

“Cautio damni infecti.”*

Moacyr Amaral Santos

Livre Docente de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Catedrático de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

136. O *domínio*, direito de propriedade no sentido estrito, e nesse sentido também chamado simplesmente *propriedade*, conquanto o mais amplo dos direitos sobre a coisa, está sujeito a limitações, que atingem o seu conteúdo, umas impostas pelo exclusivo interesse da coletividade, outras pelo interesse dos particulares, estas ainda em nome dos princípios que regem a convivência dos homens em sociedade (1). Com referência ao direito de propriedade imobiliária, em que especialmente atuam, essas limitações ou são a) no interesse público, geral, ou administrativo, (2) ou b) no interesse dos vizinhos.

(*) Parágrafo de um dos capítulos da obra em vias de publicação.

(1) Const. Federal, art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16.º, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”

(2) São limitações dessa natureza, entre outras: a) a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (Const. Federal art. 141 § 16: Cód. Civil, art. 590; Decreto lei n. 3.365, de 21-6-1941); b) as disposições relativas a minas e mais riquezas do sub-solo (Const. Federal, arts. 152-153; Cód. de Minas, Decreto-lei n.º 1.985, de 29-1-1940 e leis complementares ou modificativas; (vide MOACYR AMARAL SANTOS, *Direito usual para engenheiros*, cap. X); c) as disposições relativas a águas (Const. Federal, arts. 152-153; Código de Águas; Dec. n. 24.643, de 11-7-1934, leis modificativas

As limitações ao conteúdo do direito de propriedade imobiliária, decorrentes da relação de vizinhança, formam um sistema de princípios e normas conhecidos por *direitos de vizinhança* (3).

O sistema pode traduzir-se na regra de que o direito do proprietário de um imóvel é limitado pelo direito do proprietário do imóvel vizinho (4). Da coexistência dos direitos dos proprietários resulta que há necessidade de se conciliarem, mesmo por motivo do interesse público em que

e complementares; Código de Águas Minerais, Dec. n. 7.841, de 8-8-1941; vide MOACYR AMARAL SANTOS, o. c., cap. IX); d) as disposições sobre matas, arvoredos, mananciais e sobre caça e pesca (Cód. Civil, arts. 594-602; Decreto-lei n. 5.894, de 20-10-1943; Decreto-lei n. 6.236, de 2-2-1934; Dec. n. 794, de 19-10-1938; Decreto-lei n. 1.631, de 27-9-1939; Dec. n. 1.708, de 27-10-1939; etc.); e) as disposições relativas à defesa nacional (Const. Federal, art. 180; Decreto-lei n. 1.164, de 18-3-1938; Decreto-lei n. 1.968, de 17-1-1940); f) as disposições sobre alienação parcial de edifícios de apartamentos (Dec. n. 5.481, de 25-6-1928; Decreto-lei n. 5.234, de 8-1-1943); g) as disposições sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações (Decreto-lei n. 58, de 19-12-1937; Dec. n. 3.079, de 15-9-1938); h) as disposições municipais, ou sanitárias, relativas ao alinhamento, às construções e ao urbanismo (Cód. Civil, art. 572; Códigos Sanitários, de Obras, etc.), assim como sobre utilização dos edifícios destinados a indústria ou comércio, em defesa da segurança, da comodidade ou da saúde pública (ver MOACYR AMARAL SANTOS, o. c., cap. XI).

(3) Sobre direitos de vizinhança, no direito brasileiro, ver: SÁ PEREIRA, *Direito das coisas*, em *Manual do Código Civil Brasileiro*, de PAULO DE LACERDA 8.º v., ed. 1924; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, ed. 1908/1910; CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, 3.º v., arts. 554 e ss.; CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das coisas*, ed. 1946; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 29; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civil Brasileiro Interpretado*, 8.º v.; TITO FULGÊNCIO, *Direitos de vizinhança*, ed. 1925; FILADELFO AZEVEDO, *Destinação do imóvel*, ed. 1932; SAN TIAGO DANTAS, *O conflito de vizinhança e sua composição*, ed. 1939; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 13.º v., ed. 1955.

(4) PONTES DE MIRANDA, o. c., 13.º v., § 1538; SAN TIAGO DANTAS, o. c., ns. 130-131; CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, ed. 1900, p. 1 e ss.; PLANIOL, o. c., 1.º v., n. 2366; SAINT VINEBAULT (Guillemot), GRANDAMY (H.), LAGRAVE (Lucien) et BÉCOT (Maurice), *Manuel juridique de la propriété bâtie*, ed. 1934, 2.º v., p. 161.

se exerçam de modo pacífico (5). Domina o *princípio da coexistência*, fundamental no sistema, e que consiste na disciplina do equilíbrio do exercício dos direitos dos proprietários de imóveis vizinhos.

É verdade que, às vêzes, o princípio da *coexistência* se subordina ao princípio do *interêsse público*, naquêle implícito, dando azo a que, pela *supremacia* dêste, (6) se imponham “a uma imóvel onus excepcionais em benefício de outro”, mas, ainda aqui, o a que visa o sistema é o equilíbrio dos direitos dos proprietários vizinhos (7).

Do princípio de coexistência dos direitos dos proprietários de imóveis vizinhos e que os limita, impedindo que um os exerça em prejuizo dos direitos do outro, dimana a regra jurídica que veda o *uso nocivo da propriedade* por parte de um e em dano do outro, expressa nos arts. 554 e 555 do Cód. Civil.

137. Nos mais remotos tempos de Roma, a propriedade — *mancipium, dominium* — conferia ao seu titular poder efetivamente absoluto e ilimitado sôbre a coisa, e isso, observa BIONDI, significava “ausência de limites, que não derivassem da vontade do proprietário” (8).

Não obstante, o fato da vizinhança já prescrevia certos direitos ou vedações, alguns até previstos na Lei das XII

(5) “ a lei é obrigada a impor certas limitações para evitar conflitos que não deixariam de existir entre os vizinhos, se cada qual pudesse ir além do próprio direito” (CAPITANT, o. c., p. 8).

(6) SAN TIAGO DANTAS, o. c., n. 131.

(7) Diversamente, SAN TIAGO DANTAS, o. c., n. 131, entende que “dois princípios informam o seu (do Cód. Civil) sistema de direitos de vizinhança: 1.º equilibrar o exercício dos direitos de propriedade vizinhos (*princípio da coexistência*); 2.º — impor a um imóvel certos ônus excepcionais em benefício de outro, quando assim o exige o interêsse público (*princípio da supremacia do interêsse público*)”.

