

9

347.4

Obrigações “Propter Rem”.

Paulo Carneiro Maia

Livre Docente de Direito Civil na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Nada obstante a dicotomia entre *direito real* e *direito pessoal*, melhor designado obrigacional ou de crédito, segundo adverte CLOVIS BEVILAQUA que crê mais acertado “adotar a designação neológica” afastando-se equívocos¹, gerou-se a chamada figura intermédia. Figura é esta que os autores, dos antigos aos modernos que dela se ocuparam, geralmente designam com o nome de obrigação *propter rem*.

Tal é a sua projeção nas categorias fundamentais de direitos, denominados *reais* e *obrigacionais*, que o professor F.C. SAN TIAGO DANTAS, em sua opulenta monografia sobre os direitos de vizinhança, chega a asseverar que “tôda a questão das obrigações *propter rem* se reduz, em última análise, ao problema da atormentada diferenciação entre o direito real e o pessoal”².

Embora reine divergência entre os civilistas, quanto aos critérios para a classificação dos direitos, o de maior alcance, incontestavelmente, é aquêle que adota *o objeto do direito*.

1. *Direito das obrigações*, 8.^a ed., 1954, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, § 5.º, p. 21.

2. *O conflito de vizinhança e sua composição*, 1939, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, n.º 119, p. 287.

Assim, tomando-se o *Eu* (sujeito ou titular de direito) como ponto de partida para a classificação que nos apresenta EDMOND PICARD³, não é difícil vislumbrar que aí as duas aludidas categorias de direito (real e obrigacional) se extremam.

Pode-se dizer, então, a grosso modo: “*Direito real* é o poder jurídico da pessoa sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdura e prevalecendo contra todos”⁴. Seus elementos são *um titular e uma coisa corpórea* e suas características principais consistem em ser a ação do titular exercida sobre a coisa e *erga omnes*. Está armado de ação real, o que é diverso de ser êle a ação real, como pondera, com justeza TEIXEIRA DE FREITAS⁵.

Direito obrigacional, propriamente dito, “é o poder que a ordem jurídica reconhece ao seu titular de exigir de outrem uma prestação de valor econômico”⁶. Como direitos chamados puros, ora recaindo sobre a pessoa do próprio titular, ora sobre a pessoa de outro titular de direito, compreendem a *materialidade da pessoa, a liberdade e os modos de ser*.

Discutiu-se muito, é certo, com extravasamento nas próprias Ordenações do Reino, polarizando-se as opiniões até que a doutrina as aglutinasse — o que não comporta reviver aqui — quanto à caracterização fundamental dos direitos reais e obrigacionais. Discussão é essa que o mesmo SAN TIAGO DANTAS lembra para concluir, no tocante aos direitos reais, que se pondo “de parte as peculiaridades

3. *O direito puro, trad.*, 1932, Barcelona, Imprenta Ibero-Americana, § 56, p. 61.

4. CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das coisas*, 2.^a ed., 1946, Livraria Editôra Freitas Bastos, vol. 1, § 62, p. 301.

5. *Consolidação das leis civis*, 3.^a ed., 1896, Rio de Janeiro, H. Garnier, introdução, pp. LXX e LXXX a XCIII.

6. ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, vb. *Direitos pessoais*, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, vol. XVIII.

derivadas do desejo de armar cabalmente os conceitos contra equívocos possíveis, podemos reduzir a dois grupos as várias opiniões. Há os que vêem o traço fundamental da realidade *na senhoria*, ou relação imediata entre a coisa e o titular, e há os que, como FERRARA, firmando-se sobre o aspecto externo da relação jurídica, distinguem-no no *direito de exclusão*, que tem o titular, contra todos que se imiscuam na sua esfera de livre determinação”. Êstes dois aspectos são redutíveis um ao outro a permitir o enunciado que a “doutrina habitualmente aponta como nota característica da realidade, o fato de se exercerem diretamente sobre a coisa, com exclusão de qualquer pessoa, os poderes amplos ou limitados do titular”⁷.

2. A separação do *direito real* do *direito obrigacional*, para COGLIOLO, foi conquista da sabedoria romana e um dos momentos fulgurantes da história de sua cultura.

