

Conservando a cadeira perpétua, o Estado não presta serviço ao usuário mas atua em seu próprio interesse porque, oferecendo o uso perpétuo gratuito como atrativo, assim atraiu o adquirente da cadeira a fim de conseguir meios para edificar o estádio.

A propriedade em si nada seria sem o direito ao uso. Disto decorre que é o uso a última expressão da propriedade e no rigor de sua essencialidade, o seu único fim, donde equiparar-se, na sua essência, o direito de uso perpétuo ao direito de propriedade e, assim, o usuário de cadeira perpétua do estádio Jornalista Mário Filho, como equiparado a co-proprietário, tem o direito ideal de co-participar nas suas rendas, nos limites contratuais de dispor de sua cadeira devidamente conservada.

Se a administração pública pudesse cobrar por tudo quanto o usuário usa para obter a contratada fruição da utilidade de sua cadeira, que é fruição complexa por sua natureza, compreendendo, nos dias de jogos, a utilização de elevadores, sanitários, pessoal, etc., teoricamente poderia chegar a cobrar pedágio do usuário por ter ele que pisar nos terrenos que circundam o estádio, o que, evidentemente, configuraria um absurdo.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 22.101

Relator: Exmo. Sr. Des. Epaminondas Pontes.

ACÓRDÃO DA 7.ª CÂMARA CÍVEL

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo de Agravo de Petição n.º 22.101, em que são agravantes José Victor de Castro, Antônio Luiz de Carvalho Jotta, Antônio Jotta Júnior, Lauro Maia Castro, Benedicto dos Santos Pádua, Ayrton Gerin Gui-

marães, Joaquim Bertino de Moraes Carvalho e Érico Pacheco Filho e agravado o Estado da Guanabara (Presidente da Administração dos Estádios da Guanabara):

ACORDAM os Juizes da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria, vencido o eminente Desembargador Martinho Garcez Neto, em dar provimento ao recurso para conceder a segurança impetrada.

Custas pela parte vencida.

Quanto à preliminar de não cabimento de mandado de segurança, rejeita-se, porque, inclusive, foi repelida pela sentença, da qual o Estado não recorreu e porque os impetrantes se insurgem contra ato da ADEG negando os "tickets" aos impetrantes para que tenham acesso às suas cadeiras perpétuas sem pagamento de uma "taxa" que foi estabelecida pelo Decreto N n.º 1.007, de 29 de janeiro de 1968 — e assim a ADEG age como entidade de direito público.

Aquele decreto, como se vê às folhas 23, contém regulamentação da Lei n.º 335, de 6 de setembro de 1949, que criou as cadeiras perpétuas.

Alegam os impetrantes a ilegalidade da cobrança porque o decreto fere a lei que diz regulamentar, pois esta não previa qualquer ônus para os adquirentes de tais cadeiras.

Assim, a tese é que a cobrança é feita por força de regulamento e não de ato em negócio de natureza puramente privada que a ADEG fosse parte, apesar da assemelhação da hipótese com institutos de direito privado. Como disse a sentença, o decreto "está jungindo relação jurídica individual definida a uma autoridade administrativa".

Quanto à alegação de terem os impetrantes modificado a petição inicial na apelação, não procede, porque no início das razões do recurso está dito que o recurso há de resolver a matéria de que tratam os presentes autos,

constando das razões, às fls. 74, a afirmação de que “no momento da aquisição dos títulos (Lei n.º 57, de 1947, e Lei n.º 335, de 1949) foi garantido o uso das cadeiras perpétuas independentemente de qualquer pagamento”, embora depois conste o reconhecimento de que aos impetrantes “incumbe, tão somente as despesas com a conservação das cadeiras das quais são usuários”, afirmando, ainda, os impetrantes que “correm por conta exclusiva da impetrada os ônus necessários à fruição do gozo, respondendo os impetrantes”, apenas, “pelos gastos diretos com a coisa, como usuários que são” e que “nada mais pode postular a agravada senão o ressarcimento das despesas diretas com a conservação das cadeiras”. Mas as razões terminam pedindo seja “concedida a segurança pleiteada com imperativo de direito e lúdima justiça”. Ora, a segurança pretendida é a que consta da petição inicial. A ressalva quanto a despesas como usuários, feita nas razões da apelação, há de ser entendida como um *minus* se não for concedida a segurança conforme a impetração constante da petição inicial. Deduz-se que foi esta a intenção do autor das razões apresentadas pelos impetrantes, as quais de início contém, como foi dito, a afirmação de que aos impetrantes “foi garantido o uso das cadeiras perpétuas independentemente de qualquer pagamento”.

Quanto à questão em si, a Administração dos Estádios da Guanabara — ADEG — quer cobrar dos usuários de cadeiras perpétuas do estádio Jornalista Mário Filho uma “taxa” de conservação das mesmas cadeiras, cobrando quantia anual a título de despesas que a douta Procuradoria do Estado denominou de preço público. Despesas que abrangeriam a conservação das cadeiras e dos elevadores e sanitários utilizados pelos usuários nos dias de jogos, além de despesas com pessoal para isto necessário.

Acontece, entretanto, que o preço público é oferecido ao público, que o aceita ou se abstém do uso do serviço a que corresponde.

No caso dos autos, o uso já está, antecipadamente, assegurado aos impetrantes: a eles, ou à ADEG, não resta nenhuma opção. A opção que a ADEG quer agora impor aos impetrantes é entre pagar as despesas de manutenção ou não usar aquilo cujo uso já lhes está, antecipadamente, assegurado. A contribuição, no caso, é meio impeditivo do uso, meio indireto de abolir o direito de uso que têm os impetrantes porque, isto sim, pagaram o preço único global e único oferecido ao público pelas leis que criaram as cadeiras perpétuas. Pagar despesas variáveis por natureza não é pagar preço público, mas, pagar despesas particulares.

Argumenta a Administração dos Estádios da Guanabara que os usuários comuns pagam, com o preço público que lhes é ofertado, uma parte destinada à conservação do estádio, não há destaque no preço ofertado, para essa parte. O preço é global. Há de se entender, também, que a quantia cobrada dos impetrantes que ao tempo era elevada, estava prevista como compreensiva das futuras despesas de manutenção; e a prova disto é que, por mais de 10 anos, a Administração Pública não cogitou de cobrar dos impetrantes qualquer quantia a título de conservação das cadeiras perpétuas vendidas.

A Administração Pública assumiu para com os impetrantes uma obrigação *sui generis*, porque o uso previsto nas leis que criaram as cadeiras perpétuas era o uso puro e simples, tanto que assim aconteceu durante mais de 10 anos. Em relação a esta obrigação de facultações do uso puro é acessória a obrigação da conservação das cadeiras pela Administração. De outro modo, deixariam elas de ser usáveis segundo a oferta pública. Na for-

ma dos arts. 745 e 732 do Código Civil, o usuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do uso. O art. 745 diz que "são aplicáveis ao uso... as disposições relativas ao usufruto" e o art. 732 estabelece que "o usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto". É verdade que o art. 733, n.º I, do Código Civil, prevê que "incumbem ao usufrutuário: I — as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os receber".

Mas esse texto pressupõe que o usufrutuário (ou o usuário) tenha recebido o bem na sua posse física, direta, tenha a sua guarda, a sua fiscalização permanente, o que não ocorre no caso dos autos. Os impetrantes não têm acesso às suas cadeiras senão, estritamente, nos dias de espetáculos e mediante autorização escrita especial e pessoal fornecida pela ADEG. Se resta à Administração a posse física dos objetos do uso, não cabendo aos impetrantes indagar o que acontece com suas cadeiras fora dos dias de espetáculos, se, na verdade, não receberam eles tais bens, mas, somente, o direito puro de seu uso, se a obrigação de conservar não constou da oferta pública e dela não se cogitou por mais de 10 anos, impossível é concluir-se agora que a conservação das cadeiras tenha ficado ou deva ficar a cargo dos impetrantes.

O negócio oferecido ao público tinha características *sui generis* porque o futuro usuário foi convocado para que adquirisse um título nominativo não resgatável que iria constituir um "fundo especial destinado a atender às despesas com a construção do grande Estádio Municipal", segundo a Lei n.º 57, de 14 de dezembro de 1947, no seu art. 3.º, n.º 2, título que daria direito a uma cadeira numerada no estádio (art. 3.º e 4.º, letra b) e que foi transformado em título perpétuo, passando o pagamento, que era de

cinco cruzeiros novos, para vinte cruzeiros novos, por força do art. 2.º, da Lei n.º 335, de 6 de setembro de 1949.

Como se verifica, a venda dos títulos estava vinculada à construção do estádio. Assim sendo, era como se os impetrantes tivessem atendido ao chamamento para a incorporação de um edifício de apartamentos e a comparação foi feita não só pelo ilustre Presidente da ADEG nas suas informações como pelo erudito Procurador do Estado, que, às fls. 57, escreveu que se trataria de um ônus decorrente do uso "o mesmo a que está sujeito o proprietário de apartamento que obrigatoriamente concorre para as despesas do condomínio, além das despesas próprias com a conservação de seu apartamento". O símile é aceitável. Apenas, não se tratava de edifício para moradia, para uso próprio permanente dos interessados, mas se tratava, especificamente, de uma casa para espetáculos públicos remunerados. Era como se o edifício se destinasse a um teatro para servir ao público mediante remuneração que, no caso, segundo pretende a douta Procuradoria, seria o preço público a ser pago pelo público.