(8) BIONDI, o. c., § 54. Cf. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1.º v., § 107; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 4.ª ed., 1934, 1.º v., p. 178. “Particularmente absoluta e preponderante é a propriedade fundiária romana. Na sua origem, os direitos reais que podem

Tábuas, que conferia ação ao proprietário pelos danos que lhe acarretassem as águas vindas do imóvel vizinho (*actio aquae pluviae arcendae*) (9); estabelecia obrigação do proprietário cortar os ramos das árvores, que caíssem sobre o imóvel vizinho, até a altura de quinze pés a contar do solo (10); reconhecia o direito do proprietário cortar a árvore que se inclinasse sobre o seu imóvel (11); assegurava o direito de colher, um dia sim, um dia não, os frutos caídos do seu imóvel no do vizinho (12). Mas êsses direitos e vedações não provinham, pròpriamente, de restrições impostas pela relação de vizinhança, que é desconhecida no antigo direito romano. O caráter absoluto da propriedade, atribuindo ao seu titular a maior liberdade no exercício do seu direito, não admitia limitações. Entretanto, àquela liberdade se opunha a proibição ao proprietário de “turbar o vizinho com atividades que, conquanto desenvolvidas no próprio imóvel, viessem a constituir para aquêlê invasões ou *immissiones* por mínimas que fôssem” (13).

Assim, não obstante absoluta e ilimitada a propriedade, ao seu titular não era lícito exercê-la de modo que suas atividades se estendessem sob forma de *immissiones* à propriedade do vizinho. “Permitido nos é fazer em nossa propriedade quanto nos agrada, desde que nada introduzamos na alheia”, advertia ULPIANO (14). Essa é uma regra que domina o período clássico. Os germes da limitação do exercício da propriedade se alargam, atendendo ao interêsse dos vizinhos e mesmo ao interêsse público da sua

limitá-la são sòmente o usufruto e as servidões voluntariamente constituídos” (ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, ed. 1952, p. 180).

(9) Lei das XII Tábuas, VII, 5.

(10) Lei das XII Tábuas, VII, 7.

(11) Lei das XII Tábuas, VII, 8.

(12) Lei das XII Tábuas, VII, 9.

(13) ARANGIO RUIZ, o. e loc. cit.

(14) D. 8, 5, 8, 5: “*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*”.

coexistência harmônica (15) Algumas limitações, decorrentes do fato da vizinhança passam a ser contempladas com ação pelo *ius civile*, enquanto outras, tais como as abrangidas pelas *immissiones*, encontram resguardo em providências administrativas do pretor (16).

A proibição do uso nocivo da propriedade, que aquela regra prescreve com caráter eminentemente prático, é exemplificada. Constituem exercício nocivo da propriedade a atividade industrial que invade de fumaça o prédio vizinho; ou a introdução de água, ou outra coisa, do prédio superior no inferior; ou o corte de pedra, num prédio, quando estilhaços atingem outro (17). Generalizando-se a regra, não se proibiam apenas as inissões de coisas materiais, mas ainda “a propagação de calor, de umidade, de mau cheiro, tanto através do solo como do espaço aéreo e subsolo” (18), as quais, aliás, também não deixavam de ser repercussões corpóreas.

Igualmente, desde os primeiros tempos do direito romano (19), e acentuadamente nos períodos posteriores (20),

(15) ARANGIO RUIZ, o. c., p. 181; BETTI, o. c., 1.º v., § 110; BIONDI, o. c., § 66; JÖRS e KUNKEL, o. c., § 69.

(16) BIONDI, o. e loc. cit.

(17) D. 8, 5, 8, 5. Cf. BETTI, o. e loc. cit.

(18) BIONDI, o. c., § 66. Cf. WINDSCHEID, *Pandette*, 1.º v., § 169 n. 8 e nota 7; DERNBURG, *Pandette*, 1.º v., parte II (*Diritti reali*), § 199, n. 4.

(19) BRANCA (Giuseppe), *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, 1937, n. 1; BETTI, o. c., 1.º v., § 110, p. 380; BURCKHARD, continuação a GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. de PIETRO BONFANTE, liv. 39, parte. 11, ps. 59 e ss., Aludindo a GAIO, *Inst.* IV, 31, observa BURCKHARD: “Não se duvida que êle tenha em mente o dano que ameaça de ruína um edificio” (p. 59-60). “Naturalmente, para poder intentar uma *legis actio* por *damnum infectum*, e tendo-se em conta o princípio fundamental *nulla actio sine lege*, devia existir uma lei contendo prescrição sôbre êste caso. Não é impossível que esta fôsse a Lei das XII Tábuas ” (p. 60).

(20) WINDSCHEID, o. c., 1.º v., § 169, n. 7; BIONDI, o. c., § 67 n. 3; BETTI, o. e loc. cit.

constitui ofensa ao direito do proprietário o exercício do direito do vizinho, quer agindo quer por deixar de agir, de modo danoso ao daquêle, no que concerne a obras e construções, como quando o estado de ruína da casa dêste (*aedes ruinosae* ou *vitiosae*) ameaça dano àquele (21), ou quando êste faz escavações ao lado do muro divisório, ameaçando a sua ruína (22). Essas e outras são ameaças de imissões danosas à propriedade, que o seu titular tem o direito de impedir.

Em síntese, princípio fundamental, provindo do direito quiritário e que se acentuou nas etapas posteriores à medida que se multiplicavam as necessidades sociais, era o que conferia ao proprietário o mais amplo e livre exercício do seu direito, desde que não invadissem o direito do vizinho (23).

138. Assegurando a independência e liberdade da propriedade imobiliária contra atos dos vizinhos, conheceram os romanos um largo sistema de medidas ou remédios jurídicos (24), origem de várias ações que no direito contemporâneo tutelam as relações de vizinhança. Tais eram a *actio negatoria*, a *operis novi nuntiatio*, a *actio aquae pluviae arcendae*, a *cautio damni infecti*, o *interdictum quod vi aut clam* e alguns outros interditos.

a) A *actio negatoria* (25) competia ao proprietário contra quem, dizendo-se titular de um direito real — servidão, usufruto — sobre a propriedade, pretendia exercê-lo, a fim de que se declarasse a inexistência desse direito. Visava propriamente a defesa da propriedade, afastando ônus reais que sobre ela não incidiam.

(21) D. 39, 2, 7, 1; D. 39, 2, 9.

(22) D. 39, 2, 24, 12.

(23) BURCKHARD, o. c., § 1678, p. 149.

(24) BETTI, o. c., 1.º v., § 110, p. 380.

(25) D. 8, 5, 2, pr.; BIONDI, o. c., § 67, c; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 221 e 248 e ss.; DI MARZO, o. c., p. 155.

b) A *operis novi nuntiatio* (26) consistia na providência extrajudicial, concedida ao proprietário e destinada a impedir que o vizinho prosseguisse na execução de obras, tanto de construção como de demolição, ofensivas ao seu direito de propriedade ou de servidão. Tratava-se de medida preventiva, com a finalidade de resguardar a propriedade contra imissões que adviriam da execução daquelas obras. Instituto originário do antigo *ius civile*, desenvolveu-se e sistematizou-se no direito pretório, que alargou os seus pressupostos (27).

c) A *actio aquae pluviae arcendae* (28), que a Lei das XII Tábuas instituiu (29) e o direito clássico conservou, tinha por finalidade afastar (*arcere*) as águas de chuva, desviadas por obra humana do seu curso normal ou legítimo, se nocivas a um prédio rústico. Por meio desta ação, o prejudicado exigia que o vizinho destruísse a obra, repondo as coisas no estado anterior. Protegia tanto o proprietário do prédio inferior como o do prédio superior, contra o daquele em que a obra houvesse sido feita. No direito justinianeu, entretanto, atendendo-se a interesses da agricultura, ampliou-se o objeto da ação, que se tornou destinada a regular a divisão das águas de chuva ou das nascentes (30).