Advertem ALEXANDRE CORRÊA e GAETANO SCIASCIA, quando estudam os tipos de ações, que ante a estrita conexão entre processo e direito privado, “as classificações das ações no período clássico têm grande importância, pois à forma da sanção dos direitos corresponde à natureza dos mesmos”. E, mostrando a distinção entre *actiones in personam* e *actiones in rem*, com arrimo nos textos de GAIO⁸, deduzem: “sobre esta distinção formal se baseia a classificação dos direitos em obrigacionais e reais; os primeiros se pretendem contra uma pessoa determinada, os segundos contra todos (*erga omnes*)”.

Explicam, logo a seguir — com o que quiseram denunciar terceiro gênero — que se chama “*actio in rem scripta*” a ação que não decorre de um direito real, mas cuja fórmula não indica a pessoa do réu e, por isso, se pode intentar contra quem quer que seja. O caso típico de *actio in rem scripta*, é a *actio quod metus causa*, que pode ser proposta não só contra o autor da violência, mas

7. *Op. cit.* n.º 119, pp. 288/289.

8. D. 4, 1-5 e 4, 130-137.

também contra o possuidor da coisa obtida por violência de outrem”⁹.

Lê-se em PAULA BATISTA¹⁰, o qual, com anterioridade tratara do tema, melhor do que o fizera JOÃO MONTEIRO¹¹, no juízo abalizado de LACERDA DE ALMEIDA¹², embora justificasse seu caráter de obrigação mista, enunciado mais definido quando escreveu: “Entre as ações pessoais algumas há chamadas *in rem scriptae* (*quia rem sequuntur*) que, como as reais, podem ser exercidas contra terceiro possuidor, pedindo-se todavia nelas o cumprimento de alguma obrigação (*adversarium dare vel facere oportere*) como nas pessoais; e desta categoria são a *ad exhibendum*, a revocatória ou Pauliana, a remissória pela cláusula retro, a *quod metus causa*, etc.”

O que seja ação *in rem scripta* diz-nos ULPIANO¹³, no fragmento em que compara a exceção de dolo e a *metus causa*.

A ação se diz *in rem scripta* por causa das palavras inseridas na fórmula, e repetidas pelo jurisconsulto: *si in ea re nihil metus causa factum est*, das quais está excluída qualquer alusão ao autor do constrangimento.

Dêste conceito de *actio in rem scripta* “partiu a doutrina romanística para o de obrigação *propter rem*”, no enunciado de SAN TIAGO DANTAS que, ao mesmo tempo, fez o registro de se discutir se, no direito romano, “há obrigações redutíveis a êste tipo”¹⁴.

9. *Manual de direito romano*, 2.^a ed., 1953, Edição Saraiva, São Paulo, vol. I, § 45, p. 101.

10. FRANCISCO DE PAULA BATISTA, *Compêndio de teoria e prática*, 8.^a ed., 1935, São Paulo, Saraiva & Cia., § 22, p. 22.

11. *Curso de processo civil*, 3.^a ed., 1912, São Paulo, Duprat & Cia., vol. I, § 23, p. 115.

12. FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, 1908, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos, vol. I, § 12, p. 105, nota 6.

13. D. 44, 4, 33, 3.

14. *Op. cit.*, n.º 117, p. 281.

Queremos crer que tais identificações afastam a consideração desenvolvida por FULVIO MAROI — em seu alentado estudo monográfico recolhido no dicionário prático de direito privado, devido a SCIALOJA — acêrca da controvérsia de ter sido ignorada no direito romano a figura das *obligationes ob rem*¹⁵.

Mais modernamente, ALFREDO BUZARD, em sua tese dedicada à ação renovatória, voltou ao tema quando estudou a natureza do direito à renovação. E ferindo o aspecto romanístico, de um lado mostra como êsse *tertium genus* de direitos já era conhecido dos romanos, de outro lado põe em relêvo os traços diferenciais entre as obrigações *propter rem* e as comuns.