Tudo certo, menos o propósito de tratar os impetrantes, adquirentes à perpetuidade, de cadeiras, quando o estádio ainda não existia, como fazendo parte desse público eventual, instável, incerto e sempre renovado, obrigado a pagar o preço público cobrado referentemente a cada espetáculo e que tem variado e pode variar no tempo. A contribuição que quer exigir a ADEG dos impetrantes não é exigida ao mesmo título, espetáculo a espetáculo, não é da mesma natureza, não participa do caráter do preço público de cada espetáculo isolado. Os usuários de tais cadeiras se constituem num grupo fechado com situação peculiaríssima.

A ADEG alega que a cobrança é, só a título de indenização pela conserva-

ção que ela faz, das cadeiras perpétuas.

Aí é que prevalece o símile com o edifício; mas, em desfavor da Administração, porque, se os impetrantes concorreram com seu dinheiro para a construção do estádio e este dá renda, ou deve dar, não é possível afastar o conceito de que dessa renda se tenham de beneficiar, também, aqueles que possibilitaram a ereção da casa de espetáculos, segundo o próprio texto da Lei n.º 57, de 1947. E o benefício previsto foi exatamente o uso puro de suas cadeiras sem ter que pagar mesmo o necessário à sua conservação, tratando-se, ainda, de acerto *sui generis*, por se tratar de uso sem a guarda da cousa. A participação nos lucros do estádio estava tacitamente prevista no silêncio quanto a qualquer outra obrigação, além do pagamento do preço global e há de se entender que a medida da participação é a medida das despesas com a conservação das cadeiras. Esse é o limite da participação.

E isto era inerente, estava na essência, no espírito do negócio.

Dir-se-á não se poder conceber a compropriedade em relação a um imóvel público.

Mas, por isto mesmo foi que o legislador encontrou a fórmula do título perpétuo, do uso perpétuo, que, sendo uso perene, na sua essência última, se transfunde na propriedade.

Certamente ninguém concebe que haja proprietário sem direito ao uso, salvo a transitória posição especial do nu-proprietário, de modo que a principal função da propriedade é o uso. Dir-se-ia, então, a rigor, que a propriedade, em sua essencialidade última é o direito ao uso perpétuo da cousa. A parcela de interesse individual, no caso do estádio, foi ressaltada na douta sentença recorrida nos seguintes termos: "a ADEG, nos espetáculos esportivos que exhibe, inclusive para os titulares de cadeiras perpé-

tuas, está satisfazendo, muito mais ao interesse individual, que ao coletivo" (pág. 67) e não só a autoridade informante, como o nobre Procurador do Estado, estabeleceram o símile com um edifício de apartamentos. Disto decorre a propriedade da invocação dos textos do direito civil aplicável quando o poder público age se aproximando da esfera do direito privado embora sem deixar de estar agindo como entidade de direito público. Nesse ponto é que não se há de admitir que os impetrantes, como coadjuvantes financeiros da construção de uma casa de espetáculos-remunerados, possam ficar aliados absolutamente da renda da mesma, como tratando-se de um teatro em condomínio, se devessem estar adstritos mais aos ônus do mesmo sem direito de participar dos lucros do teatro adequadamente. Caberia, no caso, o ônus do condomínio, mas correlato à renda do condomínio, à renda do teatro, na hipótese.

Quanto ao estádio, não têm os impetrantes opção de se aproximarem sequer, de suas cadeiras, fora das horas de espetáculos, para a sua conservação em caráter pessoal, para a sua fiscalização. Quer a Administração do estádio impor o seu monopólio de conservadora das cadeiras e, ao mesmo tempo, o poder unilateral de estabelecer o preço da conservação que só ela pode fazer, sem admitir concorrência. Nessa linha de conduta foi que estabeleceu que o preço da conservação seria o de trezentos e vinte e quatro mil cruzeiros novos (NCR\$ 324.000,00) por ano (5.000 cadeiras a NCR\$ 64,80, que é a metade do salário-mínimo vigente), o que equivale a NCR\$ 27.000,00 por mês, possibilitando a contratação, por exemplo, de 50 serventes e fiscais a NCR\$ 300,00 mensais, restando NCR\$ 10.000,00 mensais para pintura, elevadores, material de limpeza, etc., o que, embora não esteja em julgamento, é visivelmente sem coerência com a realidade, ainda

porque o que pelo menos o usuário de cadeiras comuns encontra no estádio, é uma cadeira tão empoeirada que só pode ser usada com prévia limpeza e com a utilização de plásticos ou jornais ou almofadas, como é comum se ver no estádio e é, portanto, fato notório.

Por tais cálculos se verifica bem como a Administração Pública tem a conservação das cadeiras perpétuas como onerosíssima.

Disto resulta estranhar-se que tenha ela se abtido de embolsar tão elevada quantia nos 18 anos que foram de 1950, data da inauguração do estádio, a 1968, data em que a Administração Pública se despertou para o problema, dando os administradores anteriores como desidiosos ou inadvertidos e desfalcadores, por omissão, do erário público. Assim se estranharia, se não constasse do Código Civil o art. 1.079, segundo o qual "a manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa".

É que o silêncio quanto a qualquer outro pagamento que não o então elevado preço público pago pelos impetrantes, jamais esteve na intenção do legislador que lançava o negócio nem dos impetrantes que, em tese, a terem que pagar algo perpetuamente podiam não se interessar pelas cadeiras que, na verdade, lhes foram oferecidas para uso puro perpétuo, segundo acreditava o público e foi confirmado pela abstenção de qualquer cobrança pela Administração Pública durante 18 anos.

Mas, como já foi dito, a vigorarem as regras sobre condomínio, invocadas pela Administração Pública, vigoraria o art. 638 do Código Civil, segundo o qual as rendas e as despesas do estádio haveriam de ser partilhadas entre os condôminos na proporção de seus quinhões, teria a Administração do estádio que fazer calcular a participação ideal dos impetrantes na construção da praça de esportes a fim de

identificar em que proporção seriam os impetrantes responsáveis pelas despesas de conservação do estádio e em que proporção se teriam de beneficiar com as rendas do mesmo, correlatamente.

Não caberia o arbítrio puro, a unilateralidade singela que é pretendido. Disto não haveria como fugir, porque a justificação do decreto que criou a "taxa" de conservação, que é como se expressa ele, foi feita no sentido de corresponder a "taxa" às despesas com a conservação das cadeiras, dos elevadores e sanitários, etc., usáveis pelos impetrantes, mas, também pela Administração e por todo o público.

O Decreto N n.º 1.007, de 29 de janeiro de 1968, é expresso: ...

"Institui a taxa de manutenção e conservação das cadeiras perpétuas do Estádio Jornalista Mário Filho" e o aviso da ADEG aos impetrantes foi categórico: "o fornecimento dos carretes se fará contra o pagamento da taxa..." Isto significa não terem os impetrantes acesso ao estádio sem o pagamento incomprovado, arbitrário, de despesas, quando dispõem do uso perpétuo de suas cadeiras que, segundo o espírito da lei que as criou, seria uso gratuito, como foi reconhecido por mais de 10 anos, prazo prescricional no direito imobiliário e que, no caso dos autos, funciona, ao menos, como dado eloquente elucidativo da intenção dos contratantes, que não se há de vir a modificar agora.

Assim, posto que, de qualquer modo, a Administração dos Estádios da Guanabara não pudesse ter o alvedrio de cobrar arbitrariamente despesas não devidamente comprovadas e sem proporção calculada para individuação das dívidas de cada usuário, o certo é que não devem os impetrantes a ela qualquer quantia a qualquer título, porque a interpretação que deve receber a lei que criou as cadeiras perpétuas é no sentido de ser reconhecido que o uso perpétuo que os impetrantes compraram é gratuito, pago o preço

único global inicial para que as cadeiras pudessem existir, porque esta foi, claramente, a oferta pública a que eles atenderam e o silêncio do contrato foi interpretado pelo próprio poder público ofertante como significando a gratuidade, respeitada como foi ela, pacificamente, por mais de 10 anos.

No sentido de nada ser devido, no caso, pelos impetrantes, é concedida a segurança requerida, pois, se a administração pública pudesse cobrar por tudo quanto o usuário usa para obter a contratada fruição da utilidade de sua cadeira perpétua que é fruição complexa por sua natureza, compreendendo, nos dias de jogos, a utilização de elevadores, sanitários, pessoal, etc., em comum com o pessoal da Administração e com o público em geral, teoricamente poderia chegar a Administração a cobrar pedágio do usuário por ter ele que pisar nos terrenos que circundam o estádio, o que evidentemente, configuraria um absurdo e uma fraude ao direito de uso simples, pelos impetrantes, de suas cadeiras, como lhes foi oferecido em lei.

Segundo a ADEG, não pagando a "taxa" de conservação de sua cadeira, do elevador, do sanitário, que usa em comum com todos os que comparecem ao estádio, o usuário tem o uso perpétuo de sua cadeira mas não receberá o carnet com as autorizações para entrar no estádio.

Faria lembrar, um pouco, a célebre sentença pela qual o credor usuário podia retirar um pedaço de carne do dorso do seu devedor relapso, aplicando pena contratada para o não pagamento da dívida. desde que o sangue não corresse, porque isto não constava do contrato. Faria lembrar, de longe, esse famoso problema jurídico tratado na Filosofia do Direito, não fora a total inadequação da lembrança, inaplicável à Administração Pública deste Estado, cuja intenção, no caso, posto que inviável, não é, senão, como se depreende, a de zelar pela coisa pública.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 1969.
— *Martinho Garcez Neto*, Presidente, com o voto vencido em separado, em 19 (dezenove) folhas datilografadas. — *Epaminondas Pontes*, Relator. — *Graccho Aurélio de Sá Viana Pereira de Vasconcellos*, Vogal.