(26) D. 39, 1, 1, 16; BETTI, o. c., § 110, p. 380; DI MARZO, o. c., p. 156; BIONDI, o. c., § 67, n. 5; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 223; COSTA (Emilio), *Istoria del diritto romano privato*, 1925, p. 203.

(27) BETTI, o. e loc. cit.; COSTA (Emilio), o. e loc. cit.

(28) D. 39, 3, 1, 1; SARGENTI (Manlio), *L'actio aquae pluviae arcendae*, 1940; BURCKHARD, em continuação a GLÜCK, o. c., liv. 39, 3.^a parte; DERNBURG, o. c., § 232; BETTI, o. c., 1.^o v., § 110, p. 381; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 221; BIONDI, o. c., § 66; DI MARZO, o. c., p. 158.

(29) Lei das XII Tábuas, VII, 5; D. 40, 7, 21 pr.; SARGENTI, o. c., p. 18 e ss.

(30) SARGENTI, o. c., p. 89; BETTI o. e loc. cit.; BIONDI, o. e loc. cit.

d) O *interdictum quod vi aut clam* (31) destinava-se não só a suspender ou remover obras executadas no prédio contra a proibição (*prohibitio*) do interessado (*vi*) ou clandestinamente (*clam*), temendo a proibição, como ainda, conseqüentemente, visava a exigir indenização pelos danos. Cabia quando as obras, que podiam consistir em construções ou simples modificações, eram executadas com violência (*vi*), bastando para considerarem-se assim feitas quando o fôsem contra uma *prohibitio*; ou quando sua execução se desse clandestinamente (*clam*), às escondidas daquele que podia proibi-las. Conquanto de pressupostos um tanto diversos da *operis novi nuntiatio*, praticamente tendia ao mesmo fim que esta (32).

e) O *interdictum de arboribus caedendis* (33), que tem assento em norma prescrita na Lei das XII Tábuas, (34) tinha por fim especial assegurar ao proprietário o corte dos galhos de árvore do vizinho até a altura de quinze pés a contar do solo, ou, ainda, o corte de raízes que invadissem a sua propriedade.

f) O *interdictum de glande legenda* (35) servia ao interessado para entrar no prédio do vizinho, de cada três dias, a fim de recolher os frutos ali caídos, direito êsse previsto desde a Lei das XII Tábuas (36).

g) Finalmente, a *cautio damni infecti*, instituto que a êste parágrafo particularmente interessa, e do qual tratar-se-á a seguir.

(31) D. 43, 24; DERNBURG, o. c., § 234; BETTI, o. e loc. cit.; BIONDI, o. c., § 67, n. 4; DI MARZO, o. c., p. 159; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 223.

(32) DERNBURG, o. e loc. cit.

(33) D. 43, 27; BETTI, o. c., 1.º v., § 110, p. 382; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 224.

(34) Lei das XII Tábuas, VII, 7; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, 1938, n. 17, p. 105.

(35) D. 43, 28; ARANGIO RUIZ, o. e loc. cit.; BETTI, o. e loc. cit.

(36) Lei das XII Tábuas, VII, 9; BISCARDI, o. e loc. cit.; ARANGIO RUIZ, o. e loc. cit.

139. Instituto por excelência destinado a proteger relações criadas por fatos de vizinhança, e que constantemente se associa a outros, especialmente à *actio negatoria*, à *novi operis nuntiatio* e aos *interdicta*, a *cautio damni infecti* (37) tinha por fim garantir o proprietário, ou possuidor, de um prédio contra o dano ainda não feito (*damnum infectum*) e que havia razão para temer que se verificasse à sua propriedade, por motivo do estado da obra do prédio vizinho ou de atividades neste exercidas. Era, pois, medida tendente a prevenir um dano, ou seja, remédio preventivo contra ameaça de dano, ou impedindo-o, ou assegurando a indenização caso se verificasse.

Condição era se tratasse de *damno infectum*, isto é, *damnum nondum factum quod futurum veremur*, como o definia GAIO. (38) Porque o dano não se verificou ainda, mas apenas há ameaça dêle, não há ação para exigir indenização. Todavia, a ameaça aconselha prevenir o dano futuro, de forma a evitá-lo, se possível, ou, se verificado, garantir ao vizinho prejudicado o seu ressarcimento de modo simples (39).

a) Remotíssimas as origens do instituto. Alude GAIO a uma *legis actio damni infecti* da qual, ao tempo em que escreveu (40), ninguém queria servir-se, visto que podia então obrigar o adversário por meio da *stipulatio* pretória: “*Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium*

(37) BURCKHARD, *De damno infecto*, em continuação a GLÜCK, *Pandette*, liv. 39, 2.^a parte; BRANCA, o. c.; DERNBURG, o. c., §§ 230, 231; WINDSCHEID, o. c., 2.^o v., § 458 e ss.; SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, ed. 1934, p. 227; BETTI, o. c., 1.^o v., § 110, p. 380; ARANGIO RUIZ o. c., p. 223; BIONDI, o. c., § 67, n. 3; MACHADO GUIMARÃES, o. c., p. 212.

(38) D. 39, 2, 2.

(39) Cf. SCIALOJA, o. e ioc. cit.

(40) GAIO escreveu as *Institutiones* cêrca do ano 161 (COSTA (Emílio), *Storia delle fonte del diritto romano*, ed. 1909 p. 100).

suum, idque et commodius iust et plenius est" (41) Partindo dessa referência chegaram os romanistas, e mais recentemente BRANCA, (42) a admitir fôsse aquela *actio legis instituída* pelos Decenviros e, pois, na época do direito quirítario, como meio preventivo, do qual se servia o proprietário a fim de evitar o dano, ainda não cometido (*damnum infectum*), mas que temia em razão do estado ruinoso de obras (*aedes ruinosa*) da propriedade vizinha. Já se conceituaria como "meio preventivo destinado a evitar o dano, e, não obstante, garantir-se contra êle antes que se verificasse" (43).

Várias hipóteses se formularam, tentando enquadrar essa *actio* no sistema das *legis actiones* (44). Delas a mais recente, e também a mais plausível, deve-se a BRANCA, que a classifica entre as ações penais (*actiones ex delicto* (45), sob a forma da *actio sacramentum in personam* (46). Sentindo-se ameaçado pelo estado da construção (*vitium aedium; aedes ruinosa*) ou por obra (*vitium operis*), no prédio do vizinho, o proprietário ameaçado avisava a êste de que devia restaurá-la, ou desfazê-la, cominando-lhe uma pena, em dinheiro (*poena pecuniaria*). (47) Se o *dominus aedis* ou *operis* desobedecia ao preceito, se instaurava a *actio sacramentum in personam damni infecti*, pela

(41) GAIO, *Inst.*, IV, 31.