Firme nas exemplificações e decisivo nas afirmativas o ilustre representante da escola brasileira de processo, aludindo às obrigações *propter rem*, deixou escrito: “Conheceu o direito romano diversas espécies destas relações: na *servitus oneris ferendi*, o proprietário do imóvel serviente é obrigado (contrariamente à regra geral *servitus in faciendo consistere nequit*) a um *facere*, isto é, a reparar a parede ou a coluna sôbre a qual se apóia o edifício alheio; na superfície, ao superficiário, que tem um direito real sôbre o edifício construído em solo alheio, pode tocar a obrigação de pagar ao proprietário do solo um *salarium* anual; muitas outras relações apresentam variantes, em que estão reunidos os elementos real e obrigacional, como a *cautio damni infecti*, a *actio noxalis*, a *actio de pauperie*”¹⁶.

Podemos ver, por aí, que no direito romano deparamos antecedentes irrecusáveis da obrigação *propter rem*. Existiam nêle inescandíveis relações jurídicas de caráter misto,

15. Vb. *obbligazione*, § 5, in Dizionario pratico del diritto privato de Vittorio Scialoja, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, vol. IV.

16. *Da ação renovatória*, 1957, São Paulo, Saraiva S. A., n.º 96, pp. 158/159.

como a qualificam POLACCO¹⁷, VENZI¹⁸, DE RUGGIERO¹⁹ e outros mais, tuteladas pela *actio in rem scripta* de que emergiram.

3. No estudo dos direitos de vizinhança os autores, notadamente os que escreveram depois do nosso código civil, divergem acêrca do caráter dêsses direitos. Duas correntes maiores se degladiam a respeito. Para uma, que conta com prestigiados adeptos, trata-se de *direitos obrigacionais*. Para outra, na qual se inscrevem partidários de igual projeção, cuida-se de *direitos reais*.

Entre nós, SÁ PEREIRA, através dos seus comentários ao art. 554 do c.c., viu nesses *jura vicinitatis* o caráter de *direito obrigacional*. Escreveu êle, ao cuidar das limitações ao exercício do direito de propriedade, que “o código confere a ação ao proprietário e ao inquilino, donde se vê que a não informa ou legitima o direito real, mas o direito pessoal que todos temos à segurança, ao sossêgo e à saúde”²⁰

Mais extremado, emitindo opinião de difficil sustentação, foi TITO FULGÊNCIO, no livro consagrado às demarcações, ao asseverar que “as relações de direito que a lei estabelece entre proprietários vizinhos, não são mais do que *obrigações, oriundas do quase contrato de vizinhança*, não há sujeição de um prédio a outro”²¹.

17. VITTORIO POLACCO, *Le obbligazioni*, 1898, Verona, Fratelli Drucker, n.º 11, pp. 29/34.

18. In PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5.^a ed., 1915, Firenze, Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, vol. III, parte 1.^a, p. 6.

19. ROBERTO DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 4.^a ed., 1926, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Roma, vol. I, § 22, p. 225 e vol. II, § 72, p. 66.

20. VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, in *Manual do Código civil brasileiro*, de Paulo de Lacerda. *Direito das coisas*, 1929, Rio de Janeiro, JACINTO RIBEIRO DOS SANTOS, vol. VIII, n.º 83, pp. 253/254.

21. *Direitos de vizinhança*, 1925, São Paulo, Saraiva & Cia., n.º 3, p. 5.

Assim, essa primeira corrente, tanto fundada no art. 554 do c.c., como nos direitos de vizinhança em geral, sustenta a tese de que se trata de *direito pessoal*.

A corrente oposta insiste no caráter de *direito real*, incluindo os direitos de vizinhança nessa categoria. Uns de seus seguidores, como J. M. DE CARVALHO SANTOS, nos comentários ao mesmo art. 554 do c.c., vislumbram ora aspectos reais ora aspectos pessoais, distinguindo-os das servidões porque “não aumentam o valor de um em detrimento do outro”. Mas, como acentua, apesar disto os direitos de vizinhança têm “o caráter de direitos e ônus reais, porque os titulares das respectivas propriedades só se obrigam em razão dos imóveis que possuem”²². Outros já crêem ser um direito real *sui generis*, o que não contribuiria para a solução almejada. Isto, em verdade, não exprime muito, pois, os sistemas jurídicos e as codificações exemplificam ou enumeram os direitos reais, conforme as construções, mas não admitem um direito real especial.