VOTO VENCIDO

Os impetrantes, com os títulos que instruem a inicial, adquiriram "o direito ao uso de uma cadeira no Estádio do Maracanã, na forma da legislação vigente (fls. a e 22).

Apenas isto. Nada mais do que isto. Tem, portanto, e ninguém o nega, o direito de, na forma da legislação vigente, frise-se, usar de uma cadeira no Estádio do Maracanã, hoje Estádio Mário Filho.

Será que a autoridade apontada como coatora negou-lhes o exercício desse direito ainda que indiretamente, por via oblíqua ou larvada?

De modo algum. Exigiu apenas de acordo com o decreto "N" n.º 1007, de 29 de janeiro de 1963, como condição do exercício daquele uso, que pagassem a taxa anual de manutenção e conservação das referidas cadeiras, no valor de meio salário-mínimo vigente na Guanabara.

Mas, então, onde a violação de direito líquido e certo? Onde a ilegalidade?

Com efeito, se os impetrantes, ao se tornarem proprietários dos referidos títulos, sabiam porque estava escrito, que o uso das cadeiras estava subordinado ao que prescrevesse a legislação vigente, como podem realmente pretender que o citado decreto não vige para eles?

Os impetrantes não ignoram que, no conceito amplo de lei (ou de legislação) incluem-se não só as leis propriamente falando, mas também os decretos do Executivo e até as Portarias das autoridades administrativas. Lei e, também o regulamento, como tipo ou categoria especial da norma

jurídica, como importante fonte de Direito objetivo (Marcelo Caetano — *Manual de Direito Administrativo*, Lisboa, 7.^a ed. 1965, pág. 83, n.º 43; Hely Lopes Meirelles — *Direito Administrativo Brasileiro*, S. P., 1966, 2.^a ed., págs. 186 e 187, R. Limongi França — *Formas e Aplicação do Direito Administrativo*, S. P., 1960, págs 347/353; E. Espínola — *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1960, vol. 1.º, páginas 98/99).

Na verdade, os impetrantes sabiam que o uso ainda que exclusivo de bens públicos, como os pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno (inclusive autarquias), escapando ao âmbito clássico do direito civil, para se inserir no campo do direito administrativo, como adverte Alcino Pinto Falcão (*Parte Geral do Código Civil*, Rio, 1959, pág. 173), dependia, necessariamente de regulamentação, que teria de vir, como veio, através de decreto do Poder Executivo.

O exercício *vitalício* do uso assegurado aos impetrantes, pelos títulos de fls. 5 a 21, não podia, evidentemente, ficar ao livre alvedrio dos usuários, nem o Estado, autorizar a sua emissão e venda, renunciou — mesmo porque não poderia fazê-lo validamente — à prerrogativa de regulamentá-lo, inerente a própria natureza dessa relação jurídica estabelecida com os particulares.

O erro, o grande equívoco, *data venia*, daqueles que assim não entendem, resulta precipuamente do vezo antigo e inerradicável de pretender-se subordinar relações de direito público aos princípios e doutrinas do direito privado, que o saudoso Nelson Hungria verberou em artigo candente sob o significativo título de "Os Pandetistas do Direito Penal" (*Revista Forense*, CXVIII/5), e que seria tão absurdo quanto o de agrilhoar-se o próprio direito civil ao romanismo conservador da Pandetística alemã (H. J. Wolff — *Introducción histórica al derecho ro-*

mano. Santiago de Compostela, 1953, páginas 249/253. U. A. Suarez — *Horizonte actual del derecho romano* — Madrid, 1944, pág. 14).

Efetivamente, espíritos dos mais brilhantes ainda insistem em resolver com os instrumentos da pura civilística problemas de direito administrativo, numa época em que, segundo a denúncia de Ripert, "tout devient droit public" (*Le Declin du Droit*, Paris, 1949, pág. 37), ou em que na profecia de Savatier, caminha-se "*Du Droit Civil au Droit Public*" (Paris, 1945), porque as categorias obsoletas do velho direito privado já não oferecem soluções consentâneas com a evolução incessante dos fatos sociais e as exigências impostergáveis dos novos tempos.

Numa época em que o próprio direito de família tenta desligar-se do direito civil e ganhar autonomia, ao influxo da concepção publicística defendida por CICU entre outros, e em que a "nebulosa doutrinal" do direito social, referida por Castan, vai ganhando terreno, e em que se afirma o advento de um direito econômico (J. M. P. Quintana — *En torno al concepto del derecho civil*, Salamanca, 1959, pág. 105; A. Hernandez Gil — *El concepto del derecho civil*, Madrid, 1943, pág. 160-172; F. Bonet Ramon — *Introducción al derecho civil*, Barcelona, 1956, páginas 213 e 219), surpreende, realmente, que problemas vinculados aos direitos reais e aos contratos administrativos sejam enquadrados nos moldes restritos ou rígidos do direito privado.

É isto se dá não obstante os problemas próprios ou específicos dessa província do Direito já haverem ultrapassado as fronteiras tradicionais, permitindo a juristas modernos, como Duguit, Jèze, Hauriou e Bonnetcase, anunciarem, como fato consumado, o declínio do poder soberano da vontade (Risolia — *Soberania y crisis del contrato*, B. Aires, 1946, M. A. Berçaitz — *Teoria general de los con-*

tratos administrativos. B. Aires, 1952, págs. 79-105), ou, na companhia de Martin Perez, afirmarem a "Necesidad de construir un orden nuevo en el Derecho privado español", Segovia, 1953).

É, com efeito, incompreensível que se negue à Administração Pública para o cumprimento de seus fins, o uso tanto de um direito seu, que lhe é próprio, como das normas elaboradas pelo direito privado. Pois uma anomalia de tal natureza, já registrada por Sebastian M. Retortillo Baquer (*El derecho civil en la genesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Sevilha, 1960, pág. 107), é, precisamente, a que resultaria de pretender-se reger situação complexa e singular como a que estes autos retratam dentro da caprichosa dogmática ou dos esquemas ortodoxos que estruturam ainda hoje as instituições de direito civil.

E os juristas que se atrasassem a essa tarefa ociosa e estéril estariam tentando inutilmente ofuscar o movimento atual de revisão dos conceitos jurídicos, que pretendem dar uma nova dimensão às figuras contratuais que surgem no campo administrativo, sob a forma e a cor das mais variadas e ricas expressões de um pensamento generoso e criador, em permanente fermentação, como bem o demonstram os recentes trabalhos de Mitchell (*The Contracts of Public Authorities*, 1964), de Recaredo Fernandez de Velasco (*Los contratos administrativos*, 1927), de Georges Peguignot (*Théorie générale du contrat administratif*, 1945), de De Laubadere (*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956), de M. A. Berçaitz (*Obra citada*), de Sabino A. Gendin (*Los contratos publicos*, 1934), de Max Consoli (*El contrato de empleo público*, Buenos Aires, s/d) de Mario Gallo (*I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, 1936), de Gilbert Madray (*Des contrats d'après la récente codification privée faite aux États Unis*, 1936) e de

C. Himario (*Les clauses exorbitantes du droit romain dans les contrats administratifs*, 1938).

Sem dúvida, para esses juristas, aferrados aos seus inalienáveis dogmas de fé, fora dos quadros do contrato de direito privado não existe contrato, isto é, para eles, e os seus sectários, só é contrato aquele que apresenta os eternos atributos de igualdade e de liberdade das partes em sua formação, execução e resolução; de imutabilidade das suas cláusulas; e de limitação dos seus efeitos àqueles que o celebram (M. A. Berçaitz — *Op. cit.*, pág. 105, n.º 60).

Chega-se, assim ao absurdo de afirmar que os contratos de obras públicas e de serviços são essencialmente civis. E dentro dessa linha de raciocínio, vai-se ao extremo de sustentar, como fez Gianini, que o contrato de direito público ou não tem sentido ou é pura metáfora (*apud* L. Barassi — *Rivista di Diritto Civile*, 1913, ano 5.º, página 217, nota 3), ou, como dizem outros, em coerência com esse radicalismo, que a construção de um navio de guerra ou de uma fortaleza terrestre não passa de mero contrato de locação de serviço idêntico, substancialmente, ao de uma casa de diversões ou de um imóvel de luxo, como também a emissão de títulos da dívida pública não difere, essencialmente, do empréstimo comum (*apud* Velasco — *Op. cit.*, págs. 9, 10, 14 e 18 e 19).

Mas a verdade é bem outra.

Montesquieu, com todo o poder do seu gênio, e recordando expressões de Cícero, proferidas dois séculos antes já penetrara o âmago do problema, ao dizer que "il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière" (*De l'Esprit des Lois*, Paris, s/d página 449).

E, por isto, enunciava esta regra, "qu'il ne faut point décider par les

règles du droit civil, quand il s'agit de décider par celles du droit politique" (*loc. cit.*, pág. 448).

Assim, não admira que, modernamente, Gaston Jèze, com o peso de sua autoridade, ministrasse, com igual ênfase, o mesmo ensinamento, ao asseverar que constitui erro grosseiro querer aplicar, em razão da aparente analogia, as relações jurídicas de direito administrativo, regras que o direito estabelece para o contrato de compra e venda, para o de empreitada, para o de locação de serviços, etc. (*Principios generales de derecho administrativo*, B. Aires, 1943-1950, vol. 4.º, págs. 197, 232 e 233, nota 4 e vol. 3.º, pág. 173).