(42) BRANCA, o. c., ns. 1-14; BURCKHARD, o. c., p. 60 e ss.; BETTI, o. e loc. cit. Em contrário ARANGIO RUIZ, o. c., p. 223, nota 1, que diz não saber ainda que coisa seja a *legis actio* que GAIO (IV, 31), confere para o caso de *damnum infectum*.

(43) BRANCA, o. c., ns. 1-14.

(44) Sobre tais hipóteses (KARLOWA, HUSCHKE, UNTERHOLZNER, BONFANTE, HESSE, BURCKHARD, WLISSAK), ver BRANCA, o. c., ns. 2-7, que as discute.

(45) BRANCA, o. c., ns. 9-11.

(46) BRANCA, o. c., n. 13.

(47) BRANCA, o. c., n. 12.

qual, provada a efetividade do perigo, era êle condenado naquela pena (48).

b) Mesmo depois da *Lex Aebutia* (cêrca da metade do 2.º séc. a. C.), a qual, criando o procedimento *per formulas*, não suprimiu de vez o das *legis actiones*, continuou a vigir a *legis actio damni infecti*, com o mesmo objeto do sistema anterior (49).

Mas, já no periodo anterior, a fim de atender a hipóteses não abrangidas por essa *actio*, como a de muros divisórios comuns (*paries communis*) que ameaçavam ruína, parece certo, se estabelecera a praxe da *cautio* voluntariamente prestada pelo vizinho àquele que se sentia ameaçado com o estado das obras (50). Acontecia, por outro lado, que a *actio*, mesmo para os casos em que se applicava, não satisfazia plenamente o interêsse do proprietário ameaçado, porquanto se o *dominus aedis ruinosae* deixava de restaurá-las ou demoli-las, aquêle não tinha senão que conformar-se com receber a *poena pecuniaria*, geralmente inferior ao montante dos danos realmente havidos. Teria essa circunstância sido o motivo pelo qual se deu a estensão daquela praxe, de *cautio* voluntária, com o abandono do remédio da *actio*, ainda quando esta coubesse (51).

(48) BRANCA, o. c., n. 13.

(49) SCIALOJA. *Procedimiento civil romano*, trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO e MARINO AYERRA REDIN, ed. 1954, § 15, p. 158; BRANCA, o. c., n. 16; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 123; BETTI, o. c., 1.º v., § 88, p. 277; DI FRANCISCI *Istoria del diritto romano*, ed. 1944, 2.º v., VI.ª parte, p. 207; KELLER, *De la procédure des actions chez les romains*, § 23. Cf. PALERMO (Antônio), *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, 1942, n. 5.

(50) D. 39, 2, 39 pr.; BRANCA, o. c., ns. 16, 20 e ss.

(51) BRANCA, o. c., ns. 20, 22, 26. "O antigo meio civil não bastava às exigências do caso. Antes que a ação penal chegasse ao fim, havia tempo para o muro comum arruinar-se sem remédio. Ademais, a pena pecuniária, com ela obtida, sendo fixa, nem sempre seria bastante para cobrir as despesas com a reparação do muro ainda não desabado, ou da casa, precipitada com êle" (BRANCA, o. c., n. 22, p. 85).

Assim, no regime da lei Ebúcia, concorrentemente com a *legis actio damni infecti*, se implantara o costume, largamente difundido, de comporem-se os vizinhos, *voluntária* e *extrajudicialmente*, por meio da *cautio damni infecti* (52). Da prática insistente dêsse remédio voluntário, que supria uma necessidade social, nada mais conforme aos princípios formadores do direito que um dia o pretor (53) o consagrasse, introduzindo-o no seu *album* como edito dos *cives* (54), o que ocorreu, ainda segundo BRANCA, na segunda metade do I séc. a. C. (55) Mas para tornar-se obrigatória a *cautio*, isto é, para que de voluntária, que até então tinha sido, tivesse eficácia de comando pretório, foi necessário substituir-se a pena pecuniária, que a *legis actio* impunha, pela *missio in possessionem*, para a hipótese de não prestá-la o dono da coisa ou da obra (56).

Revogado de todo o sistema das *legis actiones* pela *lex Iulia iudiciorum privatorum* (ano 17 a C.), e tornado exclusivo o sistema *per formulas*, o lugar da *legis actio damni infecti* foi tomado pela tutela pretória da *cautio damni infecti*.

140. Na *cautio damni infecti*, do período clássico, tinha o proprietário, nas suas relações de vizinhança, a tutela contra a *ameaça* de um dano provindo de edifício, de obra ou de atividade do proprietário do prédio vizinho, para evitá-lo ou garantir o respectivo ressarcimento. Mas, remédio extraordinário, instituído pelo pretor, e não pela lei, somente cabia a *cautio* quando ao proprietário ameaçado

(52) BRANCA, o. c., ns. 20, 21.

(53) Discute-se se a introdução da *cautio damni infecti* no sistema pretório se deve ao pretor peregrino ou ao pretor urbano. Ver BRANCA, o. c., ns. 15 e ss.

(54) BRANCA, o. c., ns. 21 e ss.

(55) BRANCA, o. c., n. 24.

(56) BRANCA, o. c., n. 25. “Ao ilícito civil — diz êsse autor, p. 95 — se substitui o ilícito pretório. A continuidade esta assegurada”.

não assistia outro recurso próprio para o caso, quais os já mencionados (57), especialmente a *actio negatoria*, a *operis novi nuntiatio* e o interdito *quod vi*. Quer dizer, houvesse ação própria, inadmissível seria a *cautio*, princípio exposto por GAIO — *inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarcire potest* (58) — e que texto de PAULO confirma: *quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur*. (59) Explica-se, assim, a natureza subsidiária da caução (60).

Segue daí a difícil indagação dos casos em que a *cautio* era o remédio indicado, matéria fora das cogitações dêste trabalho, em que se limita a fazer uma síntese das conclusões a que chegaram os romancistas.

a) Num ponto são todos unânimes: tinha aplicação a *cautio* contra a ameaça de dano que viesse do estado de ruína do edificio vizinho (*aedes ruinosa* ou *vitiosa*) (61). Em princípio, não interessa a causa do *vitium* da coisa, mas o próprio fato da coisa ameaçar dano (62).

A coisa que ameaça ruína pode ser um edificio, ou qualquer parte dêle, como terraços, eirados, janelas, (63) ou o muro divisório comum (*paries communis* (64). Nes-

(57) Vide n. 138.

(58) D. 39, 2, 32.

(59) D. 39, 2, 18, 9.

(60) BURCKHARD, o. c., n. 19, p. 190 e ss.; BRANCA, o. c., ns. 26 b, 79 b; BERNBURG, o. c., § 230. “Mesmo na finalidade da *praetoria stipulatio cautionalis*, de conceder uma nova ação, repousa a sua natureza subsidiária” (BURCKHARD, o. c., p. 191).

(61) D. 39, 2, 7 §§ 1 e 2; BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 34 e ss.; DERNBURG, o. e loc. cit.; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., §§ 458, 459. “Na maior parte dos textos, quer se entender por *vitium* a nenhuma ou pouca estabilidade do edificio (da obra, do solo), ou de qualquer de suas partes, que faça temer sua ruína ou desabamento” (BRANCA, o. c., n. 33).