O mesmo SAN TIAGO DANTAS, no trabalho invocado, teve o ensejo de situar essas duas grandes correntes e fazer-lhes a crítica.

Concluiu, afastando as duas correntes pelos extremos em que se situam o *direito real* e o *direito pessoal* para se deter sobre o critério misto e que explicou como fruto de artifício técnico ou “transação”²³.

Vejamos, pois, qual seja esta terceira posição e como ela se identifica.

4. Nas duas aludidas categorias de direito há uns que não são direitos reais puros, por participarem dos caracteres das obrigações, nem tão pouco são direitos obrigacionais, por estarem acompanhados de elemento real.

22. *Código civil brasileiro interpretado*, 2.^a ed., 1937, Rio de Janeiro, Livraria Editôra Freitas Bastos, vol. VIII, pp. 6/7.

23. *Op. cit.*, n.º 119, p. 286.

Aquelas relações — abundantes no direito romano, como atrás visto e muitas das quais estão nos sistemas codificados vigentes — em que o direito real fica desvirtuado pela obrigação de fazer, que com êle segue junto, e o direito obrigacional sofre deformação pela faculdade dada ao credor de agir *erga omnes* relativamente a coisa gravada mediante ação real, não comportam enquadramento singular. Participam tanto dos direitos reais como dos direitos obrigacionais formando, por isto, os denominados direitos mistos, segundo a opinião de abalizados autores. Recensia-os ALFREDO BUZAIID asseverando serem essas “relações jurídicas nas quais as obrigações de fazer não acompanhadas de um direito real, fundindo-se os dois elementos em uma unidade, que as eleva a uma categoria autônoma”.

Após informar sôbre a tradição e os fenômenos congêneres, como o Reallast na Alemanha (c.c., art. 1.105) e a enfiteuse na Itália (c.c. de 1942, art. 967), deduziu desenvolvidamente: “Tôdas estas relações, em que o direito real se desnatura pela obrigação de um *facere* que o acompanha, como também se desnatura o direito obrigacional pela faculdade conferida ao credor de pretender a prestação contra quem quer que se encontre em relação com a coisa gravada mediante ação real, indicam a existência de uma categoria autônoma de direitos, que não podem enquadrar-se nem nos direitos reais, nem nos direitos obrigacionais, porque participam de ambos”²⁴.

Este terceiro gênero de direitos, como figura intermediária entre o real e o obrigacional, recebeu da doutrina a denominação de obrigação *propter rem* ou obrigação *ob rem*.

Ensina FERRARA que obrigações *propter rem* são as que incumbem ao proprietário ou possuidor como tal de uma coisa, pelo que basta escolher-se daquela relação, para ser liberado do débito. Mas enquanto o obrigado permanece vinculado pela relação, responde não só com a coisa, mas:

24. *Op. loc. cit.*

com o seu patrimônio por inteiro. Exemplifica com várias hipóteses do código civil italiano de 1865, como a das despesas pela reparação de muro comum (art. 549), da obrigação do proprietário do fundo pelas despesas necessárias ao uso e conservação da servidão (art. 643), a contribuição dos condôminos pela conservação da coisa comum (art. 676) e tantas outras mais obrigações decorrentes da vizinhança²⁵.

Segundo PHILADELPHO AZEVEDO²⁶, na sua monografia — ainda há pouco reeditada — no estudo dos direitos de vizinhança, “estabelecem-se outras dependências, verdadeiras obrigações *propter rem*”. E enumera as de limitar os imóveis, fixando-se regras para sua demarcação (c.c., arts. 569 a 571), inclusive em relação a árvores (c.c., arts. 556 a 558) e a de dar passagens (c.c., arts. 559 a 562).

O mencionado SAN TIAGO DANTAS discorre sobre o tema explicando o acesso das obrigações *propter rem*. Depois de precisar que não acredita no maior mérito dessa conceituação entra a deduzir quanto à justificativa. Fá-lo em breves e incisivos termos: “Ninguém negará que a obrigação *propter rem* seja um artifício técnico, ou antes, uma transação entre os dois tipos extremos do direito real e do pessoal, com o fim de qualificar certas figuras ambíguas que tinham tanto de um como de outro”²⁷.