Mesmo que se tratasse de *bens disponíveis ou bens de domínio privado da administração*, o regime jurídico, na exata observação de José Cretella Júnior, "não é, como querem alguns, o do Código Civil, em toda a sua pureza, subordinado, pois, às regras e aos princípios informativos do direito privado", porque o direito comum sofre "derrogações supletivas" e o processo de aplicação do direito civil "é modificado por determinadas circunstâncias, que o especializam, anormalizando-o, fazendo o *desviar-se* do curso regular ditado pelo direito comum" (*Dos Bens Públicos no Direito Brasileiro*, S. P., 1969, páginas 85 e 87).

Segundo a lição de Buttgenbach (*Manuel de Droit Administratif*, 1954, páginas 270-271), recordada por Cretella Junior (*loc. citada*) "mesmo quando se trata de domínio privado, estamos diante de um regime jurídico que não é idêntico ao da propriedade privada, portanto de um regime jurídico especial".

Entretanto, todos esses ensinamentos estariam sendo esquecidos ou postergados se essa obrigação "sui generis", como o próprio acórdão a qualifica, assumida pelo Estado, ao emitir os títulos de fls. 5 a 21 e 23 a 34 fosse subordinada pura e simplesmente às regras do direito civil, que disciplinam

o instituto do uso, tal como o concebe e estrutura o nosso Código Civil (artigos 742 a 745).

Na verdade, para que isto se desse seria mister, antes de mais nada, que se perdesse por completo a noção exata da verdadeira natureza do bem em causa, como bem público, objeto de direito real administrativo de uso (Código Civil, art. 66 e Agostinho Alvim — *Comentários ao Código Civil*, 1963, vol. 1.º, página 285), o que desde logo, coloca em evidência os atributos de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade desse bem (Código Civil, art. 67; Constituição do Estado, art. 68, § 4.º; Código de Processo Civil art. 918, § 1.º; Themistocles B. Cavalcanti — *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, 1960, vol. 3.º, págs 337-348) ainda que se trate de bem de autarquia, que é bem do Estado e goza de isenção fiscal (Francisco Campos — *Pareceres*, 2.ª série, pág. 208; Sá Filho — Parecer, *in Rev. de Serviço Público*, 1943, janeiro, pág. 99; Oscar Saraiva — Artigo *in Revista Forense* vol. 86, pág. 772), ainda que restrita aos impostos, como pensam alguns (Osvaldo Bandeira de Mello (*Tributação dos Pens, Rendas e Serviços das Unidades da Federação*, S. P., 1942, página 32; Themistocles B. Cavalcanti — *Obra cit.*, vol. 2.º, pág. 194).

E tanto não se trata no caso destes autos, de uma simples relação jurídica privada, regulada pelos arts. 742 a 745 do Código Civil, mas de uma relação jurídica complexa, que estaríamos tentados a definir como atípica, que o acórdão, a revelar o raciocínio dialético do seu ilustre relator, procura livrar das algemas dos arts. 733, I e 745 do Código citado, sob a alegação, *data venia*, irrelevante de que o bem não está sob a guarda dos usuários, e que conseqüentemente, não lhes cabe a obrigação de conservá-lo.

Sustenta-se, realmente, que "só o usuário que recebe sob a sua guarda

o bem a usar está sujeito às despesas ordinárias de conservação inerentes à guarda, previstas segundo os artigos 745 e 733, n.º I, do Código Civil, não aquele que contrata o uso puro, restritíssimo, sem a posse direta da coisa e sem a possibilidade de danificá-la" (fls. 109).

Trata-se, porém, e ainda *data venia*, de puro sofisma, isto é, de afirmação falsa, porque falsas são as premissas em que se baseia.

Inegavelmente, o argumento prova de mais e volta-se inteiramente contra os impetrantes, pelas seguintes razões: 1.ª) porque a lei impõe ao usuário a obrigação de conservar a coisa com a diligência de um bom pai de família; 2.ª) porque essa obrigação resulta da própria natureza do instituto e não da guarda da coisa; 3.ª) porque essa obrigação compreende apenas as *despesas ordinárias* de conservação, ficando a cargo do proprietário as *despesas de vulto* ou *extraordinárias*; 4.ª) porque essa obrigação legal imposta ao usuário não é exigível apenas nos casos de danificação do bem por culpa do usuário.

Com efeito, já vinha do direito romano, a partir do edito do pretor, e passou para o direito moderno, a lição de que o usuário, como se dá com o usufrutuário, deve conservar a coisa como bom pai de família — "*boni viri arbitratu*" (Fr. 15, *in fine* D. *de usu et habit*, 7, 8; Fritz Schulz — *Classical Roman Law*, Oxford, 1954, pág. 389, n.º 678 e págs. 390-4, n.º 385; R. Hohm — *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de W. Roces, 17.ª ed., Madrid, 1928, págs. 298-299; R. Iglesias — *Derecho Romano*. — *Instituciones de derecho privado*, 3.ª ed., Barcelona, 1958, págs. 287 e 290; S. F. Girard — *Manuel elementaire de D. Romain*, 2.ª ed., Paris, 1898, páginas 360-1; Lafayete Rodrigues Pereira — *Direito das Coisas*, Rio, 1922, pág. 338; Martinho Garcez — *Do Direito das Coisas*, Rio 1915, pág. 401; Lacerda

de Almeida — *Direito das Coisas* Rio, 1908, vol. I, págs. 388 e 412; Silvio Rodrigues — *Direito Civil. Direito das Coisas*, Rio, 1964, pág. 318, n.º 171; Arnold Wald — *Curso Direito das Coisas*, Rio, 1970, pág. 224; W. de Barros Monteiro — *Curso, Direito das Coisas*, S. P., 1955, págs. 275 a 286).

Mas essa obrigação de conservar a coisa é — como logo assinala Orlando Gomes (Direitos Reais, Rio, 1958, pág. 394) — "*consequência da própria natureza do direito de uso*", ou como diz Venezian, no mais completo tratado da matéria, "*obligaciones para con el dueno e inherentes al derecho limitativo de la propiedad*" (*Usufructo uso y habitacion*, trad. cast., Madrid, 1928, vol. I, pág. 849); dada a característica particular do direito de uso que é a sua *temporariedade*.

Precisamente, a obrigação de conservar não decorre da guarda da coisa pelo usuário, mas, como é evidente, intuitivo, lógico, da obrigação de restituí-la, uma vez *extinto o direito de uso*.

É porque deve restituí-la como a recebeu que se impõe ao usuário a obrigação de conservá-la com o zelo e a diligência de um bom pai de família, tal como ocorre, em sua análoga, com o usufrutuário. Nem é por outra razão que o usuário, como acontece com o usufrutuário, e conforme o caso, pode ser obrigado, por exigência do proprietário, a prestar caução *de bene utendo*, em garantia à restituição da coisa e às indenizações a que por ventura se veja obrigado (M. I. Carvalho de Mendonça — *Do usufruto, do uso e da habitação*, Rio, 1922, págs. 253, n.º 155 e 265, n.º 82).

A detenção da coisa pelo usuário, sem solução de continuidade, não é nem nunca foi condição *sine qua non* do uso, porque, conforme já esclarecia Genty, em obra clássica sobre o assunto, "*le titre constitutif peut attribuer à l'usager au-delà du nécessaire, ou à l'inverse, ne pas lui accorder*

tout le nécessaire, ou enfin limiter son droit à certains usages de la chose par exemple, à là faculté de prendre de l'eau, de traversé la propriété de s'y promener" (*Traité de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, Paris, 1859, pág. 182, n.º 346).

Sem dúvida existe para o usuário, como para o usufrutuário, ainda que não expressa na lei, a obrigação de custódia, mas essa obrigação, como a de conservar, da qual se distingue nitidamente, decorre da obrigação de restituir: a conservação é a atividade dirigida a manter a coisa para o seu destino específico, com as suas aptidões para produzir utilidades; a custódia dirigida a impedir todas as modificações da condição jurídica.

Venezian, partindo desta distinção, sem dúvida fundamental e incontestável, não vacila em afirmar, conclusivamente, que tanto a obrigação de custódia como a de conservação não estão subordinadas ao fato da aquisição da posse pelo usuário, o que equivale a reconhecer que essas obrigações tem vida autônoma e paralela não se podendo dizer que uma decorra da outra (*Obra cit.*, vol. I, pág. 520, n.º 324 e nota 4 e pág. 529, n.º 325).

A rigor constata-se que as obrigações do usuário "se ramènent toutes à une obligation unique dont elles ne sont que des modes particulier: celle de jouir en bon père de famille, c'est-à-dire en propriété ordonné, soigneux et diligent" (*Le Droit de Usufruit envisagé sous son aspect économique*, Paris, 1900, pág. 124).

Portanto, já tendo sido esclarecido que o uso não precisa ser contínuo, permanente, ininterrupto, sendo mesmo indubitável que "o usuário não é obrigado a exercer o uso" (PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado*, Rio, 1957, vol. 19, pág. 367). É claro que o cumprimento, tanto da obrigação de custódia como da obrigação de conservação pode ser entregue a uma terceira pessoa, naturalmente remune-

rada para isso pelo próprio usuário. Não se trata de nenhuma obrigação personalíssima, que deva ser cumprida diretamente por ele, que não possa ser delegada a um terceiro ou ao próprio proprietário. De resto, se o direito real de uso implicasse na obrigação do usuário exercer, sempre, direta e pessoalmente, as obrigações de guarda e de conservação, então tratar-se-iam de obrigações impossíveis, as assumidas pelos impetrantes, a não ser que, depois da competição esportiva, os usuários levassem consigo, para sua casa, as cadeiras de seu uso privativo e vitalício, a que têm direito no Estádio Mário Filho.

