custas.

E. R. M

Junta-se a nota de não conciliação.

Testemunhas F. F. F. e F.

(Assignatura.)

§ 291.

Deve o A. provar nesta acção tambem o seu dominio, pois apesar de depender a questão de dominio de acção ordinaria, e ser summario este interdicto, comtudo a

Ord. liv. 1 tit. 68 § 23 permite, que neste mesmo processo summario se conheça do direito de propriedade, porque seria absurdo, desprezada a nunciação, mandar-se findar a obra com reserva de direito do nunciante para outra acção sobre o domínio, como acontece nos outros interdictos e mais remedios possessorios, e vencendo depois o nunciante na causa ordinaria demolir-se a obra, que muitas vezes pôde acontecer que seja tal, que demolida destrua um edificio inteiro, como por exemplo se fôr a parede da frente (13).

O segundo modo de intentar a nunciação ou embargo de obra nova é requerer logo ao juiz embargo na obra começada e prejudicial ao vizinho ou a qualquer outro, que se achar prejudicado nas suas servidões por alguma obra nova; feito o embargo judicial, e procedida logo depois a conciliação, se apresentam os artigos de nunciação na mesma fórma sobredita. Os juizes competentes para conhecerem deste embargo de obra nova são os juizes de paz e municipaes dos respectivos districtos e termos das partes ou do lugar da questão da nova obra: pelo decreto de 26 de Agosto de 1830 se derão aos juizes de paz todas as attribuições dos almotacés que estão extinctos entre nós, e uma dessas attribuições é o conhecimento do Embargo de obra nova, que podem os ditos juizes julgar definitivamente se o valor da questão não exceder de cincoenta mil réis.

(13) Lobão Tract. dos Interdict. § 125 e nota.

§ 292.

A mesma fôrma de processo e formalidades que ficam expostas sobre o modo de intentar-se o Embargo de obra nova no caso de abertura de janellas sobre quintal do vizinho tem applicação a todos os mais casos, em que tem lugar aquelle interdicto, *mutatis mutandis*. Antes de passados os tres mezes (veja-se o § 288) pôde o edificante nunciado proseguir a obra com caução de *opere demoliendo*, se offerecida pelo nunciado o nunciante a aceita (14): se porém este não aceita a dita caução, passados os tres mezes sem que ainda seja decidida a causa da nunciação, pôde o nunciado requerer a prestação da mesma caução ao juiz, o qual lh'a deve deferir. Esta caução de *opere demoliendo* consiste em pedir o nunciado por meio de requerimento escripto ao juiz lhe conceda licença para continuar a sua obra, assignando termo de a demolir, se assim fôr julgado a final. Segundo a interpretação, que Lobão dá á Ord. liv. 3^o tit. 78 § 4^o, por argumentos muito bem deduzidos na sua obra *Interdictos*, cap. 9^o, desde o § 126 usque 134, a nunciação ou embargo de obra nova compete tanto pelos predios e servidões urbanas, como pelos predios e servidões rusticas.

(14) Silv. á Ord. Liv. 3^o Tit. 78 § 4^o n. 42.

§ 293.

O Interdicto — *Quod vi aut clam* — é a acção por meio da qual o vizinho faz demolir uma obra nova que lhe é prejudicial, e que foi feita contra o direito das suas servidões, ou á força, ou clandestinamente: entende-se haver força quando o vizinho, ou o offendido que propõe esta acção, prohibio ou embargou essa obra nova, que se fez não obstante a prohibição (15): segundo o Direito Romano, de quatro modos se entende a clandestinidade ou a occultação da factura da obra: 1º, se foi feita de noite; 2º, em occasião, em que não pudesse ser vista fazer-se; 3º, se o dono da obra ou edificante não denunciou a obra que queria fazer, devendo denuncia-la, como é obrigado em todos os casos, em que lhe é prohibido fazer certas obras, sem consentimento do vizinho; 4º, se denunciou ou avisou fazer uma obra, e fez outra differente e prejudicial ao vizinho (16): o processo desta acção é summario, precede a conciliação, e com a nota de não conciliação ou á revelia, intenta-se no juizo municipal competente, por meio de uma petição, que pôde ser ou não articulada, onde narrado o facto da factura da obra clandestina prejudicial a elle A., conclue-se pedindo a demolição da mesma á custa do réo, sendo este condemnado a pagar o pre-

(15) Richer Jurispr. Univ. Tom. 12 § 169.

(16) Lei Rom, L. 5 pr. § 1 e 2 D. h. t.

juízo causado com a tal obra, e que se liquidar; segue o curso das acções summarias até final sentença.

§ 294.