Conquanto a pesquisa de uma definição de obrigação *propter rem*, com a profundidade suscetível de permitir precisar sua natureza jurídica, não tenha produzido resultados definitivos — o que constituiu uma das preocupações de HASSEN ABERKANE em seu ensaio²⁸ — semelhante meio

25. FRANCESCO FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, 1921, Roma, Athenaeum, vol. I (único), n.º 96, p. 451.

26. *Destinação do imóvel*, 1932, Rio de Janeiro, Tipografia Alba, n.º 7, p. 30.

27. *Op. cit.*, n.º 119, p. 286.

28. *Essai d'une théorie générale de l'obligation "propter rem" in droit positif français*, 1957, Paris. Librairie générale de droit et de jurisprudence, n.ºs 21-29, pp. 18/26.

técnico possibilita resolver conflitos de direitos que pesam sobre o devedor de uma coisa por esta sua simples qualidade.

5. O desenvolvimento doutrinário, até agora feito, abre os horizontes para que busquemos algumas hipóteses que se configuram no código civil brasileiro.

A fecundidade prodigiosa das pesquisas realizadas pelos escritores, que tiveram suas vistas voltadas para o tema, na verdade, constitui contribuição segura e norte certo para que possamos surpreender as configurações no nosso direito.

Com efeito, não é mister maiores cogitações para que assinalemos, na ordem de colocação, algumas situações nítidas, agasalhadas no código civil pátrio, configurantes de obrigações *propter rem*. Encontram-se elas, em especial, no capítulo dos direitos de vizinhança (art. 554) com os desdobramentos das regras relativas às árvores limítrofes (arts. 556 a 558), às passagens forçadas (arts. 559 a 562), às águas (art. 563), aos limites entre prédios (arts. 569 a 571); no capítulo do condomínio (arts. 624 a 625); no capítulo das servidões (arts. 699 e 700). Outras mais existirão, possivelmente, a teor dos aspectos devassados por HASSEN ABERKANE, em sua citada monografia. Estas, porém, nos bastam ao desejado escopo configurativo.

A hipótese mais contraditória entre os escritores é a que advém do art. 554 do cód. civil pátrio, relativa ao uso nocivo da propriedade; uso é esse que a nossa constituição federal de 1946, no seu art. 174, condiciona ao bem estar social como manifestação do poder de polícia que recai sobre a propriedade nas suas múltiplas modalidades.

O legislador equiparou o *proprietário* ao *inquilino*, usando a disjuntiva *ou* no art. 554 do cód. civil, de um prédio atribuindo-lhes o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.

Verifica-se daí a *impersonalidade da ação* e que a propriedade foi considerada como a *coisa* mesma e não o di-

reito — circunstância esta derradeira imposta pelo emprêgo do adjetivo *vizinha* subsequente ao vocábulo propriedade — cujo conjunto reflete a obrigação *propter rem*. Essa concorrência de direitos sôbre a mesma coisa pode revelar-se em diferentes casos, dos quais os mais comuns são os decorrentes de instalação de fábricas contíguas às residências ocasionando ruído excessivo ou poluindo o ar ou água, de bombas de gasolina prejudicando prédios vizinhos com os combustíveis, de estabelecimentos comerciais com fornos e chaminés que tanto podem deitar fumaça ou expelir resíduos capazes de provocar incêndios ou intoxicar, de gado infeccionado com doenças que poderão contagiar os rebanhos dos vizinhos. Tais hipóteses, apesar de condicionadas a circunstâncias várias e fáticas, pois o conceito de mau uso é contingente, relativo, dependente de circunstâncias que não são uniformes, têm sido muito ventiladas nos tribunais. Desnecessário, portanto, analisá-las nesta oportunidade. Aliás os aspectos mais frisantes da jurisprudência já ficaram retraçados por SAN TIAGO DANTAS, quando buscou a forma de composição para os conflitos de vizinhança²⁹.