(62) BRANCA, o. c., n. 32.

(63) Cf. DERNBURG, o. e loc. cit.

(64) BRANCA, o. c., n. 29.

ses casos fala-se que a caução se impõe pela ameaça que resulta do *vitium aedium* da coisa, isto é, do *vitium aedium iam factum*.

Anàlogamente, o estado ruinoso de árvores (*vitium arborum*), ameaçando dano ao vizinho, o autorizava servir-se do remédio pretório (65).

b) Também são conformes todos em que, se o dano proviesse de ameaça de ruína de um edificio, ou de obra já feita, resultante do estado do terreno (*vitium loci et aedium*), cabia ao vizinho ameaçado pedido de caução (66). Justificava-se, igualmente, a caução no caso do perigo advir de árvore por defeito do solo (*vitium loci et arborum*).

Divergem os romanistas, porém, quando a ameaça de dano reside só no estado ruinoso do terreno do vizinho (*vitium soli* ou *loci*), sem que neste haja construção, obra ou qualquer atividade do homem. Pela negativa se manifestam BURCKHARD, BONFANTE e outros (67); concedendo a caução ao ameaçado de dano, ainda que dentro de certos limites, opina a corrente dominante, à qual se filia BRANCA, que a respeito expende convincentes considerações (68).

c) Finalmente, a *cautio* tem lugar pela ameaça de dano que atividade de alguém (*opus*), conquanto legítima, possa causar ao imóvel do vizinho (69). O enunciado, entretanto, deve ser entendido com as devidas restrições, porquanto somente está o proprietário sujeito à caução, pelo

(65) D. 39, 2, 24, 9; DERNBURG, o. c. loc. citis.

(66) D. 39, 2, 24, 2; BURCKHARD, o. c., n. 11, p. 109 e ss.; DERNBURG, o. e loc. citis.; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., §§ 458 e 459; BRANCA, o. c., n. 28.

(67) BURCKHARD, o. c., n. 11, p. 109 e ss.; n. 12, p. 116 e ss.; n. 13, p. 127 e ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2.º v., p. 341 e ss.; DERNBURG, o. c., § 230, p. 249, nota 8.

(68) BRANCA, o. c., ns. 30-33; HESSE, WEISKE, SINTENIS, ARNDTS, KARLOWA, HUVELIN, *apud* BRANCA, o. c., nota 1, à p. 114.

(69) BURCKHARD, o. c., n. 13, p. 127 e ss.; BRANCA, o. c., ns. 65-73; DERNBURG, o. c., § 230; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., § 460.

dano que ao vizinho ameaçam suas obras ou empreendimentos, quando êstes, pelas imissões ou repercussões sôbre a propriedade de outrem, sejam intoleráveis. Fala-se, assim, de *vitium operis*, em contraposição a *vitium aedium* (70).

O problema leva, primeiramente, a distinguir as atividades de alguém, num imóvel, segundo sejam exercidas *conforme seu direito* ou *ilegitimamente*.

As atividades ilegitimamente exercidas por alguém num imóvel, seja no seu (*in suo*) seja no do vizinho (*in alienum*), estão, em princípio, fora do campo da *cautio damni infecti* (71). Contra atos ilícitos, o vizinho ameaçado de dano tem ação própria que o tutele, não se admitindo valer-se da *cautio*, cuja natureza *subsidiária* foi há pouco ressaltada. Servir-se-á êle, conforme a hipótese, e salvo circunstâncias especiais que a modifiquem, da *actio negatoria*, da *operis novi nuntiatio*, do *interdictum quod vi aut clam*, ou, ainda, de outras ações (72).

O exame das atividades legítimas reclama distinguí-las conforme sejam feitas *in alieno*, *in publico* e *in suo*.

d) No exercício de um direito real ou pessoal pode o seu titular entrar no terreno do vizinho (*in alieno*) e praticar os atos ou realizar os empreendimentos que o seu direito lhe assegure. O proprietário do prédio em que êsses se fazem não pode opor-se-lhes, porquanto se trata de atividades lícitas do vizinho. Mas, se não pode obstá-las, não se lhe pode negar garantia contra os danos que o *exercício das mesmas atividades* ameace trazer-lhe (73). Neste caso, cabe-lhe pedir *cautio damni infecti*.

(70) D. 39, 2, 19, 1; DERNBURG, o. e loc. cits.

(71) BRANCA, o. c., n. 71 a; BURCKHARD, o. c., n. 16, p. 148.

(72) "A presença de todos êsses meios, aptos a prevenir ou impedir os atos ilícitos, torna inútil a *cautio damni infecti*, e, pois, imponível" (BRANCA, o. c., p. 333). Cf. BURCKHARD, o. c., n. 19, p. 190 e ss.

(73) BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 36 e ss.; e n. 13, p. 130; BRANCA, o. c., n. 66.

Assim, o *dominus* pode exigir do vizinho, titular de direito de servidão de aqueduto, a *cautio* pelos danos que as atividades na construção dêste ameacem causar-lhe (74). Aliás, o exercício do direito de servidão, consistente na construção ou reparação de aqueduto, ou de obras semelhantes, é tutelado por interditos, mas êstes podem ser concedidos se quem os invoque prestar a *cautio* (75).

Igualmente, o titular de um direito pessoal, de natureza legal ou contratual, que o autorize a agir no prédio de outrem, poderá ser assegurado no exercício do seu direito, quando impedido, desde que preste a *cautio damni infecti* (76).

e) Contra as atividades de um particular em lugar público (*in publico*) (77), distingue BRANCA duas hipóteses: trata-se de fazer um verdadeiro *opus*, isto é, uma obra nova na coisa pública; ou de atos que não importam inovação desta, como, por exemplo, simples reparos na via pública, na margem do rio.

No primeiro caso, as obras são legítimas ou ilegítimas.

Sendo ilegítimas, não se fala em caução, que pressupõe atividade conforme o direito (78), cabendo a qualquer cidadão, para impedí-las e demoli-las, recorrer a *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi causa* (79) ou ao interdito *quod vi aut clam* (80).

(74) D. 39, 2, 30.

(75) D. 43, 19, 3, 11; D. 43, 21, 3, 9; D. 43, 23, 1 pr., §§ 12 e 14; BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 37; BRANCA, o. c., n. 66; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., § 460 nota 6.

(76) D. 10, 4, 9, 1; D. 10, 4, 15; D. 39, 3, 5; D. 19, 2, 19, 4; BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 38; BRANCA, o. e loc. citis.

(77) BRANCA, o. c., n. 67; BURCKHARD, o. c., n. 14, p. 131 e ss.

(78) BRANCA, o. c., p. 312; BURCKHARD, o. c., p. 131-132.

(79) D. 39, 1, 1, §§ 16 e 17; D. 39, 1, 3, 4; D. 39, 1, 4; D. 39, 1, 8, 3.

(80) D. 43, 24, 20, 5.