O *Disforçamento in continenti*, outra acção de que pôde usar o vizinho do edificante para fazer demolir e remover o madeiramento, que o mesmo edificante fez arbitrariamente em sua parede, e para outros casos semelhantes, pôde ser exercido extrajudicial ou judicialmente: o primeiro modo, que é permittido pela Ord. liv. 4^o tit 58 § 2^o, consiste em fazer o espoliado a demolição da obra por si mesmo e com gente sua, como escravos, criados, e amigos, em tanto ajuntamento quanto lhe fôr necessário conforme a prepotencia do espoliador, comtanto que execute a demolição *in continenti*, o que a dita Ord. deixa ao arbitrio do julgador, assignando porém como maximo do prazo para o disforçamento o tempo de dous mezes, conforme a qualidade das pessoas do forçador e do forçado. O segundo modo é requerer ao juiz por petição escripta, na qual recontado o facto da espoliação ou força, pede-se auxilio de officiaes de justiça para assistirem à execução do disforçamento e demolição da obra prejudicial; este é o meio mais prudente e aconselhado pela boa praxe, affin de se evitarem rixas e conflictos, que muitas vezes podem trazer funestas consequencias: acabado o acto de disforçamento os officiaes passam certidão do que se passou, e algumas vezes lavrão um

termo relatando o modo por que se executou o Disforçamento, se assim o quizer a parte. Procede-se portanto neste segundo modo do Disforçamento sem ordem e figura de juizo, e por consequencia não é preciso conciliação.

§ 295.

A caução de *damno infecto* de que póde usar o vizinho e pedir em todos os casos, de que fiz já menção a § 283, e em outros semelhantes, intenta-se mediante um processo summario; o effeito desta caução é a indemnisação do damno que acontecer para o futuro, proveniente de alguma obra que fez o edificante, e que o vizinho não póde embargar ou fazer demolir, por não ter direito para isso, ou que por descuido e olvidaçõ deixou de fazer, e se acabou a obra. Esta é uma das acções, que teem lugar entre nós com o nome de—*Embargos á primeira ou comminatoria*: entendo que lhe deve preceder conciliação, porque nem é das contempladas no art. 5º da Disp. Provis. ácerca da administração da J. C., nem das exceptuadas no art. 6º da mesma Disposição; procedida pois a conciliação, requer-se ao juiz municipal competente pela fórma seguinte: Diz F...., morador desta cidade ou villa, que F... está principiando a edificar uma casa contigua á sua, e para fundamento della abriu alicerce tão profundo, que receia o supplicante ser arruinada a parede da sua casa, e porque já está cheio o dito alicerce com

as paredes e madeiras do supplicado, requer a V. . . . seja citado o mesmo supplicado para dar caução ao damno, que houver de acontecer na parede ou casa do supplicante, comminando-se-lhe a pena de desobediencia (ou qualquer outra proporcionada) se fôr contumaz, e recusar prestar a caução; estima o supplicante a caução em um conto de réis (ou mais conforme fôr o valor do damno que teme).

Assim:

P. ao Ill^{ma} Sr. juiz municipal se digne mandar citar o supplicado para o fim requerido, ou para apresentar embargos á primeira audiencia depois de citado, ou á revelia, julgue-se a comminação por sentença.

E. R. M.

(Assignatura).

§ 296.

A caução que deve prestar o supplicado é a fideijussoria, isto é, deve dar fiador idoneo, que se obrigue a indemnisar o damno futuro; o tempo que deve durar a dita caução ou fiança determina-se por meio de vistoria com louvados peritos e assistencia do juiz, que pronuncia sua decisão conforme o parecer dos louvados, se é razoavel e justo, ou segundo o seu arbitrio, pois não é rigorosamente obrigado a ciu-gir-se aos laudos dos peritos, na conformidade do

Direito Romano (17); a indemnisação do damno, que depois acontecer na casa do vizinho, deve ser demandada por acção ordinaria dentro de 30 annos, contados do dia em que se der o damno cautionado (18). Finalmente observarei, que da sentença proferida e que obriga a prestar caução só cabe appellação devolutiva (19).

§ 297.

Quanto á acção do interdicto *Nequid in loco publico*, de que tambem pôde servir-se o vizinho para fazer demolir a obra, que feita na rua publica lhe causar prejuizo por ser junto á sua casa, é permittida pelas leis Romanas L. 3 e 4 ff. de Nov. oper. e L. 3 ff. popular. action., as quaes autorisão a qualquer pessoa do povo a demolir e fazer remover os materiaes da obra prejudicial ao publico; e quando esta estiver junto á casa de qualquer pessoa, e lhe fôr particularmente prejudicial, pôde usar da mesma acção popular para remover a causa do seu prejuizo; esta mesma jurisprudencia se acha consignada na disposição do § 31 da Ord. liv. 3^a tit. 68, a qual prohibe fazer na rua escada, ramada, alpendro, ou qualquer outra obra,

(17) L. 13 § fin. L. 14, L. 15 § 3 D. eod.

(18) L. 17 § 3 L. 13 § 6 D. h. t.

(19) Pereira e Souza primeiras linhas sobre o Proc. Civil Nota 995.

que faça impedimento á serventia da dita rua, e se fizer-se será demolida e derrubada; a mesma prohibição está decretada pela dita Ord. tit. 66 § 11 a respeito de obras e tomadas de servidões, caminhos, e rócios publicos; a acção popular porém presentemente entre nós é exercida pelas camaras municipaes, ás quaes compete pelo seu regimento mandar demolir e remover todas as obras e occupações indevidas nas ruas publicas; mas isto não obsta, que aquelle, junto de cuja casa se fizer na rua alguma obra prejudicial, a faça demolir; procede-se tambem sem ordem e figura de juizo, requerendo-se por escripto a demolição, independente de conciliação, nem previa nem posterior ao acto.