Verdadeiras obrigações *propter rem* também o são as que emanam dos artigos 556 a 558 do nosso código civil, os quais fixam as regras imperantes para as árvores limítrofes. Embora estejam essas plantadas no solo, que é direito real como propriedade *per se*, quando situada na linha divisória, presume-se pertencerem em comum aos donos dos prédios confinantes. Isto faculta ao proprietário ou inquilino (neste segundo caso tem-se o exercício de direito pessoal resultante da locação e não da propriedade) fazer uso dela na fôrça da meação, a despeito de existir quem sustente que ao locatário só assiste o direito de compelir seu senhorio a agir.

A coleta dos frutos caídos de árvore do terreno vizinho no solo de propriedade particular, o direito de cortar as raízes e ramos de árvores que ultrapassarem a extrema do

29. *Op. cit.*, n.os 96-101, pp. 217/229.

prédio e invadirem o terreno alheio, constituem outras duas facetas de resguardo aos *jura vicinitatis*.

Também são indiscutíveis obrigações *propter rem* às concernentes ao direito de passagem forçada previstas nos artigos 559 a 562 do código civil. A simples leitura desses dispositivos revela a presença do *tertium genus* de obrigações já que, ora se revestem de cunho real, ora se traduzem pela característica pessoal. O direito à passagem para o dono do prédio encravado, a indenização cabal que lhe ficou assegurada, a faculdade de exigir nova comunicação com a via pública, mediante o pagamento em dôbro da primeira indenização, quando o proprietário, por culpa sua, perder o direito de trânsito pelos prédios contíguos, são outras tantas faces do mesmo problema. E isto não ficaria atendido na dualidade das obrigações real e pessoal.

As restrições ao direito de propriedade, no tocante ao problema do curso das águas tratado nos artigos 563 a 568 do código civil, cujos dispositivos passaram a ser compendiados pelo código de águas³⁰, entram no conteúdo do direito de propriedade do prédio favorecido. O problema maior é o dos aquedutos projetado no art. 567. Por esse preceito é permitido, a quem quer que seja, mediante indenização prévia aos proprietários prejudicados, canalizar, em proveito agrícola ou industrial, as águas a que tenha direito, através de prédios rústicos alheios, não sendo chácaras ou sítios murados, quintais, pátios, hortas, ou jardins.

Consoante a observação de PONTES DE MIRANDA, que devassou esse tema, não seria possível construir-se a servidão de aqueduto como direito de vizinhança. A seu ver, ainda, “não há irradiação material do conteúdo do direito de propriedade” mas, sim, “há apreciação de interesses, que a lei levou em conta para atribuir a um proprietário a pretensão *ad servitutum habendam* e impor a outro a *obligatio propter rem*”³¹.

30. Dec. 24.643, de 10 de julho de 1934.

31. *Tratado de direito privado*, 1957, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, tomo XVIII, § 2.204, pp. 243/244.

As regras para demarcação entre os prédios vizinhos, afastando-se por lógico os vizinhos mediatos, os *arrière voisins*, porque não há confinação com os imóveis dêles, fixadas nos artigos 569 a 571, formam no mesmíssimo contingente das obrigações *propter rem*. Essas situações também são, por sua natureza, costumeiramente incluídas nas ditas obrigações mistas, no dizer de PHILADELPHO AZEVEDO³².

No condomínio, seja no horizontal, regido pelos artigos 623 a 645 do código civil, seja por planos, regulado pelo diploma matriz³³, há direitos inerentes a cada condômino e há direitos obrigacionais resultantes da situação da propriedade em comum. Um está sob a égide das normas gerais, outro sob a tutela de preceitos específicos. Um e outro, entretanto, além dos direitos reais, que o caracterizam, geram relações que se estabelecem entre os co-proprietários.

No condomínio integral, também chamado horizontal, é suficiente que se encarem as obrigações de cada condômino, em relação ao outro, pelas despesas de conservação ou divisão da coisa, pelas dívidas contraídas em proveito da comunhão, pela percepção de frutos, *ex vi* do que preceituam os artigos 624, 625, 626 e 627 do código civil, para que se sinta a presença viva das obrigações *propter rem*.