Se as obras são legítimas (81), mas a sua execução ameaça dano ao imóvel de alguém, por ofender direito de uso ou gozo sobre o mesmo, terá o prejudicado o recurso de agir contra o autor delas exigindo-lhe a *cautio damni infecti* (82). Assim, por exemplo, no caso das obras desviarem o curso normal das águas de chuva (83).

Não havendo nas atividades do particular qualquer inovação da coisa pública, como quando restaura a via pública ou a margem de um rio, atos legítimos de execução tutelada por interditos, (84) ocorrem duas hipóteses: aquelas atividades ofendem direitos de uso e gozo de outros cidadãos, como cidadãos, ou ameaçam de dano um imóvel. Na primeira hipótese, qualquer cidadão poderá defender o seu direito por meio dos interditos próprios ou, ainda, pela *actio iniuriarum*, não se cogitando, pois, da *cautio*; na segunda, entretanto, o prejudicado poderá valer-se desta, à semelhança do que lhe caberia se aquelas atividades importassem em obras de inovação na coisa pública (85). A caução, quando alguém se opunha a que o particular realizasse as obras, e este invocasse o respectivo *interdictum*, para assegurar sua realização, era imposta juntamente com a concessão desse remédio (86). Assim, quem temesse que as obras acarretassem *immissiones* danosas ao seu imóvel, tinha o recurso de impedi-las pela fôrça, levando o autor das obras a solicitar o competente interdito assecuratório, que o pretor lhe concedia com a condição de prestar a *cautio* (87).

(81) Observe-se que, entre os romanos, salvo nas ruas ou estradas públicas, era lícito a qualquer cidadão construir nas coisas públicas (rios, mares), independentemente de autorização administrativa. Cf. BRANCA, o. c., p. 314.

(82) BRANCA, o. c., n. 67 b.

(83) Arg. extraído do D. 39, 3, 3, 3.

(84) D. 43, 15, 1; D. 43, 11, 1.

(85) BRANCA, o. c., n. 67, p. 317, fundado em arg. extraído do D. 43, 24, 3, 6, combinado com D. 43, 24, 20, 5.

(86) BRANCA, o. c., p. 318-319; BURCKHARD, o. c., p. 133.

(87) BRANCA, o. e loc. citis.

f) Restam as atividades do proprietário no próprio imóvel (*in suo*) e que ameacem dano ao vizinho.

Se as atividades daquêle, *in suo*, são ilícitas (*facere in suo contra ius*), e repercutem danosamente no imóvel vizinho, o proprietário dêste, como já se disse, usará das ações próprias, que tem, para impedi-las e haver os prejuizos delas resultantes. Mas, mesmo as atividades lícitas, compreendidas no domínio, podem extravasar-se da propriedade em que se exercem e repercutir na do vizinho, causando-lhe ou ameaçando causar-lhe prejuízo.

Destas repercussões, ou imissões, na propriedade do vizinho, resultantes do *facere in suo*, umas se convertem em verdadeiras imissões materiais *in alienum*, como quando alguém faz no seu terreno obras que encaminhem as águas de chuva para o do vizinho, o qual tem a *actio negatoria* para livrar-se delas (88). Outras imissões, entretanto, não propriamente em razão de sua materialidade, mas em razão do prejuízo que acarretam ao vizinho, como não tenha êste ação própria para evitá-lo ou exigir reparação, dão lugar a que se socorra da *cautio damni infecti* (89). Dela se utiliza, por exemplo, contra a imissão não continuada, mas danosa, de água, de fumaça, de calor, de umidade.

141. O procedimento da *cautio damni infecti* (90), como o das demais *stipulationes praetoriae* (91), incluídos entre os procedimentos extraordinários, desenvolvia-se todo-êlé perante o pretor.

O interessado, isto é, o proprietário do imóvel ameaçado de dano — e nas mesmas condições se achavam os:

(88) BRANCA, o. c., n. 71, b.

(89) BRANCA, o. c., n. 71, c.

(90) Ver, quanto ao procedimento, PALERMO, *Il procedimento-cauzionale nel diritto romano*, ed. 1942; BURCKHARD, o. c., ns. 34 e ss.; SCIALOJA, *Procedimento civil romano*, p. 90; SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, p. 227; BRANCA, o. c., ns. 74 e ss.

(91) DERNBURG, o. e loc. citis.

titulares de direitos reais, superficiários, usufrutuários, credores pinhoraticios, e os possuidores de boa fé — (92) expunha ao magistrado a ameaça de dano por que passava e lhe pedia fôsse o adversário — proprietário do imóvel do qual provinha o perigo de que temia, ou o possuidor de boa fé — (93) constrangido a prometer-lhe, mediante *stipulatio*, uma certa quantia no caso de verificar-se o dano.

Depois do interessado prestar juramento de que não agia caluniosamente — *non calumniae causa postulare (iusiurandum calumniae)*, o magistrado designava um dia para que, convidado o adversário, se estabelecesse a *stipulatio* (94). Citado o adversário — *evocatio demonstratio-nibus*, (95) e comparecendo, manifestava-se o *postulatus* (96), resolvendo o pretor, concedendo ou não a *cautio* (97). Não comparecendo, o magistrado, normalmente, lha impunha por seu decreto, disso devendo o citado ser notificado (98).

Recusando-se o obrigado, num e noutro caso, a prestar a *cautio*, o magistrado outorgava ao interessado, *ex primo decreto*, uma *missio in possessionem rei* (99), por fôrça da qual êste entrava na posse da coisa que ameaçava, medida

(92) DERNBURG, o. e loc. cit.; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., § 459.

(93) DERNBURG, o. e loc. cit.

(94) SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, § 45; *Corso*, p. 227; PALERMO, o. c., p. 50, 51, 60.

(95) PALERMO, o. c., p. 46 e ss. Cf. SCIALOJA, *Procedimiento*, § 45.

(96) PALERMO, o. c., p. 52.

(97) “Existindo controvérsia entre as partes quanto à prestação da caução, o pretor devia conhecer a questão e conceder ou negar o *iussum*” (PALERMO, o. c., p. 52).

(98) “Caso o citado não comparecesse *in iure*, seria o *iussum caveri* normalmente pronunciado, como se estivesse presente, em seguida sendo disso notificado” (PALERMO, o. c., p. 49).

(99) D. 39, 2, 7 pr.; 39, 2, 15, 12; SCIALOJA, *Procedimiento*, § 7.º, p. 90; *Corso*, loc. cit.; BETTI, o. c., § 101 e p. 344, nota 21.

destinada a coagir aquêlê a dar a caução (100). Persistindo o obrigado na recusa, o magistrado reiterava a ordem, expedindo a *missio in possessionem, ex secundo decreto*, por via da qual o interessado ficava na posse definitiva e exclusiva da coisa, reconhecendo-se-lhe a propriedade dela (101).

Entretanto, ao invés de coagir com a *missio in possessionem* o proprietário do imóvel que ameaçasse dano, e que se recusava a prestar a caução, dispunha o pretor do poder de, verificando-se o dano, dar ao vizinho uma *actio ficticia*, como se aquêlê houvesse prestado a caução (102).