Dada a natureza dessas cadeiras, como pertences ou acessórios do referido Estádio, que os impetrantes não ignoravam, é claro que ao se tornarem titulares do direito ao uso dessas partes individuais e autônomas do todo, estavam eles absolutamente certos de que teriam de ser guardadas e conservadas pelos próprios funcionários encarregados da administração da referida praça de esportes. E não seria agora que esta circunstância serviria para livrar os impetrantes da obrigação legal que assumiram ao adquirirem os títulos questionados, e que, por isso mesmo, por se tratar de obrigação legal não precisava ser mencionada ao se fazer, deles, menção do direito de uso.

Insistindo neste ponto, não há dúvida que o direito à posse é elemento essencial do uso (Código Civil, art. 718, combinado com o art. 745), porque esse é o meio de se colocar o usuário, quanto aos bens usados, numa relação tal que se lhe assegure a possibilidade de atuar e de exercitar sobre e por meio deles sua atividade própria (VENEZIAN, *op. cit.*, I, pág. 85, n.º 221). É evidente que sem ter a posse da coisa o usuário não poderia exercer sobre ela o seu direito de uso (C. DE MENDONÇA, *op. cit.*, pág. 39, n.º 15).

Mas, conforme lição corrente entre

os mais modernos civilistas, não sendo portanto necessário no caso dos presentes autos invocar-se a natureza do bem público cujo uso foi concedido a particulares, "se o uso racional da coisa não é possível sem uma certa modificação do modo de sua utilização, essa modificação deve ser admitida, como têm decidido os tribunais franceses" (MARTY & RAYMAUD, *Droit Civil. Les biens*, Paris, 1965, pág. 120, § 93).

Casos haverá, mesmo, em que a constituição do uso se reduz, momentaneamente, numa *pretensão de entrega*, isto é, numa situação que ainda não há posse, mas apenas direito à posse, porque a coisa esteja alugada, depositada, ou penhorada, e não obstante o direito de uso não deixa de existir, embora a posse do usuário só se inicie com a cessação da locação, ou do depósito, ou da penhora (PONTES DE MIRANDA, *Tratado cit.*, vol. 19, pág. 345, parágrafo 2.370).

Em certas circunstâncias, o direito de administrar a coisa, que é um direito próprio do usuário, não poderá ser exercido pessoalmente, em razão da incapacidade do titular do direito, por ser ele menor, tutelado ou curatelado; mas também nesses casos o direito de uso não deixou de se constituir, porque a administração caberá ao titular do pátrio poder, ao tutor, ou ao curador (PONTES, *op. cit.*, vol. 19, pág. 77, § 2.272).

Vale dizer que não desnatura o direito de uso ficar a administração com um terceiro ou com o próprio constituinte do uso ou o seu sucessor, de vez que não é o direito de administrar, reconhecido ao usuário, da natureza daqueles que devam ser exercidos pessoalmente, mesmo porque só no direito romano é que o usuário estava sujeito a esse rigorismo (§ 1.º, *Inst. de usu et habit.*, L. 2, § 1.º; L. 3; L. 4; L. 8 pr. D. de usu et habit).

Outorgar a guarda da coisa, ainda que ao seu proprietário, não é desvirtuar o direito de uso, mormente quan-

do é impossível ao usuário cumprir a obrigação de custódia, e desde que em nada afete o gozo da coisa tal como foi concedido no título constitutivo do direito de uso.

Apenas o usuário não está obrigado a prestar caução, fideijussória ou real, se lhe exigir o dono, nem fazer inventário (art. 729, c/c o art. 745), se a coisa usável fica nas mãos do proprietário, e o direito daquele se limita a exigir a fruição dela, exigida pelas suas necessidades pessoais e de sua família (art. 742; Código Civil argentino, art. 2.967).

As conseqüências dessa diferença de num caso ficar o bem sob a guarda do usuário e no outro aos cuidados do dono, não vão além disto. E o professor HECTOR LAFAILLE, um dos mais notáveis civilistas do continente, vai mesmo ao ponto de afirmar, em comentário ao art. 2.967 do Código Civil argentino, que, ainda na segunda hipótese, não deixa de haver posse (*Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, 1944, volume II, página 473, n.º 1.435). E, como se viu, pela citação dos arts. 729 e 742 c/c o art. 745 do Código Civil brasileiro, essa lição é inteiramente aplicável ao nosso direito.

Se recordarmos o que se passa com os jazigos perpétuos, nos cemitérios, quando a noção de uso ainda mais se assimila à idéia de propriedade, ainda mais se fortalece a convicção da absoluta falta de razão dos impetrantes, que reclamam um tratamento privilegiado.

É que, na lição dos doutos, os cemitérios concedidos permanecem sujeitos à mais ampla polícia das autoridades administrativas municipais.

THEMISTOCLES CAVALCANTI, que nos adverte desta realidade irrefutável, é muito explícito, ao assinalar que —

— "a transferência pela Municipalidade, a terceiros, da exploração dos Cemitérios, não exclui o

exercício de um severo poder de polícia por parte da entidade policial que admite até o fechamento do cemitério por motivo de interesse público, a sua mudança de local, a desapropriação" (*Tratado cit.*, vol. III, pág. 386).

Isto quer dizer que o titular da concessão de uso, como expõe outro eminente administrativista (J. CRETELLA JR. — *Bens Públicos* cit., pág. 296), é titular de um direito real administrativo sobre a sepultura ou sepulcro, e que, por conseguinte, os direitos e obrigações decorrentes do referido "status" estão "ambos limitados pelo interesse público, norteados pela oportunidade e conveniência públicas".

Em poucas palavras: os direitos e deveres do titular de uma sepultura perpétua estão subordinados a disposições regulamentares e legais, como expressões do poder de polícia (J. CRETELLA JR. — *Bens Públicos*, página 80, n.º 53; *Direito Administrativo do Brasil. Poder de Polícia*, São Paulo, 1961, pág. 54, n.º 22; *Tratado de Direito Administrativo*, São Paulo, 1968, vol. 5.º, págs. 55-56), conceituado como "o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais" (CAIO TÁCITO — *O poder de polícia e os seus limites*, in *Revista de Direito Administrativo*, volume 28, página 8).

Não seria, portanto, os direitos e obrigações do titular de uma cadeira perpétua do Estádio Mário Filho, bem público, integrante do patrimônio de uma autarquia estadual, que poderia escapar a essas disposições regulamentares, como autênticas expressões do poder de polícia da administração.

É pelo fato de ser perpétua, isto é, de uso privativo, exclusivo, do titular do direito de uso enquanto vivo ele for, não quer dizer que exonere o usuário das obrigações ínsitas à própria noção

de uso, e que a lei estabelece ainda quando se trata de mera relação de direito privado. Nem no plano jurídico tem sentido um direito sem obrigação que lhe corresponda, desde que não vivemos isolados como Robinson Crusoe na sua ilha. Muito menos poderá isto acontecer em relação a um direito real administrativo, como o é o direito de uso de pertença ou acessório de bem público, resultante da concessão de uso privativo outorgado pela Administração.

O adjetivo "perpétua" apenas significa que a cadeira assim qualificada será usada pelo titular do direito e seus familiares, com exclusão de qualquer outra pessoa, enquanto o usuário viver, porque "o uso é direito real temporário, como o usufruto" (CLÓVIS — *Cód. Civ. Comentado*, Rio, 1958, vol. 3.º, pág. 246, n.º 2).

Não exclui, nem poderia excluir, obrigação que resulta da lei, e que é imposta ao usuário, em decorrência da obrigação de restituir o bem, extinto o uso (arts. 729 e 733, n.º I, combinado com o art. 745).

Aliás, os impetrantes confessam, na sua minuta de agravo, que estão obrigados a responder pelos gastos com a coisa, como usuários que são, e que devem ressarcir as despesas diretas com a conservação das referidas cadeiras (fls. 75).

Assim, só por manifesta contradição é que podem, algumas linhas antes da mesma minuta, sustentar, com base nas Leis n.º 57 e 335, que "no momento da aquisição dos títulos, foi garantido o uso das cadeiras perpétuas independentemente de qualquer pagamento" (fls. 74).

Não é verdade. Não há na Lei n.º 57 de 14-11-47, nem na Lei n.º 335, de 6-9-49, nenhuma palavra, absolutamente nenhuma, que autorize uma tal afirmação, isto é, que isente os impetrantes da obrigação de conservar as cadeiras de que são usuários. As referidas leis não se referem, de nenhum modo,

à conservação das mencionadas cadeiras.

Ora, o silêncio de tais leis em relação à obrigação em exame tem justamente significação absolutamente oposta à que os impetrantes propõem.

Realmente, tratando-se de *obrigação legal genérica*, imposta a qualquer titular do direito de uso, ela só deixaria de existir para os impetrantes se na Lei n.º 335, que criou as denominadas "cadeiras perpétuas", ou nos títulos constitutivos do direito de uso, houves-

se cláusula dispensando os usuários do seu cumprimento.