CAPITULO XIII.

ACÇÕES COMPETENTES AO SENHORIO E AO INQUILINO.

DIVISÃO 1.ª

Acções do senhorio.

§ 298.

As principaes acções, de que póde usar o senhorio contra o inquilino, são a *executiva* para cobrar os alugueres da casa arrendada, e a de *despejo* para o lançar fóra da mesma casa. A primeira acção *executiva* compete ao senhorio, e deve usar della sómente contra o inquilino e o subconductor ou subinquilino, e nos

casos expostos no § 237; o seu procedimento executivo nasce da disposição do § 3.º da Ord. liv. 4.ª tit. 23: na conformidade desta Ord. deve principiar por penhora, a qual será effectuada nos bens ou *moveis e mobilia* do inquilino e subconductor, com as declarações mencionadas no § 235. Para o senhorio intentar legalmente esta acção deve exhibir escripto de arrendamento, e com elle requerer pela fórma seguinte: «Diz F... morador desta cidade (ou villa), que alugou a sua casa da rua de... n. tanto. a F..., que della tomou posse e ajustou com o supplicante pagar o aluguer de 500 rs. por mez (ou tanto por anno), como mostra o escripto de arrendamento junto; e porque está o supplicado a dever os alugueres de tantos mezes (ou annos), que importão em tanto, e não quer pagar apezar das diligencias extrajudiciaes que tem feito o supplicante, requer por isso a V... se sirva mandar passar mandado de penhora contra o supplicado para ser effectuada nos moveis que existem dentro da casa arrendada, (ou no poder de F.. a quem forão indevidamente alienados), sendo citado nesse acto da penhora para allegar os embargos que tiver até a primeira audiencia, e nada allegando se julgue a penhora por sentença e prosiga seus ultteriores termos até real embolso do supplicante; nestes termos:

P. ao Ill^{mo} Sr. juiz municipal lhe desira.

E. R. M.

(Assignatura.)

§ 299.

Se o executado apresentar embargos, são accitos como contestação da acção, e depois de discutidos julgão-se a final; sendo a sentença contra o executado, só pôde appellar della e ser recebida a appellação no effeito devolutivo, e se couber na alçada do juiz não pôde appellar. Esta acção principiando logo por penhora é uma excepção da regra, que a praxe admite nas causas executivas e execuções de sentenças; pois nestas não se requer penhora, senão para effectuar-se ou dentro de 24 horas, se o réo executado voluntariamente dá bens á penhora, ou depois das mesmas 24 horas, e então se faz á revelia do réo, que é citado com essa declaração. Se o proprietario que requer a execução não pôde exhibir escriptura, ou escripto de arrendamento, por ter sido este feito vocalmente, pôde usar do remedio exposto no § 219 para supprir a falta do escripto. Deve preceder a conciliação ao acto de intentar-se esta acção, porque entendo, que ella não é das exceptuadas pelo artigo 6º da Disposição prov.; pois as execuções de que trata o dito artigo são as de sentença.

§ 300.

Para o senhorio poder intentar legalmente a acção de *Despejo* contra o inquilino nos dous casos expostos nos §§ 241 e 250, deve no primeiro caso avisar o inquilino trinta dias antes de finalizar o arrendamento, que não quer continuar o mesmo arrendamento de sua casa, o

quer reentrar na posse della; feito este aviso e recusando o inquilino entregar a casa no ultimo dia do arrendamento, precedendo conciliação, que não é dispensada neste caso pelo art. 6.º da Disposição provisoria, faz então o senhorio a petição seguinte ao juiz municipal: — Diz F..... morador desta cidade (ou villa), que deu de aluguer a F.... a sua casa da rua.... n.... por um anno (ou seis mezes, etc.), que finda hoje, e como não quer mais, que continue tal arrendamento, e o supplicado recusa entregar-lhe a casa, tendo sido avisado no dia tal... para a entregar, requer o supplicante a V.... se sirva mandar passar mandado de despejo á custa do supplicado, se intimado para despejar não o fizer immediatamente.

Assim:

P. a V.... Ill.^{ma} Sr. Dr. juiz municipal
lhe defira.

E. R. M.

(Assignatura).

Por uma praxe mui razoavel e justa deve o proprietario ou senhorio requerer mandado de despejo contra o inquilino neste caso; o que tem sido regularmente observado no fóro, e admittido nos usos das nações: o alvará de 23 de Julho de 1811, cuja disposição teve por fim cortar os abusos de se opporem os inquilinos com embargos de retenção de bemfeitorias, mandando que estas bemfeitorias só fossem attendidas para o fim de suspender o despejo quando provadas *in continenti*

com autorisação por escripto do proprietario de predios urbanos, não reprovou expressamente a pratica de requerer o senhorio mandado de despejo ou de *evacuando*, como o chamão os praxistas (20).

