

ESTUDOS

SOBRE O

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

III

Das servidões

Das
SERVIDÕES

POR

A. J. TEIXEIRA D'ABREU

Lente Cathedratice da Faculdade de Direito,
e Advogado

TOMO II

DAS SERVIDÕES VOLUNTARIAS

COIMBRA
LIVRARIA PORTUGUEZA E EXTRANGEIRA
DO EDITOR
MANUEL D'ALMEIDA CABRAL

163 — RUA DA CALÇADA — 165

1902

A

SEBASTIÃO DE MORAES

Amigo dilecto, quasi irmão,
de rara e inexcedível dedicação
e lealdade

Off.

O Auctor.

Era proposito nosso não reimprimir este segundo tomo da presente obra sem concluir o estudo de toda a materia das Servidões voluntarias, que a devia completar; mas outros trabalhos inadiaveis impediram-nos de realizar um tal desejo, que só mais tarde lograremos ver satisfeito, se a vida e saúde não faltarem.

Amigos nossos e antigos discipulos vieram, porém, rogar-nos que auctorisassemos a reedição da parte já publicada; e só por tal motivo foi reimpresso este pequeno volume, onde as imperfeições abundam, pois nem sequer nos chegou o tempo para a sua cuidadosa revisão.

Temos agora entre mãos o estudo dos preceitos legais relativos á occupação das aguas, em parte já publicado nas Lições de Direito Civil, 1.º volume, que contâmos ultimar e publicar nas proximas férias de setembro; e logo que seja terminada a sua impressão voltaremos ás Servidões, para desobrigar a palavra desde ha muito empenhada.

Coimbra, junho de 1902.

Dr. Teixeira d'Abreu.

PARTE II

DAS SERVIDÕES CONSTITUÏDAS POR FACTO DO HOMEM

Analyse dos artigos 2272.º,
2273.º e 2274.º do Código
Civil.

CAPITULO I

DA CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES

1.—O legislador português dividiu as servidões voluntarias em dois grupos, para o effeito da sua aquisição. 2.—A *occupação*, a *gestão de negocios*, e a *successão legitima* não pódem fundamentar a aquisição das servidões. 3-4.—As servidões constituídas judicialmente são antes *legaes* do que *voluntarias*; opiniões em sentido contrário; sua refutação. 5.—Ordem das materias.

1.—Preferindo aos preceitos do nosso velho Direito os principios geralmente admittidos nos Codigos estrangeiros, dividiu o legislador português as servidões voluntarias, para o effeito da sua aquisição, em dois grandes grupos, formado o primeiro pelas *contínuas-apparentes*, e por todas as outras o segundo.

Pódem aquellas ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir declarados no Codigo Civil¹, ao passo que as servidões *contínuas-não-appa-*

¹ Cod. Civ., art. 2272.º: «As servidões contínuas, apparentes,

rentes, e as *descontínuas*, jámais o podem ser por prescrição ².

Tal o preceito expresso da lei.

2. — Mas devemos desde já observar, que uma tal proposição, nos termos geraes em que se acha formulada, não é inteiramente exacta, porque modos de adquirir direitos ha, declarados na lei civil, e que não se applicam á constituição das servidões, por incompatíveis com a índole particular desta instituição. A *occupação*, a *gestão de negocios*, e a *successão legítima*, justamente mencionadas na Parte II do Codigo Civil, que se inscreve *Da aquisição de direitos*, estão manifestamente neste caso: a primeira só legítima a aquisição de cousas moveis ³,

podem ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir, declarados no presente Codigo».

² Cod. cit., art. 2273.º: «As servidões continuas, não apparentes, e as descontínuas, apparentes ou não apparentes, tambem podem ser adquiridas por qualquer modo, excepto por prescrição.»

³ Cod. cit. art. 383.º e seg.º A este respeito escreve o sr. Conselheiro DIAS FERREIRA: «Não reconhece o Codigo direito de occupação senão sobre os *moveis*, porque os *immoveis* não occupados, que não são baldios municipaes ou parochiaes, reputam-se do Estado; e assim define os direitos sobre a caça, art. 384.º e seg.º, sobre a pesca, art. 395.º e seg.º, e sobre a apropriação de animaes bravios que,

e a servidão é um direito immobiliario; da gestão de negocios e da successão legítima não pôde, em caso algum, resultar desmembramento da propriedade, e sem esse desmembramento não ha servidão possivel ⁴.