Só, mesmo, na hipótese de o Estado haver assumido, expressamente, de modo claro, inequívoco, a obrigação legal que incumbe aos usuários é que estes poderiam considerar-se livres dela. E isto não ocorreu.

Ciente. — Rio de Janeiro, 15 de setembro de 1970. — *Arnóbio Tenório Wanderley*, 9.º Procurador da Justiça.

Registrado em 22 de dezembro de 1970.

ABERTURA DE JANELA

Abertura de janela. Regime das Ordinações, da Consolidação das Leis Civis e do Código Civil, que não as alterou. Possibilidade de abertura de janela, a menos de metro e meio, desde que não deitada sobre o prédio alheio.

Vistos, etc.

Paulo Martins Filho e sua mulher, Mercedes Magdalena Serrador Martins, propuseram contra Construx Engenharia Ltda., Antonio Julio de Carvalho Telles e sua mulher, Edina de Faria Telles, Yolanda da Luz Muniz, Octávio Gabizo de Faria e sua mulher, Magali Franco de Sá de Faria, Fortunato Calandrini Alves de Souza, Jorge Gabizo de Faria, Antônio Frederico da Motta Brandão e sua mulher, Lilian Franco de Sá Motta Brandão, Adhemar Gabizo de Faria, Frederico Carlos Franco de Sá e sua mulher Benenice Costa Franco de Sá, a presente ação cominatória para que no prazo de quinze dias façam recuar aos limites legais as janelas e varandas do prédio que a primeira Ré constrói para os segundos Réus, à Rua Igarapava, junto e depois do n.º 71, ou dê no mesmo prazo início à construção de muros divisórios até o limite da extrema altura

do prédio de propriedade dos A., arguindo que os Réus fazem construir no terreno vizinho à propriedade dos Autores um edifício de quatro pavimentos sobre "pilotis", o que equivale a cinco andares, com cerca de 17 metros de altura, e nessa construção não se obedece ao preceito do art. 573 do Código Civil, pois, quer no ângulo fronteiro esquerdo, quer nos ângulos posteriores da construção foram abertas, sobre a propriedade dos AA. janelas e varandas que estão separadas do terreno dos AA. apenas por 0,20, ou seja, a espessura do tijolo; que antes de propor a presente ação, os AA. procuraram se entender com os RR. para uma solução amigável, comprometendo-se eles, AA., a custear a construção de um muro de material translúcido, que impedia o devassamento, sem escurecer os apartamentos, muro esse que deveria ser levantado no terreno de propriedade dos segundos RR., comprometendo-se estes por si, seus herdeiros e sucessores a respeitar essa divisória; que apesar desse tratamento cavalheiresco e fidalgo, não foi aceita a proposta; que, então, foram os AA. obrigados a ingressar em juízo para defender o seu direito, que está azarado por texto expresso do Código Civil, consubstanciado no artigo 573;

que embora pudessem os AA. usar do recurso extremo da *nunciação de obra nova*, preferiram, no caso, o processo cominatório, por ser alternativa a solução do litígio, eis que aos AA. é indiferente que os RR. recuem suas janelas ou as isolem de sua casa, por um muro divisório opaco, acrescentando, ainda, a circunstância de que, no anormal período em que vivemos, onde a desvalorização da moeda é vertical e o aumento do custo das utilidades e mão-de-obra vertiginoso, a paralisação total da obra acarretaria aos co-réus o encarecimento excessivo da construção, sem que esse prejuízo em nada solucionasse a situação dos AA., que escolhem a via cominatória, mais branda nos seus meios, porém, igualmente eficaz para o fim a que destina e a única permitente do pedido alternativo; que a ação está sendo proposta tempestivamente, por isso que não decorreu o prazo de ano e dia a que se refere o art. 576 do Código Civil, estando, ainda, a obra em andamento; que a doutrina unanimemente reconhece ao proprietário o direito de impedir que os vizinhos lhe perlustrem a propriedade, imiscuindo-se e turbando a intimidade do lar; que de há muito está ultrapassada a divergência jurisprudencial que, por algum tempo, tumultuou e fez divergir entre si tribunais e julgados, decorrente de pretensa distinção entre janelas paralelas e oblíquas; que essa pretendida interpretação legal não passa, na verdade, de construção cerebrina e irrelevante, decorrente de errônea observação do direito francês. BAUDRY LACANTINERIE não sufraga esse entendimento que se vê em alguns julgados, já ultrapassados; que hoje está estabelecida pelos nossos tribunais a jurisprudência que veda as janelas, *em qualquer posição que possam estar*, desde que distem menos de metro e meio da divisão (Trib. do Distrito Federal: Embs. n.º 5.872, relator Des. Duque Estrada, *in* "Revista Forense", vol. 80, página 115;

ap. civ. n.º 5.746, rel. Des. Sabóia Lima, *in* "Rev. Forense", vol. 104, pág. 70; Supremo Tribunal Federal: Rec. extraordinário n.º 10.257, relator Min. Orozimbo Nonato, "Ementário Forense", fev. de 1948, n.º 2 — Vizinhança; rec. extr. n.º 21.666, relator Min. Afrânio Costa, *in* "Diário da Justiça" de 14-12-1953); que recentemente, *por unanimidade*, o 3.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal do Distrito Federal, sendo relator o Desembargador Oscar Tenório, decidiu de forma coincidente; que, dessa forma, deve a ação ser julgada procedente, para que os RR., dentro do prazo de 15 dias, façam recuar as janelas abertas em desrespeito à lei ou dêem início à construção de muro divisório, sob cominação de Cr\$ 100,00 diários por janela, varanda ou terraço abusivamente construídos, bem como, se na cobertura do prédio vier a se construir terraço, na confluência do imóvel dos AA., seja levantado muro divisório de 2,00 m de altura acima do piso daquele terraço, condenando-se ainda os RR. nas custas e honorários de advogado. A inicial veio instruída com os documentos de fls. 8/23.

Citados (fls. 25/35v.), os RR. contestaram (fls. 37/42), arguindo, preliminarmente, que os AA. não fizeram prova de sua alegada qualidade de proprietários e ainda, preliminarmente, que a construção das janelas impugnadas já está concluída e, portanto, ainda que estivessem em desacordo com os preceitos legais, perderam os AA. a oportunidade de embargar a obra, que é o único direito que lhes assistiria na forma do art. 573 do Código Civil; que *de meritis*, desde o voto do grande Philadelpho de Azevedo, em magistral decisão do Supremo Tribunal Federal, em junho de 1945, a questão da abertura de janelas a menos de metro e meio, quando se trata de visão perpendicular, ficou definitivamente esclarecida, e resolvida, como se vê *in* "Arq. Jud.", vol. 75,

405, que transcreve; que deve, ainda, ser esclarecido, nos entendimentos havidos entre o A. e a primeira R., nunca queixou-se o A. do devassamento lateral, mas, somente, do devassamento frontal para os jardins de sua casa, das janelas que distam mais de metro e meio; que foi para evitar esse devassamento frontal das janelas com interstício legal que o A. se propôs a arcar com todas as despesas decorrentes da construção de um muro, como tal muro, por motivo de ordem técnica, deveria ser levantado no terreno dos RR., quis ter o A. uma garantia de que o por ele pago não seria depois demolido, pelos condôminos do novo edifício; que a R. construtora entendeu não poder firmar esse compromisso, nascendo daí um impasse nos entendimentos, até que o A. rompeu longo silêncio com a propositura da presente ação; que a verdade é que o A. nunca se queixou do devassamento decorrente da visão perpendicular, mesmo porque as janelas que proporcionam visão perpendicular ficam situadas junto do telhado de sua casa e, portanto, nenhum incômodo pode lhe causar, sequer barulho das mesmas proveniente; que, aliás, o barulho não justificaria esta ação, uma vez que barulho também pode provir de "vãos", "frestas", "seteiras" e "óculos", todos expressamente permitidos pelo Código Civil, sem que entre eles e o prédio vizinho haja qualquer intervalo; que em face do exposto, a ação deve ser julgada improcedente, se, antes, não forem os RR. absolvidos de instância, pela caducidade do direito dos AA. A contestação veio instruída com os docs. de fls. 43/47. Pela petição de fls. 49 foi junta a procuração de fls. 50.

Os AA. falaram sobre a contestação (fls. 52/54), juntando a fotostática de fls. 55, sobre a qual falaram os RR. às fls. 59/60.

Foi proferido despacho saneador, dando as partes como legítimas *ad processum* e devidamente representa-

das, sendo repelidas as preliminares quanto à representação de co-réus e de falta de prova definitiva da propriedade dos AA. e deferida vistoria (fls. 63/63v.). Do saneador, agravaram os AA. no auto do processo (fls. 67/67v. e termo de fls. 68).

Realizou-se a vistoria e às fls. 83/88, fls. 90/100, se encontram respectivamente os laudos dos peritos dos RR. e AA. Resolvido o incidente com referência aos honorários do perito desempateador e aos limites do desempate (fls. 111/111v. e fls. 116/117), foi apresentado pela perita desempateadora o laudo de fls. 133/148.

Na audiência de instrução e julgamento, prestou esclarecimentos a perita desempateadora (fls. 154/154v.), ocorrendo os debates na forma que se vê da cópia do termo de audiência de fls. 155/156. Na mesma audiência, face ao que se alegou nos debates com referência à situação criada com a habitação do prédio dos RR., foi o julgamento convertido em diligência para inspeção pessoal, o que foi cumprido (termo de inspeção pessoal de fls. 158).