§ 301.

E' preciso tambem que o senhorio junte o arrendamento por escripto, pois é principio geral de Direito, que para se adoptar e applicar o favor de uma lei é mister, que se mostre verificada a qualidade fundamental della, accrescendo que com a exhibição do escripto de arrendamento se evitão graves inconvenientes e prejuizos contra o inquilino. (Veja-se o § 252) (21).

No segundo caso do § 259, quando sobrem ao proprietario alguma das justas causas prescriptas na Ord. liv. 4^o tit. 24 pr. pôde o senhorio intentar o despejo, cuja fórma de processo é differente do primeiro caso; segue a ordem do processo summario por determinação da Ord. liv. 3^o tit. 30 § 3^o no fim, mas não é executiva. Para intentar pois o senhorio a acção de despejo regularmente neste caso deve requerer ao juiz municipal nos seguintes termos precedendo conciliação:—Diz F... morador desta cidade (ou villa) que deu de aluguer a sua casa da rua.... n.... a F..., e ainda que o arrendamento só finda em tal dia...., isto não obsta para que

(20) *Lôã* Acç. Summarias §§ 454 e 455.

(21) O mesmo *Lôã* Acç. Summ. § 456.

seja o supplicado despejado, por ter o supplicante justa causa para isto (aqui allega-se uma das causas da Ord. liv. 4 tit. 24 pr.); portanto requer a V... se sirva mandar citar o supplicado para no termo que lhe fôr assignado allegar sua defesa, e com ella ou á revelia depois de lançado, se marcar dia para o julgamento.

Assim:

P. a V.... Ill^{ms} Sr. Dr. juiz municipal
lhe desira.

E. R. M.

Testemunhas F...., F..., F... e E...

(Assignatura).

§ 302.

Apresentada a contestação do réo inquilino no prazo ou termo, que lhe fôr marcado na audiência, em que se accusar a citação, deve o senhorio A. provar na audiência que fôr marcada para o julgamento a *justa causa* que tem para despejar o inquilino, e depois de inquiridas as testemunhas offerecidas e nomeadas na petição deve o juiz fundamentar a sentença na prova; se esta fôr favoravel ao senhorio extrahе-se logo mandado de despejo, no qual se inclue a declaração de um prazo razoavel, dentro do qual deve o réo inquilino infallivelmente despejar, do contrario faz-se o despejo judicial pelos officiaes de justiça deitando-se os trastes e moveis do inquilino na rua; extrahе-se, como disse, logo o mandado de despejo, depois de proferida a sen-

tença, porque desta só pôde dar-se appellação no effeito devolutivo (22); na mesma sentença deve o juiz ordenar ao escrivão, que passe o mandado, e pôde tambem logo marcar o prazo dentro do qual deve effectuar-se o despejo, para ser declarado no mandado. Cumpre porém notar, que o despejo segue a ordem regular do processo summario que fica exposto, se o inquilino exhibir *in continenti* consentimento escripto do senhorio, que o autorisasse a fazer bemfeitorias na casa alugada, único caso, em que pôde suspender o despejo, pois o outro de aposentadoria, permittido pelo assento de 23 de Julho de 1811, cessou (vejão-se os §§ 242 e 243); se o inquilino não apresentar o dito consentimento do senhorio, é immediatamente despejado; e se tiver feito bemfeitorias *necessarias ou uteis propriamente ditas*, pôde repeti-las por acção ordinária. (Veja-se o § 245).

§ 303.

Além das duas referidas acções *executiva* e de *despejo*, ainda tem o senhorio contra o inquilino acções para o obrigar a reedificar a casa que lhe deu de emprazamento, isto é, de arrendamento perpetuo, se arruinar-se por culpa do mesmo inquilino, e constrangê-lo a pagar-lhe todo o preço do aluguer ajustado, ainda que o inquilino por causa da ruina não continue a morar

(22) Mello Freire Instit. de Jur. Civ. Lusit. Liv. 4 Tit. 24 § 17.

na casa; assim como para o obrigar á indemnisação das damnificações e destruições que por *culpa larga* ou *leve* do inquilino acontecerem na casa alugada temporariamente (veja-se os §§ 224 e 236); mas como para a satisfação destes prejuizos não tem o senhorio privilegio legal, e figura como qualquer outro litigante, deve por isso intentar as acções ordinarias por via de libello; e portanto deve chamar o inquilino á conciliação, e depois de procedida ella, e de não conciliados, ou á revelia, apresentará o seu libello no domicilio, ou residencia do réo, seguindo-se os demais termos do processo ordinario até final sentença.

DIVISÃO 2ª.

Acções do inquilino.

§ 304.