Os unicos modos, portanto, de adquirir as servidões de que nos estamos occupando são, além da *destinação do pae de familias* especialmente regulada no art. 2274.º do Codigo Civil, a prescrição, as convenções e o testamento. O art. 2275.º corrobora esta doutrina.

3. — No entretanto a nossa opinião parece ser contrariada pela disposição clara do art. 2143.º do Codigo Civil, hoje interpretado authenticamente no § 5.º do art. 740.º do Codigo de Processo Civil,

tendo tido dono, voltáram á sua liberdade natural, tornando-se *nulius*, art. 400.º e seg.º, dos animaes ferozes e maleficos, art. 403.º, dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados art. 404.º e seg.º, das cousas inanimadas moveis, abandonadas art. 411.º e seg.º, ou perdidas art. 413.º e seg.º, de thesouro e cousas escondidas, art. 422.º e seg.º, de embarcações e outros objectos naufragados art. 428.º, e de quaesquer objectos e productos naturaes que não forem propriedade exclusiva de outrem, art. 429.º e 430.º» [Cod. Civ. Port. Annot., 1. 277. (2.ª edic.)]. Conf. TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de Direito Civil*, 1, 60, 201.

⁴ Conf., Cap. 1, § 2.º do Tom. I deste trabalho.

onde aparentemente se assigna origem diversa a algumas servidões.

Com effeito aquelle artigo diz que «*havendo divisão de predios, que torne indispensaveis novas servidões, far-se-ha dellas a devida declaração*»; e o Codigo de Processo accrescenta, que se por occasião da partilha, feita no inventário, fôr necessario dividir algum predio, se procederá á divisão e demarcação no mesmo processo, designando-se nesse acto as servidões que fôr indispensavel *crear* em consequencia da divisão, indicando-se ao mesmo tempo quaes as antigas, que devam cessar.

Alguns auctores, PARDESSUS ⁵ á frente, tẽem sustentado que éstas servidões são á constituidas pela *sentença* do juiz que determina a divisão, chamando-lhes, em attenção á sua origem, *servidões judiciaes*. Mas esta opinião, vivamente impugnada, não conseguiu prevalecer, ainda mesmo no campo doutrinal, onde ganhou fóros de verdade a explicação de DEMOLOMBE ⁶, reforçada por LAURENT ⁷, e desenvolvida recentemente por GERMANO ⁸. «*La verité est, escre-*

⁵ PARDESSUS, *Servit.* II, n.º 273; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, *Commentaire théorique et pratique du Cod. Civ.*, II, n.º 346.

⁶ DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon*, XII, n.º 732.

⁷ LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, VIII, n.º 144.

⁸ NICOLA GERMANO, *Tratatto delle Servitù*, II, n.º 110.

veu o sábio Decâno da Faculdade de Direito de Paris, que les jugements de l'espèce, dont il s'agit, ne sont autre chose que de véritables contrats, pour lesquels seulement la loi exige l'intervention judiciaire.»

Reconhecendo certo fundo de verdade nesta doutrina, parece-nos, todavia, que ella não resolve satisfactoriamente a difficuldade proposta.

4. — A sentença do juiz não *cria* servidões, não poderia mesmo criá-las sem desvirtuar a função social do órgão de que dimana. O poder judicial tem por unica missão declarar e applicar a lei aos casos occorrentes; não cabe nas suas attribuições dispôr da propriedade individual, sob qualquer pretexto ou razão. Esta verdade é hoje indiscutível no campo da sciencia.

Não pôde por isso a servidão, que importa sempre um desmembramento da propriedade, ser constituída pelo poder judicial.

Mas sendo assim, onde firmam então suas raízes essas *novas* servidões, a que se referem os citados artigos 2143.º do Codigo Civil, e 740.º § 5.º do respectivo Codigo de Processo?

No contracto judiciário, de que falla DEMOLOMBE?

Parece-nos que não. Nas servidões estabelecidas em partilha judicial o *mútuo consenso* por parte dos interessados nem sempre apparece; as partes são mesmo algumas vezes forçadas a aceitar as servidões contra sua expressa vontade⁹; e todavia ninguém desconhece, que o *mútuo consenso* é condição essencial para a validade dos contractos (Cod. Civ. art. 643.^o).

⁹ Nas divisões judiciaes, feitas em harmonia com o art. 740.^o do Cod. de Proc. Civ., uma vez designadas pelos peritos as *novas servidões* por elles julgadas *indispensaveis*, «serão intimados os interessados na divisão para deduzirem qualquer opposição, por embargos, na segunda audiencia seguinte», conforme é ordenado expressamente no § 6.^o do mesmo artigo. Se nenhuma opposição é deduzida, poderá talvez dizer-se, com os auctores citados, que a servidão foi *consentida* pelas partes.