Foi, ainda, determinado o cumprimento do mandamento do saneador, quanto à conferência da fotostática de fls. 55, junta pelos AA., o que foi observado como se vê do termo de conferência de fls. 161.

Isto posto, tudo visto e bem examinado:

O nosso direito civil pré-codificado, tal como o Código Civil (arts. 573 e 576), não fazia referência a janelas oblíquas ou diretas, aludindo a janelas sem qualquer qualificativo de posição ou orientação. Vigoravam as disposições das Ordenações:

"Qualquer pessoa, que tiver casas, pode nelas fazer eirado com peitoril, janelas, frestas e portais, quanto lhe aprouver, e alçar-se quanto quiser, e tolher o lume a qualquer outro vizinho diante de

si. Porém, não poderá fazer frestas, nem janelas, nem eirado com peitoril, sobre casa, ou quintal alheio, per que o descubra, que até junto à parede, onde quer fazer a janela, fresta ou eirado, sem cousa alguma se meter em meio. Mas poderá fazer eirado com parede tão alta que se não possa encostar sobre ela, para ver a casa ou quintal de outrem, seteira pela qual somente possa ter claridade. E quando o outro, sobre cujo quintal, ou telhado se faz, se quiser levantar, poder-lha-ha tapar, posto que seja passado ano e dia, ou outro qualquer mais tempo que estiver feito" (Ord., Liv. 1.º, título LXVII, § 24).

"E se alguém tiver janela sobre quintal, ou campo de outrem, e o senhorio do quintal, ou campo quiser aí fazer casa, não poderá fazer parede tão alta, que tape a janela, que antes aí era feita, se passar de ano e dia, que era feita; porém, se o quiser fazer dita casa, quiser deixar azinhaga de largura de uma vara e quarto de medir, bem poderá fazer a casa, e alçar-se quanto quiser" (Ord., Livro 1.º, tit. LXVIII, § 33).

Tais disposições passaram para a Consolidação das Leis Cíveis, de TEIXEIRA DE FREITAS, também sem qualquer qualificação de janelas oblíquas ou diretas:

"É proibido abrir janela, ou frestas, ou fazer eirado, sobre o quintal, ou a casa do vizinho, sem que haja algum espaço de permoio" (art. 941).

"Deva, porém, mediar entre o prédio dominante e a nova edificação, o intervalo de vara e quarta de largura" (art. 939).

É por isso que CLÓVIS BEVILAQUA diz que o direito codificado é aqui seme-

lhante ao direito anterior ("Cód. Civ. Com.", vol. III, com. aos arts. 572, 573 e 576, págs. 104, 105 e 107, segunda edição).

Realmente, as disposições dos artigos mencionados do Cód. Civil repetem essencialmente as Ordenações transcritas, sem fazer, também, referência a janelas oblíquas ou diretas, mas aludindo, como o direito anterior e como ficou expresso no art. 576 (Código Civil) à "janela, sacada... sobre o seu prédio".

Ora, trabalhando sobre esses textos das Ordenações, semelhantes ao direito vigente, numa época em que a concentração urbana era muito e muito menor, sem a angustiante crise de espaço de nossos dias, e quando a segregação das famílias e a intimidade das casas eram mouriscamente resguardadas, de tal modo que a lei determinava que as janelas situadas no prédio do outro lado da rua diretamente oposto deveriam ser desencontradas (Ord., Livro 1.º, tit. LXVIII, § 29; CORRÊA TELLES, "Digesto Português", Liv. 1.º, artigo 788), a doutrina e os tribunais do passado, pressionados pelas contingências do desenvolvimento da civilização urbana, com as suas necessidades de comunicação, de arejamento, luz e higiene, isto que MANUEL DE ALMEIDA e SOUZA LOBÃO se referia como razões fundadas: "1.ª — na liberdade natural do edificante no seu solo; 2.ª — no favor dos edifícios em benefício da povoação; 3.ª — na necessidade do ar, e luz para habitação das casas, e para que os habitantes não vivam em trevas como sepultados; ou sem ar ambiente, expostos à corrupção dele, e conseqüentes enfermidades" ("Casas", § 158), a doutrina e os tribunais do passado, firmando-se nas referências acidentais dos textos a "janelas sobre casa ou quintal alheio" (Ord., Liv. 1.º, título LXVIII, §§ 24 e 33), conservadas no direito codificado, como vimos, construíram a distinção, de tão imensas conseqüências, entre janelas diretas e

oblíquas, para considerar, apenas, como proibidas, abaixo do intervalo legal de vara e quarta, as primeiras e permitidas as segundas.

Refere-se LOBÃO, fundado em PEGAS (*Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, t. 6.º), que “só procede e só proíbe edificar janelas e portas frente à frente das do vizinho, e não quando *desviadas e através*”. E comenta: “Porém, ainda assim, não se evita totalmente a devassidão do interior da casa do vizinho; porque olhando-se da nova janela virado de ilharga e através sempre algum tanto se há de descobrir do interior da casa do vizinho, e parece se não cumpre inteiramente o fim da lei. Quanto a mim, diz LOBÃO, a razão é outra: Uma janela de novo edificada frente a frente com outra, é por si mesma a causa do prejuízo do vizinho; porque estando nela qualquer pessoa naturalmente, e olhando retamente, as suas vistas, ainda sem dolo, nem premeditada intenção se estendem ao interior da casa fronteira do vizinho. E assim a causa primeira da devassidão é o vício da obra em si mesma: Porém através, e de ilharga, se o vizinho que está na nova janela se vira, e olha para o interior da casa do outro por curiosidade, já não é por vício da janela; mas por vício da pessoa; por uma curiosidade pecaminosa, e injuriosa ao vizinho” (*Casas*, § 163).

À mesma conclusão chegou CORRÊA TELLES:

“Se a casa ou quintal fica oblíqua à parede onde se quer abrir a nova janela, esta não pode ser impedida” (*Digesto Português*, Liv. 1.º, art. 786).

Igualmente ensina COELHO DA ROCHA (*Instituições*, § 594) e o nosso LAFAYETTE (*Direito das Cousas*, § 126).

Não se trata, pois, de influência de doutrina e legislação alienígenas, notadamente do Código Civil português

e do italiano, como pareceu ao mestre PONTES DE MIRANDA, que chegou, um tanto demagogicamente, a enxergar: “Sempre o mau vezo de não se atender à originalidade das soluções conscientemente adotadas pela lei brasileira — colonialismo mental intempestivo que não se enquadra na história de um país que nunca foi colônia” (*Tratado de Direito Privado*, tomo XIII, página 391, Rio, 1955). Mas, pelo contrário, de solução firmada na continuidade da tradição brasileira que vem desde as nossas mais antigas cidades até às construções mais recentes desses imensos edifícios de concreto armado, da técnica arquitetônica de nossos dias. Vejam-se como se acomodam as janelas de fachadas e fundos das casas seculares de Ouro Preto; como se encostam as janelas e varandas dos antigos sobrados da rua da Glória; como se apertam, sem guardar separações, as janelas e sacadas dos sobradinhos do Largo do Rosário (consulte-se o *Guia de Ouro Preto*, de Manoel Bandeira, com ilustrações de Luiz Jardim, ed. do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). O mesmo se repete em Diamantina; reparem-se os sobrados seculares do Beco da Tecla, da rua do Bonfim (vide *Arraial do Tijuco, Cidade de Diamantina*, de Aires da Mata Machado Filho, publicação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Observem-se a rua do Amparo, em Olinda, Pernambuco, e o aspecto da velha cidade pernambucana de Igarapé (*in* *Livro do Nordeste*, comemorativo do 1.º Centenário do *Diário de Pernambuco*, 1925) e pranchetas de José Wasth Rodrigues, em *Documentário Arquitetônico*, relativo à antiga construção civil do Brasil, Livraria Martins, S. Paulo, Minas e Rio.

Os desenhos de Rugendas, as estampas de Debret reproduzindo aspectos urbanísticos do passado, como as coleções de antigas fotografias, onde se vêem conjuntos como da rua da Cruz,

em Recife, foto Stahl & Cia., *circa* 1858 (Coleção do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro), rua do Crepo, Recife, *circa* 1860 (Coleção do Ministério das Relações Exteriores), rua do Mosteiro de São Bento, Bahia, foto de Marc Ferrez, 1874 (Coleção Gilberto Ferrez), rua Direita, atual rua 1.º de Março, Rio, foto George Leuzinger, *circa* 1870 (Coleção do Ministério das Relações Exteriores) documentam exaustivamente que as construções do passado não diferiam, na proximidade das janelas e varandas das fachadas, voltadas para a rua e sem visão direta sobre o prédio vizinho, dos edifícios e arranha-céus dos dias de hoje. As fotografias aqui mencionadas estão reproduzidas no ensaio de Gilberto Ferrez sobre "A Fotografia no Brasil", in "Rev. do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional", n.º 10, 1946, páginas 169/304).

Ainda hoje, sem sair desta cidade, os sobrados que continuam de pé na avenida Presidente Vargas, com as suas janelas, varandas e sacadas de fachadas a se encostar, de modo que sem se afastar da casa se pode apertar a mão do vizinho, guardam a esse respeito harmonia com as construções novas, dos arranha-céus que se erguem na mesma avenida, como essas dos modernos edifícios de apartamentos da cidade inteira, notadamente Flamengo, Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon. Há, pois, uma continuidade de tradição que não foi quebrada pelo Código Civil.