142. No processo da *cognitia extraordinaria*, o instituto da *cautio damni infecti*, como era natural, sofreu radical transformação.

Por um lado, a medida perdera, em grande parte, a importância e a utilidade, que a caracterizavam no período clássico, por isso que, desde o século III, as providências das autoridades administrativas para muitos casos se iam tornando suficientes e mais prontas para afastar o perigo decorrente do mau uso da propriedade imóvel e, principalmente, dos prédios que ameaçavam ruína (103). Por outro lado, e isto é fundamental, com o desaparecimento do magistrado e das fórmulas, a pretensão à *cautio* somente podia ser reconhecida pelo juiz, através da *actio*, configurando-se

(100) “Está êle (o interessado) junto ao proprietário, e o fim verdadeiro e imediato desse *missio in possessionem* é o de constrangê-lo, com contínua insistência, a prestar finalmente a caução” (SCIALOJA, *Procedimiento*, loc. cit.).

(101) D. 39, 2, 7, pr.; 39, 2, 15, §§ 15 e ss. “ e esta segunda *missio* tem como efeito a atribuição da propriedade pretória, em virtude da qual o *missus* desaloja o proprietário e se assenhoreia da coisa” (SCIALOJA, *Procedimiento*, loc. cit.). Cfr. SCIALOJA, *Corso*, p. 229; KELLER, o. c., § 77, p. 370.

(102) SCIALOJA, *Procedimiento*, loc. cit.; *Corso*, p. 227; PALERMO, o. c., p. 106.

(103) BRANCA, o. c., ns. 81, 94; PALERMO, o. c., p. 122.

a pretensão como direito assegurado pela lei (104). “Então — escreve BRANCA — como a regra, que impõe a intervenção do juiz para os danos futuros, se torna uma norma querida pelo ordenamento jurídico, assim a pretensão legítima de quem pede uma *cautio* não pode deixar de ser uma ação, atuando-se uma norma de direito, que, por sua natureza, não é diversa de tôdas as outras que se protegem com a *actio*” (105).

A ação visava uma sentença que impusesse a caução. Para coagir o réu, assim condenado, o juiz, que substituiu o pretor do período clássico, recorria às *missiones*, primeira e segunda.

Mas, ainda no período post-clássico e acentuadamente no justiniano, operaram-se transformações quanto à natureza e à finalidade da *actio* e da *missio*. No período justiniano, por força da lei, que sintetizava, na espécie, antigos preceitos civis, administrativos e pretórios, o vizinho ameaçado tinha *direito à caução*, ao que correspondia um ônus, ou obrigação, da parte do proprietário do prédio que ameaçava. Assim, a *actio* visava a atuação daquele direito, do qual a *missio in possessionem* era a garantia (*praetorium pignus*) (106). Dêse modo, a *missio*, que no período clássico tivera caráter penal (107), no justiniano perdeu esse caráter, assumindo o de garantia do direito tutelado. Não havia, então, necessidade de verificar-se da parte do obrigado recusa à prestação da caução, para que fôsse ordenada a *missio in possessionem ex primo decreto*: esta se impunha ao mesmo tempo que a caução, ou, mais precisamente, a condenação era alternativa — *aut cavere aut esse in possessionem permittere* (108). Decorrido um certo prazo e persistindo o réu na recusa, o juiz ordenava a *missio*

(104) BRANCA, o. c., ns. 82, 85; PALERMO, o. c., p. 123; BETTI, o. c., § 102.

(105) BRANCA, o. c., n. 82.

(106) BRANCA, o. c., n. 88.

(107) Vide n. 139.

(108) BRANCA, o. c., n. 88.

in possessionem ex secundo decreto, que era definitiva (109), e que atribuía ao autor o domínio da coisa (110). Para isso, aliás, não era necessário que o réu declarasse não querer prestar a caução, bastando que, no decurso do prazo, não a prestasse, por entender-se que, assim procedendo, mostrava êle desinteressar-se pela coisa, em cuja posse o autor já tinha sido imitado provisoriamente (111).

143. No sistema bisantino, com a crescente extensão de poderes das autoridades administrativas na fiscalização e execução dos regulamentos referentes ao mau uso da propriedade, acentuou-se o declínio da *cautio*, que se manifestara no período justinianeu (112). Para isso muito influuiu a limitação do direito de propriedade pelas *servidões legais*, em que se convertiam muitas das restrições impostas por aquêles regulamentos, e que valiam como medidas suficientes ou ao menos capazes para prevenir danos futuros. Certo é que as Basilicas não cogitavam do *damno infectum* e à *cautio* se referiam incidentemente ou quando tratavam da *operis novi nuntiatione* (113). Isso não quer dizer que desaparecesse de todo o instituto da *cautio damni infecti*, mesmo no sistema bisantino, em que estaria confundido com providências administrativas.

No direito comum, ou no estatutário, dêle se ocuparam glosadores e comentadores, como se tratassem de instituto vigente (114). Salienta BRANCA a *cautio*, nos moldes do

(109) BRANCA, o. c., n. 89.

(110) BRANCA, o. c., n. 90.

(111) “O malôgro da *promissio* revela-se como se fôsse presumida *indefensio* da *res* e, de tal forma, legitima o início ou a continuação da tomada da posse da coisa, que se torna a garantia. O decurso do tempo transforma a presunção de *indefensio* provisória em presunção de *indefensio* definitiva (*derelictio*) e, consequentemente, a imissão de provisória em irrevogável” (BRANCA, o. c., n. 89).

(112) BRANCA, o. c., ns. 110, 112, 114.

(113) BRANCA, p. c., n. 114.

(114) BRANCA, o. c., ns. 115, 116. “Os glosadores consideraram o instituto como vital. Igualmente os comentadores” (BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, ed. 1933, n. 723).

direito clássico, na Glosa Torinense, anterior ao século X (115), e, no século XV, na *Summa Institutionem* (116).

Mas o direito comum, quanto à matéria, já se apartava dos princípios do direito romano, nesse particular influenciando notadamente BARTOLO, por introduzir o conceito de *culpa* do proprietário da coisa que ameaça perigo (117). Assim, o proprietário, instado para restaurar a coisa, incidia, não o fazendo, em culpa *in omittendo*. Ainda a influência de BARTOLO fez distinguir as hipóteses de ameaça de dano, provinda da coisa, conforme se refletissem sobre pessoa — *de re ad personam*, ou sobre outra coisa — *de re ad rem*. Na primeira, o ameaçado devia solicitar providências de natureza administrativa às autoridades competentes, prevalecendo aí a tradição do direito bizantino; na segunda, cabia-lhe socorrer-se da *actio*. Na sequência dêsse desenvolvimento, esta se desnaturava. Se, por um certo período, ainda a ação tendia à prestação da *cautio* pelo dano futuro, com a consequente *missio in possessionem* quando não prestada, no século XIV a praxe italiana concebia a *actio damni infecti* como remédio visando coagir o réu a *restaurar a coisa, transformada a imissão de posse em meio destinado a permitir que o autor a refizesse, respondendo o proprietário da coisa pelas despesas respectivas* (118).