O inquilino para fazer valer os seus direitos tem contra o senhorio as seguintes acções: 1ª, para, no caso de ser impedido ou estorvado a usar da casa alugada, cebrar a importancia do aluguer que pagou adiantado e os juros da lei, que são de seis por cento ao anno na fórma da lei de 24 de Outubro de 1832, se o senhorio recusar ou demorar a entrega do dinheiro (veja-se o § 244); 2ª, para repetir as despesas das bemfeitorias *necessarias* ou *uteis propriamente ditas*, que fez na casa, ainda mesmo sem consentimento do senhorio; 3ª, para ser indemnizado do damno causado em seus bens, mo-

veis, escravos, animaes, etc., pela ruina da casa (veja-se o § 245); 4ª, para demandar ao senhorio as perdas e danos que soffreu por *culpa leve* do mesmo senhorio, tal como o caso da Ord. liv. 4ª tit. 9ª pr., não estipulando o senhorio com o comprador, no caso de vender a casa alugada, que conserve o inquilino, se o arrendamento fôr de 10 annos, e por essa falta de estipulação fôr expulso da casa o inquilino (veja-se o § 247); 5ª, finalmente, para obrigar o senhorio a cumprir o contracto de arrendamento na parte do preço certo e determinado do aluguer quando o senhorio o augmenta arbitrariamente, ou quando para o mesmo fim de augmentar o aluguer, que contractou com o inquilino não augmentar, pretende retractar-se desse pacto sem consentimento do inquilino (veja-se o § 256).

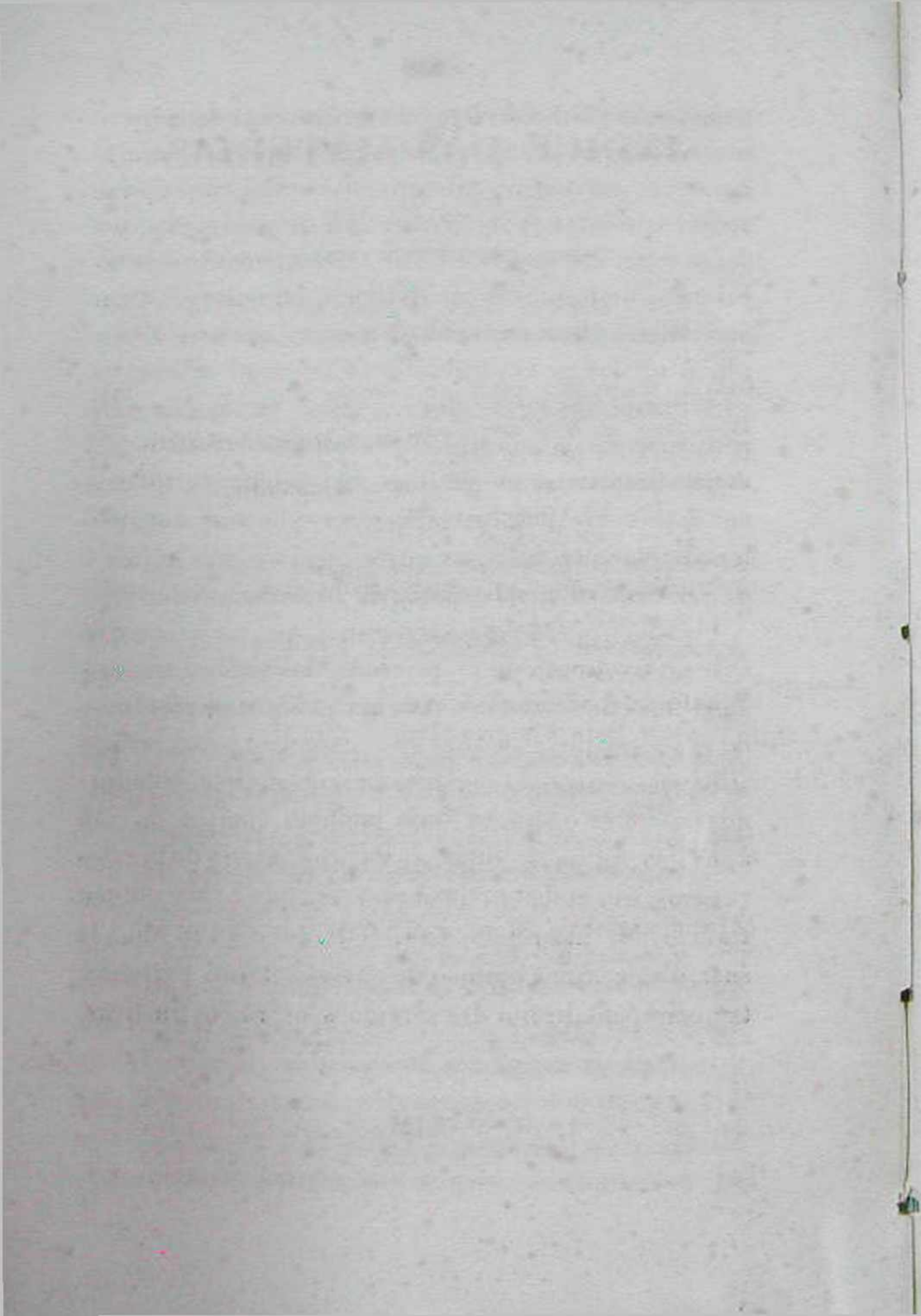
§ 305.