A concordância ou semelhança com a solução e sentir de outros povos vem a demonstrar, apenas, desde que não se mudou a orientação da tradição brasileira, que se trata de uma constante da civilização urbana e o sentido universal das soluções humanas frente a iguais problemas.

Porque com a permanência das mesmas disposições legais (já vimos que não há diferença essencial entre os textos das Ordenações e os do Código

Civil, que até aludem, como a velha ordenação filipina, a "janela, sacada, terraço ou goteira *sobre* o seu prédio" — art. 576) e da persistência, até com mais ênfase das mesmas causas que levaram à interpretação tradicional, haveremos de alterar o entendimento que era, então, pacífico, para perturbar, inutilmente, a segurança das relações jurídicas? Digo inutilmente, porque, apesar da discussão dos juristas e da jurisprudência que recentemente está prevalecendo, a vida continua a não tomar conhecimento delas, como se pode verificar diariamente, bastando levantar os olhos para essas fachadas dos edifícios da cidade, construídos e em construção, onde, na sua imensa maioria, as janelas e varandas da frente se encostam separadas, apenas, pela parede divisória dos prédios, e essas outras situadas nos poços de arejamento e áreas internas se abrem em perpendicular, à cavaleiro, das divisas, sem guardar a distância de metro e meio que só se observa com referência às janelas e varandas que deitam diretamente sobre o prédio alheio. Ou estamos diante de uma campanha de desobediência civil, ou essa doutrina e jurisprudência, *data venia* de eminentes mestres e cultos defensores, estão distanciadas da vida diária de nosso povo, como estão divorciadas da tradição de nosso direito. "Assim o jurista, — como diz CARLOS MAXIMILIANO, inspirando-se em COGLIOLO — como todo cultor de ciência relacionada com a vida do homem em comunidade, não poderá fechar os olhos à realidade; acima das frases, dos conceitos, impõem-se, incoercíveis, as necessidades dia a dia renovadas pela coexistência humana, proteiforme, complexa" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", n.º 128, pág. 140, 2.ª ed.).

É certo que no nosso sistema de direito, tradição, usos e costumes não têm força de lei e o Código Civil revogou todos "usos e costumes concorrentes às matérias de direito civil"

por ele reguladas (art. 1.807), como já se chegou a lembrar a respeito mesmo deste problema das janelas (Acórdão das 3.^a e 4.^a Câmaras do antigo Tribunal de Apelação do Distrito Federal, por maioria de votos, nos embargos à ap. civ. n.º 5.872, em 25 de maio de 1938, in "Rev. Forense", volume LXXX, págs. 112/113), mas não é menos certo que o Cód. Civil não desdenha dos *usos e costumes* de caráter supletivo e complementar das disposições escritas, cuja observância prescreve (arts. 588, § 2.º, 1.192, II, 1.210, 1.215, 1.218, 1.219, 1.221 e 1.242), como já notou CARLOS MAXIMILIANO (op. cit., n.º 207, pág. 206, 2.^a ed.). De qualquer modo e sem divergência, usos e costumes constituem elementos de grande valia da interpretação das leis, havendo, entre nós, regra legal expressa de que na omissão da lei o juiz decidirá consultando analogia e *costumes* ao par dos princípios gerais de direito (art. 4.º da lei de Introdução do Cód. Civil, Decreto-lei n.º 4.657, de 1942). "O costume, ensina CARLOS MAXIMILIANO, foi, no passado, e é ainda no presente, considerado ótimo intérprete das leis: *optima est legum interpres consuetudo* (GALLISTRATO, no "Digesto", livro I, título 3, frag. 37). "Com efeito, quando uma lei tem sido entendida e executada por uma só e mesma forma, ou modo, por tanto tempo quanto é necessário para constituir uso, ou costume geral, há toda a razão para se crer que a inteligência, que se lhe tem dado, é a verdadeira (TRIGO DE LOUREIRO, "Instituições de Direito Civil Brasileiro", vol. I, introd., § XLVIII); *minime sunt mutanda quæ interpretationem certam semper habuerunt* (PAULO, no "Dig.", liv. I, tit. 3, frag. 23). "Se houver estilo ou costume que determine o sentido de uma lei, devemos-nos cingir a esse estilo ou costume, por ser o uso o melhor intérprete das leis" (BERNARDINO CARNEIRO, "Primeiras Linhas de Hermenêutica Jurídica e Diplomática",

2.^a ed., § 59) — CARLOS MAXIMILIANO, op. cit., n.º 209, págs. 207/208.

No caso, como ficou claro com a citação dos tratadistas quando a interpretação era pacífica e diante da inexistência de modificação legislativa, de fundo, trata-se de costume que se formou e permanece não contrariando a lei, *contra legem*, o que seria intolerável e inadmissível, mas complementando-a e interpretando-a naquela sua referência a "janelas, varandas, etc. sobre o seu prédio" (art. 576 do Código Civil), configurando o que se chama de costume *præter legem*, que vive ao lado da lei, dando a medida de sua extensão e o sentido de seu entendimento (vide GÉNY, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", 2.^a ed., vol. 1.º, n.º 129).

Pelos motivos expostos e apoiando-me no ensino e autoridade dos mestres EDUARDO ESPÍNOLA, HAHNEMANN GUIMARÃES, LAUDO CAMARGO, PHILADELPHO DE AZEVEDO, ANÍBAL FREIRE, CASTRO NUNES, EMANUEL SODRÉ, FREDERICO SUSSEKIND, MAGARINOS TORRES, AFONSO DE CARVALHO, JOSUÉ ANTÔNIO NOGUEIRA, REYNALDO FORCHAT entre muitos outros, ouso, *data venia*, divergindo de outros grandes mestres sustentar que o Cód. Civ. não alterou o entendimento que era pacífico no direito anterior quanto à permissão de janelas, varandas, terraços laterais ou oblíquos, sem visão direta sobre o prédio vizinho, mesmo a menos de 1,50 metros. O devassamento que se possa verificar é, na hipótese, bastante inferior ao da visão direta da janela ou varanda que ostensivamente, frente a frente, se abre a 1,51 metros, que é, sem controvérsia, perfeitamente legal, pois que aberta a mais de 1,50 metros. Nem se alegue a possibilidade de devassamento auditivo, que a distância de 1,50m também não afasta e especialmente quando a lei não obsta, e até em melhores condições auditivas, a abertura de óculos e seteiras diretamente na própria parede divisória. Desde que, por

lei física, os corpos caem na vertical, — princípio que é aplicado no fio aprumado — a proximidades a não ser que haja um impulso ou golpe de vento, o que também não é afastado pela curta distância de 1,50m, não oferece substancialmente maior incômodo ao prédio vizinho. Daí concluirmos, repetindo com o Supremo Tribunal Federal, no Rec. Extraordinário n.º 10.213, em 16 de julho de 1943, de que foi relator o Min. HAHNEMANN GUIMARÃES: "O proprietário pode abrir, a menos de metro e meio, janelas oblíquas ou perpendiculares, desde que não sejam mero artifício para iludir o propósito do artigo 573 do Cód. Civ., que é impedir a abertura de janela que *deite sobre* o prédio alheio, sem mediar o necessário interstício" ("Rev. de Direito Imobiliário", vol. V, n.º 9, pgs. 33/38).

No caso, está verificado pela perícia e se observa na fotografia de fls. 19 que a varanda da fachada deita diretamente sobre a rua. Para se olhar o terreno ajardinado da casa do vizinho, o A., teria o observador que estivesse na varanda, de se virar, vendo de esguelha. Nesse caso, como diria LOBÃO, no passo já citado, o vício não está na varanda, mas nessa pessoa curiosa.

Na divisão lateral, no ângulo B constante do croquis de fls. 18, em perpendicular à divisa e separada dela

0,28m, se encontram 4 janelas dos apartamentos de fundos (fotografias de fls. 20, 21 e 22), na área de ventilação do edifício dos RR., sem visão direta sobre a divisa lateral a que é perpendicular. Atualmente não têm qualquer visão, mesmo oblíqua sobre a divisa lateral, por isso que os AA. levantaram aí um muro de tijolo que fecha a divisa lateral até o beiral da cobertura do edifício dos RR. (vide "observação" no laudo da perita desempastadora, 5.º q. fls. 140).

Na divisa de fundos, as janelas que lhe são perpendiculares (vide letras C e D do croquis de fls. 18) e vistas nas fotografias de fls. 11 e 17, distam 0,60m da divisa sobre a qual não têm visão direta. Praticamente, não devassam, nem mesmo obliquamente, o prédio dos AA., eis que se trata de janelas dos banheiros dos empregados, que por essa mesma circunstância permanentemente estão fechados, tendo por função, apenas, arejamento através de venezianas e iluminação pelo vidro despolido da parte superior, sem permitir visão exterior.

Em face do exposto e mais que consta dos autos.

Julgo improcedente a ação, condenando os AA. nas custas. P. R. I.

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 1956. — Mauro Gouvêa Coelho.

ABERTURA DE JANELA

O art. 576 do C. Civil, segundo a melhor doutrina, cria uma verdadeira servidão em favor do proprietário do prédio em que foi aberta a janela.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 72.375

1.º Grupo de Câmaras Cíveis

Relator: Des. Basileu Ribeiro Filho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Nulidade e In-

fringentes na Apelação Cível número 72.375, em que é embargante Serafim Fernandes e sua mulher e embargado, Manoel da Costa Faria e sua mulher:

ACORDAM os Juizes do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em receber os embargos tão somente para reconhecer que não houve invasão de terreno dos autores, mantido o V. Acórdão embargado quanto ao mais.