No condomínio por planos, apesar de cada condômino ser dono exclusivo de sua unidade condominial e ser co-proprietário nas quotas comuns, há obrigações de uns para com os outros como há obrigações para com a massa condominial. Muitas destas obrigações estão capituladas nos artigos 4, 8, 10 e 11 do referido diploma matriz. Assumem realce, dentre tantas, as obrigações resultantes de vizinhança por meação de paredes, soalhos e tetos dos apartamentos; as de reconstrução decorrentes de destruição por incêndio, terremoto, ciclone ou outro acidente físico; as com a administração pelo que respeita aos serviços de interesse dos

32. *Op. loc. cit.*

33. *Dec.* 5.481, de 25 de junho de 1928.

moradores como esgôto, água, iluminação, elevador, vigilância, etc.; as que interessarem à estrutura integral do edifício ou ao serviço comum; as relativas à fachada do prédio, distribuição interna e destino das unidades condominiais; as de uso dos corredores, caminhos internos ou de quaisquer partes comuns a todos os condôminos.

Semelhantes situações não encarnam direitos reais nem tão pouco obrigacionais, na pureza dêles. São obrigações *propter rem* que resultam do condomínio.

Outras situações há, finalmente, que se fazem valer independentemente do domínio que as enraíza. São as pertinentes às constituições de servidão a que o código civil dedicou capítulo especial no qual se inserem os artigos 695 a 712.

Dentre êsses mandamentos civis sobreelevam-se os artigos 699 e 700. O primeiro a dispor que o dono de uma servidão tem direito a fazer tôdas as obras necessárias à sua conservação e uso, rateando-se as despesas entre os respectivos donos se a servidão pertencer a mais de um prédio. O segundo a determinar que as obras referidas no primeiro devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título.

Ante a dualidade de direitos que surgem com a servidão, seja quanto à constituição dela, seja quanto às obras necessárias para sua conservação e uso, estabelece-se um conflito. Esse conflito, como direito oneroso ou gratuito, que corresponde a encargo ou dever jurídico misto, só pode ser ventilado como obrigação *propter rem*. Sua categorização *ob rem* é manifesta.

6. A colocação do problema, como ficou feita, com as distinções estabelecidas, trazem como conseqüência natural a relevante questão prescricional. Se a obrigação *propter rem* é de natureza mista, qual será então a prescrição para a respectiva ação, poder-se-á indagar?

A resposta para tal perquirição, sedutora por certo, não será mediante simples monossílabo nem tão pouco deverá ser desenvolvida a contento nesta oportunidade. Im-

põe, apesar de tanto, que a traços rápidos seja projetada a perspectiva micrométrica do conceito de ação, que a idéia de prescrição associa, do direito romano à quadra em que vivemos.

A disputa quanto ao conceito de ação conta séculos de existência. Suas concepções doutrinárias são múltiplas e variam, principalmente, conforme o problema seja colocado em função das sistemáticas jurídicas ou no plano mais amplo do exercício ou da realização dos direitos.

No direito romano, a ação continha e absorvia o *direito subjetivo material*. Imperava a idéia de *actiones*, como diversas ações distintas, ao invés de uma única *actio*. Esta tradição romanística, que representou um momento histórico, não se justifica mais. Sofreu ela a influência da evolução por que passou o conceito de ação como nos mostra ALEXANDRE PEKELS em seu agudo e vigoroso trabalho publicado³⁴ e republicado com aditamento de LIEB-MANN³⁵.

No direito medieval, aparece a primeira intuição de *direito meio* (ação) de fazer valer o *direito fim*.

No século XIX, a ação assumiu o caráter de um direito *per se* (autônomo) que muitas vêzes corresponde ao direito material e outras não.

Direito e ação nascem da lei, não parecendo, pois, verdadeiro que a ação possa advir do direito material porque, em muitas hipóteses, independe do direito material e até o nega. Um exemplo será mais ilustrativo: o c.p.c., em seu art. 2, parágrafo único, incorporou no nosso sistema processual a ação *declaratória negativa*. A declaração de inexistência de relação jurídica, segundo o enunciado do mencionado preceito processual, prestigia a asseveração que vem de ser feita.