Todas estas acções deve o inquilino intentar por via ordinaria, por isso que para usar dellas não lhe concede o Direito privilegio algum, pelo qual as possa intentar e propôr summariamente. Nas obras de todos os Praxistas que tem escripto sobre a pratica judicial e civil se encontram regras, e preceitos, e em alguns fórmulas de libello para se propôr a acção ordinaria, e por isso me dispense de apresenta-las aqui, ao que não me comprometti pelo prologo deste Tratado; se apresentei algumas fórmulas de petições e libellos foi por serem mais difficéis de se fazerem, principalmente pelos principiantes, que

teem pouca pratica do fóro. As acções, cuja doutrina o processo expuz são as principaes, de que mais usualmente se servem o edificante, o vizinho, o proprietario e o inquilino; algumas outras, de que ainda se podem servir, são de pouco uso, e communmente servem para decidir pequenas occurrencias, ou remediar algumas faltas, como por exemplo a acção que tem o vizinho para obrigar o edificante a fazer rego ou cano de escoamento das aguas das biqueiras da sua casa para não causarem damno ao seu predio; isto decide-se pelo meio summaríssimo de inspecção ocular do juiz de paz e presença das partes, por ter sido uma das attribuições dos almotacés, as quaes passarão para os juizes de paz em virtude do decreto de 26 de Agosto de 1830.

Finalmente concluo advertindo, que as acções que nascem do direito de propriedade dos predios rusticos não teem a mesma natureza nem seguem a mesma ordem de processo que as acções que competem pelos predios urbanos, á excepção sómente da *reivindicação*, e do *Divorçamento in continentí*, que tambem competem com a mesma fôrma de processo ao proprietario de predios rusticos, e o embargo de obra nova, que Lobão no seu tratado dos Interdictos Cap. 9 desde o § 126 até 134 sustenta, contra a opinião de varios autores, pertencer tambem pelo direito das servidões e predios rusticos.

FIM.



INDICE DAS MATERIAS

A

	Pag.
Abandono da casa arrendada.	292
Accepções da palavra casa	1
Acções competentes ao edificante.	309
— — ao vizinho.	322
— — ao inquilino	347
Accessorios annexos e connexos ás casas, quaes são e como se comprehendem no arrendamento das mesmas.	240
Aguas-furtadas ou sotãos, como fará legalmente o edificante	164
Alicerce ou fundamento da casa, como o edificante pôde fazer licita e seguramente	73
Apozentadoria de casas o que é, como se divide	293
—, que pessoas gozão della e como	296
Area, diversas accepções desta palavra	10
Arrematar quando se pôde a casa para pagamento das despesas do consocio feitas na reedificação da mesma	205
Arrendamento de casas involuntario por direito de aposentadoria, como se deve effectuar e processar.	302
Arrendamento voluntario de casas, com que cautelas deve ser feito	229
— —, sendo commum a casa, como se entende e deve-se dividir.	246
— perpetuo de casas como poderá fazer o proprietario	244
Arruinando-se a casa, perpetuamente arrendada, como haverá o proprietario a sua indemnisação e alugueres	245

B

Beirões ou biqueiras do telhado, como fará o edificante licitamente.	107
Bens <i>castrenses</i> e <i>quasi castrenses</i> como são taes consideradas as casas, e para que effeito.	153 e 206
Bens, ou moveis, em quaes do que o inquilino introduz na casa alugada tem o senhorio <i>hypotheca legal</i> , e preferencia no pagamento.	257
Bemfeitorias, quando suspendem o despejo das casas.	270
Beneficio da retenção de bemfeitorias, quando aproveita ao inquilino.	287

C

Casas como se devem qualificar predios urbanos e predios rusticos.	3
Casos em que o senhorio pôde lançar fóra da casa o inquilino <i>extraordinariamente</i>	281
— em que o senhorio não pôde augmentar a renda ou aluguel da casa.	288
— em que o inquilino pôde se oppôr ao despejo da casa.	270
Caso fortuito, por elle não responde o inquilino, acontecendo na casa alugada.	245 e 263
Chaminé, como poderá o edificante fazer legalmente.	118 e 178
Clandestina, de quantos modos se entende ser a obra nova, e qual a acção competente para a fazer demolir.	335
Cloacas, o que é, e direito de as construir.	185 e 187
Caução da <i>damno infecto</i> , o que é.	338
— pôde pedir o vizinho, e em que casos.	324
Cozinha, faz-se communmente nos fundos da casa e como.	171
Contracto, havendo-o entre o edificante e o vizinho para aquelle abrir janellas na nova casa, cessão as restricções legais.	146

Contracto, é licito fazerem o edificante e o vizinho sobre as servidões urbanas, modificando-as ou alterando-as.	15 e	67
--	------	----

D

Damno causado pela ruina da casa alugada, é obrigado o senhorio a indemnisar ao inquilino.	274
Despezas necessarias ou uteis, que faz o inquilino na casa, é obrigado o senhorio a pagar.	275
Despejo, quando e como pôde o senhorio usar delle contra o inquilino.	268
— com que formalidades deve ser concedido.	284
Desmanchar casas para vender seus materiaes não pôde o dono dellas.	227
Deserção ou abandono da casa, em que casos pôde fazer o inquilino, deve communicar ao locador.	292
Direitos e obrigações reciprocas do senhorio e do inquilino	255
— do inquilino	273