144. No regime das Ordenações portuguesas, os fatos advindos do mau uso da propriedade e envolventes de relações de vizinhança, pormenorizadamente relacionados (119, estavam sujeitos — ainda quando da independência do Brasil — à competência dos *juizes almotacés* (120), que

(115) BRANCA, o. c., n. 115.

(116) BRANCA, o. c., n. 116.

(117) “O princípio da culpa se introduziu sòlidamente no sistema” (BRANCA, o. c., n. 116, p. 549).

(118) BRANCA, o. c., n. 116, ps. 549 e ss.

(119) Ord. liv. 1.º, tit. 69, §§ 18-42. Cf. Ord. Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, §§ 13 e ss.

(120) Os juizes almotacés foram abolidos pelo Decreto de 26 de agosto de 1830.

proviam quanto à limpeza das vilas e cidades (121), das testadas das vinhas e herdades (122), e conheciam “das demandas, que se fizerem sôbre o fazer, ou não fazer, de paredes de casas, de quintais, portas, janelas, frestas e eirados, ou tomar, ou não tomar de águas de casas, ou sôbre meter traves, ou qualquer outra madeira nas paredes, ou sôbre esterco e imundícias, ou águas, que se lançam, como não devem, e sôbre canos e enxurros, e sôbre fazer de calçada e ruas” (123). A êsses juizes competia, a requerimento da parte, embargar obras, tanto dentro da vila como dos seus arrabaldes, “impondo a pena que bem lhe parecer, até se determinar a causa por direito” (124).

Não obstante por essa forma em grande parte se prevenissem ou se resolvessem as contendas ocasionadas pelo mau uso da propriedade, a praxe tradicional reconhecia vigente a *actio damni infecti*, de origem romana, mas com as características que lhe haviam imprimido o direito comum e a legislação estatutária. A *actio* não se destinava sòmente a resguardar o proprietário contra a ameaça de dano proveniente do estado ruinoso da casa do vizinho (125), mas também tinha lugar quando a ameaça provinha de outros atos ou omissões deste no uso da propriedade (126), tais como, aponta CORRÊA TELES (127), “1.º Se o vizinho

(121) “Cada mês farão alimpar a cidade, ou a vila, a cada um ante as suas portas das ruas, dos esterco e maus cheiros. E farão tirar cada mês as esterqueiras do lugar, e lançá-las fora das partes, onde for ordenado pelos Vereadores, em que serão postas estacas” (Ord., liv. 1.º, tit. 69, § 19). Cf. Ord. Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 14.

(122) Ord. liv. 1.º, tit. 69, § 21; Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 16.

(123) Ord. liv. 1.º, tit. 69, § 22; Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 24.

(124) Ord. liv. 1.º, tit. 69, § 23; Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 25.

(125) CORRÊA TELES, *Doutrina das ações*, an. de PONTES DE MIRANDA, ed. 1918; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, ed. 1847, 4.º v., § 48, n. 25; LOBÃO, *Ações sumárias*, ed. 1886, 1.º v., § 521 e ss.

(126) CORRÊA TELES, o. c. § 215; BORGES CARNEIRO, o. c., 4.º v., § 48 ns. 20 e ss.

(127) CORRÊA TELES, o. c. § 215, nota 1.

fizer na sua casa tamanho fogo que seja para temer um incêndio. 2.º) Se fizer forno em tal sítio ou com tais materiais que haja o mesmo perigo. Contra os que fazem grande fumo que impeça o uso de comum ou encostado à do vizinho. 3.º) Aquêlle que tiver o seu gado infeccionado com doença contagiosa, pode ser obrigado a retirá-lo para onde se não possa pegar aos gados dos vizinhos, ou dar caução. Aos ferreiros e outros artifices que precisam ter continuamente um fogo muito ativo, não só se pode requerer caução estando as forjas onde o incêndio seja para temer, mas ainda interdito”. A êsses, acrescentem-se outros fatos, indicados por BORGES CARNEIRO (128): construção de fornos, moinhos, cloacas; se alguém escava tão alto junto ao edifício que se teme a sua ruína; se faz esterqueira chegada à parede do vizinho, de sorte que esta umideça; se comprime o rio com valados.

Por via da ação, o autor pedia que o possuidor do prédio vizinho desse caução ao dano futuro, com a cominação (129) de se fazer reparo à custa do réu, se possível, ou demolir-se a casa que ameaçava ruína, ou a obra de que provinha o perigo, quando não pudesse ser reparada (130). Vigorava, pois, a praxe estabelecida no direito comum, pela qual a ação tendia a obter a caução, com a finalidade de coagir-se o réu à restauração ou demolição da coisa que ameaçava dano, de modo nenhum admitindo-se a *missio in possessionem*, expressamente vedada por lei (131), no caso da *cautio* não ser prestada. Esta, cuja finalidade era garantir a indenização do dano futuro, (132) se havia por

(128) BORGES CARNEIRO, o. c., 4.º v., § 48, ns. 22, 23, 24.

(129) Sôbre o caráter cominatório da ação, ver LOBÃO, o. c., 1.º v. § 521.

(130) CORRÊA TELES, o. c., § 214. Cf. BORGES CARNEIRO, o. c., 4.º v., § 48, n. 32.

(131) Ord. liv. 3.º, tit. 15 pr.; CORRÊA TELES, nota 1 ao § 214; LOBÃO, o. c., 1.º v., § 522.

(132) CORRÊA TELES, o. c., § 216.

prestada quando, imposta, deixasse o réu de prestá-la (133). Outrossim, segundo LOBÃO, em substituição à *missio*, estabelecera-se a praxe, herdada do direito comum alemão, de conceder-se arresto dos bens do obrigado até que êste cautionasse (134).

145. No antigo direito brasileiro, a praxe conservou a ação de dano infecto tal qual recebera de Portugal. Referiram-se a ela PEREIRA e SOUSA e SOUSA PINTO, para a hipótese do edifício vizinho ameaçar ruína (135), mas é de compreender-se que o seu campo se estendia para os casos aludidos por CORRÊA TELES e BORGES CARNEIRO.

Manteve o Código Civil a *cautio damni infecti*, como garantia contra o mau uso da propriedade (arts. 554, 555, 582) e, de conseguinte, a ação para pedi-la. Terá esta o caráter de ação principal ou de mera ação preventiva? É o que se verá no desenvolvimento dos parágrafos seguintes.

(133) CORRÊA TELES, o. c., § 216, nota 3; LOBÃO, o. c., 1.º v., § 525.

(134) LOBÃO, o. e loc. citis. “ ou, sendo pobre, que se vendam as casas a quem as compre com a obrigação de reedificar” (LOBÃO, o. e loc. citis.).

(135) PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas*, ed. 1863, § 169, nota 364; SOUSA PINTO, *Primeiras linhas sôbre o processo civil brasileiro* ed. 1875, 2.º v., § 886; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, ed. 1877, nota 5 a p. 73. TEIXEIRA DE FREITAS, anotando a PEREIRA E SOUSA, adição à nota 468, anuncia a praxe de ficar o autor, como medida coercitiva, autorizado a fazer as obras à custa do réu.