Mas quando estas não tenham capacidade para consentir, como succede quando os interessados são menores, ou interditos?

E quando as partes se oppõem explicitamente á divisão, ou á constituição das servidões, e estas são declaradas subsistentes pelo juiz, depois de apreciadas as provas produzidas, em harmonia com o § 7.^o do citado art. 740.^o, e 537.^o do Cod. de Proc. Civ.? É claro que aqui não ha *consentimento*, nem expresso, nem tacito, e assim teriamos necessidade de recorrer a explicações differentes para servidões da mesma natureza, o que é realmente absurdo.

Entendemos por isso, que tanto num, como no outro caso, a servidão não dimana da vontade das partes; ainda mesmo quando estas se não oppõem á divisão, a servidão deriva immediatamente da lei, pois aquella falta de opposição significa apenas o reconhecimento de que, na hypothese, se verificam as condições necessarias para que a servidão deva existir: isto é, *serem indispensaveis* ao predio dominante. (Conf. Cod. Civ. art. 2143.^o).

Onde filiar pois a origem daquellas servidões?

Na lei e só na lei. É ella que declara as circunstâncias em que as servidões devem ser creadas, e o modo como devem sé-lo; ao juiz cumpre sòmente declarar se na hypóthese submettida á sua apreciação se verificam, ou não, essas condições. É precisamente isso o que succede nos casos regulados pelos artt. 456.^o, 2309.^o e outros do Código Civil: tambem aqui o juiz não cria a servidão, mas apenas verifica se existem realmente as condições em que a lei, por motivos de interesse público, obriga o proprietario a soffrê-la, ainda mesmo contra sua vontade.

E se as servidões de que se trata derivam immediatamente da lei, se ellas são, como dicto fica, *servidões legaes*, é desconhecer a sua propria natureza invocá-las a propósito das servidões constituídas por *facto do homem*.

5. — Resulta do que acima fica dicto, que os diversos modos por que as servidões pòdem ser constituídas se reduzem fundamentalmente a tres:

- a) *concessão expressa*, comprehendendo as *convenções* e o *testamento*;
- β) *prescripção*; e finalmente
- γ) *destinação do pae de familia*.

De razão é, pois, que este primeiro capítulo do nosso estudo seja dividido nos tres parágraphos correspondentes, que se inscreverão assim :

§ 1.º — *Das servidões constituídas por CONCESSÃO EXPRESSA;*

§ 2.º — *Das servidões constituídas por PRESCRIÇÃO;*

§ 3.º — *Das servidões constituídas por DESTINAÇÃO DO PAE DE FAMILIAS.*

§ 1.º — *Das servidões constituídas*
 por CONCESSÃO EXPRESSA

INTRODUCCÃO

6.—Todas as servidões pòdem ser constituídas por *testamento, compra e venda, doação e troca*; formalidades externas. 7.—Mas os respectivos titulos, para produzirem effeitos em relação a terceiros, precisam de ser registados, sendo prèviamente paga a respectiva contribuição de registo. 8.—E devem emanar de quem tenha capacidade para constituir a servidão. Declarações enunciativas; seu valor jurídico 9.—Transição.

6. — As servidões sòmente pòdem ser adquiridas por *testamento, doação, compra e venda, ou troca*: tal a conclusão a que necessariamente é levado quem, sem perder de vista a índole particular da servidão, lèr o *Liv. II* do nosso Codigo Civil.

Tem cada um destes actos nórmas especiaes, que o regulam e lhe são proprias, ás quaes a servidão fica, consequentemente, adstricta; mas ha entre todos de commum a circunstância de só por *escripto* podêrem ser provadas as servidões, por qualquer delles constituídas. As formalidades desse escripto é que variam com a natureza do contracto, e valor da servidão. Assim, a *escriptura pública* é essencial para a constituição das servidões por meio de contracto, sempre que o seu valor exceda 50\$000 réis; mas as de valor inferior pòdem ser

provasdas por *escripto particular*, com a assignatura do concedente, ou de outrem a seu rogo não sabendo elle escrever, e de mais duas testemunhas, que escrevam o seu nome por inteiro (Cod. Civ. artt. 1459.º, 1590.º §§ 1.º e 2.º e 1594.º).