E

Edificação ou liberdade de edificar, é de direito natural, protegida pela jurisprudencia de todas as nações	42
Edificante, quaes os primeiros direitos que tem para principiar a construcção do seu edificio.	61
— , como e quando pôde edificar no terreno commum com ou sem consentimento dos consocios.	57
— , como poderá legalmente fazer construir a porta de entrada, janellas e frestas da sua nova casa	74
— , como poderá fazer a escada da sua casa, quando fór de sobrado.	85 e 86
— , incumbe-lhe provar, quando quer edificar na parede commum, que esta é capaz de edificação, e como poderá nella edificar	117

Eirado, ou terraço, como legalmente fará o edificante. 161

F

- Fazendeiros, ou proprietarios de predios rusticos, que direitos lhes competem quando se edifica em suas terras por seu consentimento ou arbitrariamente . . . 53
- , têm direito de pedir caução de *damno infecto*, ou embargar a obra, quando querendo-se fazer fosso, levada, ou outra excavação junto ás bemfeitorias do seu predio, ha temor de ruina. . . 195
- Filhos-familias, contra elles não corre a prescripção de anno e dia para se constituir a servidão *luminis recipiendi*. 151
- , e quando isso se limita. 153
- Frestas o que é, e como serão legalmente feitas pelo edificante 156
- Forno, como deve ser construido. 175
- Fumo moderado que se faz na coziuha, ainda que incommode o vizinho, não pôde este obstar. . . . 173
- , immoderado e feito em grande quantidade e por acinte ao vizinho, este pôde impedir. . . . 174

G

- Garantia, tem o inquilino contra o despejo illegal do senhorio. 280
- Gravame, não pôde o edificante soffrer dous, para garantia do vizinho, quando abre poço no seu solo. 193
- Gravar com o encargo de servidões pôde os seus predios qualquer pessoa emancipada, e quaes os meios legais para isso. 25

H

- Herdeiros, aos do vizinho do edificante estende-se a posse da servidão constituida de tirar agua no seu poço. 197

Hypotheca tacita legal, della não se livra o inquilino nos bens introduzidos na casa alugada, ainda dando penhor ou fiador ao senhorio. 261

— — — — —, continua nos bens do inquilino havendo recondução tacita ou expressa. 267

II

Incendio casual acontecido na casa alugada, não responde por elle o inquilino, nem está sujeito a indemnisação do damno causado. 203

Inquilino, em que casos pode abandonar a casa alugada, veja-se *deserção* ou *abandono* da casa.

Injuria, não se dá entre nós pelo fumo de materias fetidas, que o vizinho faz na sua casa, ainda mesmo com intenção de incommodar. 175

Instrumentos ou documentos, quaes são os comprobatorios e authenticos da propriedade inteira da parede 83

J

Janellas, como poderá o edificante fazer construir na sua nova casa, ou na reedificação. . . 129 e 137

Juiz, deve apreciar as razões dos socios que contradizem a edificação do outro socio no solo commum tendo em vista a utilidade da construcção dos edificios. 58

— , na falta de provas sobre o dominio inteiro da parede intermedia a duas casas, deve decidir a questão por presumpções. 96

— , na collisão de provas sobre ser ou não a parede alheia destinada para edificar deve decidir a questão em favor do edificante 101

— , concedendo mandado de despejo contra o inquilino sem as formalidades legais, commetto esbulho. 287

- Juros do dinheiro que recebeu como aluguel da casa, é obrigado o senhorio a pagar ao inquilino, se recusar entregar o dinheiro, quando o mesmo inquilino é impedido de morar na casa. 274

L

- Latrina o que é, direito de a construir e como. 182
 Liberdade de edificar, veja-se edificação.
 Licitação da casa commum o que é, e em que caso é praticavel. 250
 Locador de casa, deve explicar-se claramente no contracto de arrendamento da mesma, do contrario todo o equívoco se interpreta contra elle. 233
 Locupletar-se, não deve o socio da casa commum em prejuizo de outro socio. 249

M

- Madeiramento, quando arruinado, imittido por direito de servidão, pôde ser renovado sem excesso da mesma servidão 67
 Mandado prohibitorio da obra nova, pôde requerer o socio da casa commum que se julgar prejudicado com a reedificação, e como. 226
 Madeirar, como pôde o edificante licita e legalmente na parede alheia 65
 Metade da parede do vizinho, como pôde o edificante adquirir legalmente o dominio della ibid.
 Materiaes, de qualquer qualidade que sejam os empregados na construcção do edificio, não altera os direitos do edificante e do vizinho. 44
 — não se pôde prescrever e determinar a qualidade dos que devem ser empregados na construcção dos edificios, e porque. 172