Desponta o que se pode chamar da última fase. Nela surgiram várias construções jurídicas. Do desenvolvimen-

34. Vb. *Azione*, in Nuovo digesto italiano, 1937, Utet, vol. II.

35. Vb. *Azione-teoria moderna*, in Novissimo digesto italiano 1957, Utet, vol. II.

to delas pelos teóricos assumem corpo duas teorias fundamentais: a que considera ação *direito concreto* e a que considera ação *direito abstrato*.

Para a primeira corrente o pressuposto é a existência de direito subjetivo material, sem o qual a ação será julgada improcedente.

Para a segunda corrente a ação abstrai da existência do direito material e pode ser ajuizada porque o *objeto do processo é que constitui a relação jurídica do direito material*. A lição vem de ALFREDO BUZAID quando mostra, com grandes arrimos, que a teoria da ação como direito abstrato de agir “prescinde, para sua existência, de qualquer consideração de direito material. Funda-se no *interesse* e é quanto basta para legitimar-lhe a propositura. Subsiste independentemente do direito substancial que o autor tenha contra o réu”³⁶.

Feito este esquema poderemos, então, deduzir que o problema da prescrição se resolve dentro das duas mencionadas teorias básicas.

Para a primeira corrente *não há prescrição da ação*, visto como ação é direito ao processo.

Para a segunda corrente *há prescrição*: ela será a competente para o caso que se configurar conforme a ação a ser exercitada seja pessoal, possessória ou petitoria.

Convém observar, em derradeiro, que existem obrigações *propter rem* imprescritíveis. Constituem exemplos clássicos disto:

a) a que deriva do art. 558 do c.c. — cortar as raízes e ramos das árvores, até ao pleno vertical divisório, que ultrapassem a extrema do imóvel invadido — não só porque este crescimento é obra da natureza, “não constituindo, pois, posse suficiente e eficaz para a prescrição”, sendo impossível, pela sucessividade do crescimento dos ramos e raízes fixar de maneira certa o princípio da pres-

36. *Ação declaratória no direito brasileiro*, 1943, São Paulo, Saraiva & Cia., n.º 63, p. 85.

crição, como porque a abstenção do vizinho deve ser considerada efeito de mera tolerância ³⁷;

b) a que decorre do art. 567 do c.c. — construir aquedutos em proveito agrícola ou industrial — uma vez que continuando satisfeitos os pressupostos, a pretensão constitutiva permanece ³⁸;

c) a que resulta do art. 569 do c.c. — demarcação e aviventação de marcos entre os proprietários confinantes — porque é estado de confusão das extremas dos imóveis como consequência da falta ou extravio dos sinais materiais respectivos ou decorrentes de quotas aritméticas substituíveis por quotas geométricas, o que não exclui a oposição de prescrição aquisitiva, para apreciação, pela parte que fôr titular dela ³⁹;

d) a que emerge do art. 629 do c.c. — faculdade conferida ao condômino de, *a todo tempo*, exigir a divisão do imóvel comum — o que está expresso no próprio preceito civil já que a divisão só pode cessar, cessando o estado de indivisão ⁴⁰.

7 As obrigações *propter rem*, também chamadas *ob rem* ou de ônus reais, configuram direitos mistos e constituem verdadeiro *tercium genus* que revela a existência de direitos que não são puramente reais nem essencialmente obrigacionais. Destinam-se a tutelar relações em conflito dos *jura vicinitatis*. É aceitável, pelos traços diferenciais com as demais, que elas sejam o resultado de composição técnica ou mesmo de transigência entre os dois tipos extremos do direito real e do direito obrigacional, com o escopo de qualificar figuras ambíguas que participam tanto de um quanto de outro.

37. J. M. DE CARVALHO SANTOS, *op. vol. cit.*, p. 24.

38. PONTES DE MIRANDA, *op. vol. cit.*, § 2.204, pp. 244/245.

39. CARLOS MAXIMILIANO, *Condomínio*, 1944, Rio, de Janeiro — São Paulo, Livraria Editôra Freitas Bastos, n.º 241, pp. 317/318.

40. J. M. DE CARVALHO SANTOS, *op. vol. cit.*, p. 312.