N

Novação de contracto de arrendamento de casas, não se dá pelo facto do subconductor ou subinquilino pagar parte do aluguer da casa ao senhorio.	279
Negatoria (acção), como e quando pôde ser intentada para repellir a imposição de servidão	328
<i>Negotiarum gestorum</i> (acção), pôde intentar e como o socio para ser indemnizado das despesas do concerto da reedificação da casa commun.	320
Nunciação ou embargo de obra nova (acção), de quantos modos pôde o vizinho intentar e para que fim.	329
Nulla e rescindivel, quando é o contracto de locação de casas.	278 e 292

O

Obra nova (acção de embargo de), em que casos pôde ser intentada; veja-se acções competentes do vizinho.	
Officiaes militares, estão isentos da hypotheca tacita legal nos seus moveis introduzidos na casa alugada.	256
— —, gozão da aposentadoria activa de casas e como.	298

P

Parede propria, como deve ser tal considerada, e como se prova.	87
— alheia, com que condições pôde o edificante obrigar o dono della a vender-lhe metade para nella madeirar	99
— commun, como se entende a prova.	105
Poço, como fará o edificante legalmente.	190

Posse, serve de fundamento para decidir a questão do domínio sobre o interstício de vara e quarta de medir e sobre o terreno em que cahem as aguas dos beirões.	141 e	170
Preço do aluguer na locação parcial da casa, em falta de declaração do senhorio, e que deve regular a extensão do prédio, e quantidade de moveis a que tenha direito o inquilino		238
— do aluguel ajustado particularmente, e não se podendo provar, qual o remedio legal.		239
Preferencia, quando tem o inquilino na casa alugada.		271
Prescrição, como por ella se constituem as servidões		30
— , não corre contra os que estão impedidos para se opporem a abertura de janellas sobre o seu telhado, quintal ou campo		152
Presumções, suas especies e legitimidade.		111

Q

Quantidade, a do preço do aluguer é que deve decidir a questão da locação parcial da casa: veja-se preço do aluguer na locação parcial.		
Quitações, dos ultimos tres annos das rendas e alugueres de casas, estabelecem presumpção de pagamento de alugueres anteriores.		114
Quod vi aut clam (acção), como póde intentar o vizinho, e para que fim.		335

RR

Recondução tacita, o que é		265
Reedificação de casas arruinadas.		201
— de casas totalmente demolidas.		213
Regras, de interpretação do contracto de arrendamento de casas.		233
Repetir, póde o vizinho o dinheiro que deu para a communhão da parede, sendo quantia menor do que o valor da metade da parede		110

Restituição <i>in integrum</i> , têm os menores e filhos-famílias contra a indevida edificação no seu solo, e imposição de servidões	50 o	151
Restricções geraes, de liberdade de edificar.		62
— particulares, da mesma liberdade.		73

S

Servidão, o que é		13
Servidões, e suas diferentes especies.		14
— , como se constituem		24
— , como se perdem e extinguem.		35
Seteiras, o que é, e como serão legalmente feitas.		158
Solario, duas accepções desta palavra.	47 o	161
Solo ou terreno, quantas são as especies d'elle em que se póde edificar.		44
— publico, como se poderá nelle edificar.		45
— alheio, como se póde nelle edificar licitamente		48
— commum, como se entende.		54
— proprio, com que restricções póde-se nelle edificar.		62

T

Tacito, o consentimento assim prestado tem o mesmo effeito que o expresso para a edificação no solo alheio.		49
Terceiro, não póde com embargos obstar a entrega da casa ao locador no caso de despejo		86
Testemunhas, são especies em materia de edificação.		88

U

Uteis, de quantos modos são as despesas que faz o inquilino na casa alugada		275
Usar, não póde o inquilino do direito de dominio que adquire na casa alugada para se oppór ao despejo.		272

V

Venda, da metade da parede do vizinho deve ser feita por escriptura publica, excedendo o seu valor a 200\$000	107
Vidas, das pessoas nomeadas no arrendamento perpetuo de casas, como se regulão.	244
Vistoria, o que é, e qual a melhor praxe adoptada para as decisões de servidões.	310 e 312

Z

Zenoniana, constituição, o que dispunha a respeito de construcção de edificios, não é admittido no fóro	71
---	----

FIM.

ERRATA.

PAG.	LIN.	ERROS	EMENDAS.
16	1	sennor	senhor
20	8	immundices	immundicias
—	N. 8. 1.	Noet.	Voet.
35	N. 1. ^a e 2. ^a	Noet.	Voet.
39	N. 9.	Noet.	Voet.
—	N. 1. 2.	art. 700	art. 707
62	N. 35. 2.	art. 675	art. 682
65	N. 39. 2.	arts. 654 e 655	arts. 660 e 661
109	13	art. 646	art. 653
155	8	grada-la	gradea-la
170	13	aud	aut.
—	N. 7.	diver.	divis.
171	7	decidido	decidida
175	4	estes	este
187	14	Projeciendi	Projiciendi
189	13	entrada	estrada
217	27	amplia	ampliar
193	8	por que se não pôde saber	por que se não pôde sa- ber-se
291	22	§§ 152 e 153	§§ 252 e 253
299	13	porém	pois
302	10	§ 67	§ 61
307	6	de direito	do direito
324	25	6. ^o	7. ^o
337	8	§ 283	§ 284