Quanto ao testamento, como acto solemne que a lei cêrca das maiores garantias, tem formalidades especiaes, cuja falta impôrta a nullidade do acto, *qua tal*, e consequentemente, a das servidões por elle constituídas; a não ser que pôssa valer como escriptura pública, porque, neste caso, deverão taes servidões considerar-se subsistentes, se o testador fôsse capaz de por este meio as conceder, como analogicamente se infere do art. 1755.º, § un., do Codigo Civil.

7. — Mas se devem considerar-se constituídas as servidões desde que os respectivos titulos se acham legalmente feitos, podendo desde então ser invocadas em juizo entre as proprias partes ou seus legitimos representantes, todavia as subjeitas a registro só produzirão os seus effeitos em relação a terceiros desde que sejam devidamente registadas (Cod. Civ. artt. 951.º, 940.º n.º 2 e § 2.º n.º 1). E são obrigadas a registro desde o Decreto de 30 de junho de 1870, que nesta parte alterou o art. 949.º do Codigo Civil, ente s s r idões nã o a parentes sendo f c l-

tativo o das apparentes ¹, cuja existencia, como diz um escriptor, mais facilmente pôde ser conhecida

¹ *Conf.* o decr. de 20 de jan. de 1898, art. 89.º §§ 1.º e 2.º O Sup. Trib. de Just., em *Acc.* de 12-II-89. (*Gaz. da Rel. de Lisb.* III. 726-727, e *Bollet. dos Trib.*, IV. 404) decidiu, que a servidão apparente de aqueducto o não carece de registro para produzir os seus effeitos em relação a terceiro.

— Tambem a REVISTA DE LEGISLAÇÃO sustentou, respondendo a uma consulta, e fundando-se naquelle Decreto que, vendendo-se um predio com todas as suas aguas, se entendem vendidas todas as servidões desta natureza, activas e passivas, de modo que o vendedor não pôde depois vender a outrem as aguas de certa mina situada em predio alheio, e que eram devidas ao predio vendido, mas se o fizer, embora no registro da compra se não tenha feito expressa menção d'aquellas servidões tal venda seria nulla, e não poderia subsistir ainda mesmo que o adquirente das aguas as fosse logo registrar, visto que as servidões apparentes — como succedia na hypothese discutida — são dispensadas de registro. (XIII. 432).

Parece-nos, no entretanto, que a illustrada redacção daquelle jornal labôra num confusão.

Com effeito, se o direito ás aguas era de servidão, como a REVISTA diz, não podia ser vendido separadamente do predio dominante, porque as servidões são inseparaveis dos predios a que activa ou passivamente pertencem; e não podia, tambem, consequentemente, ser registado como servidão quer fosse apparente, quer não, mórmente por outrem que não fosse o proprietario serviente.

Mas se em vez de um direito de servidão, o vendedor tinha sobre as aguas direito de plena propriedade, ou, ao menos, de compropriedade como dono do predio onde ellas brotavam, podia então vendê-las separadamente do predio onde costumava utilisá-las (chamado pela REVISTA *dominante*), e terá em tal caso de prevalecer a venda primeiro registada, porque se tracta de bens immobiliários; devendo até paçar, pr'v'amente, a respectiva contr'uição de registro, coi o a mesma REVISTA ns' a noutro logar (I. 23 33).

por inspecção ocular, do que pela nota dos livros da conservatória ².

As servidões já constituídas ao tempo da promulgação do Código Civil, continuam ainda hoje a subsistir sem registo, apesar do preceituado no § un. do art. 1023.º do mesmo Código, cujo praso, ampliado por leis successivas, se acha prorrogado indefinidamente, por Decreto de 17 de março de 1887, *até que legal e definitivamente se proveja a tal respeito*.

Mas além do registo na conservatória, e anteriormente a elle, deve também ser paga a contribuição de registo devida pela constituição da servidão, nos termos da Lei de 31 de março de 1896, e Regulamento de 1 de julho de 1895, artt. 1.º, 3.º n.º 5, e 4.º, n.º 2.º ³.

² TAVARES CRESPO, *Commentário á legislação de registo predial*, Porto, 1873, pag. 43, VII.

³ *Conf.* Decr. de 16 de julho de 1896. Na vigência do Decr. de 30 de junho de 1870 sustentou-se, com boas razões, que não era devida contribuição de registo pela aquisição de servidões. Neste sentido se pronunciou a REV. DE LEG. E DE JURISPR. (IX, 536). Mas no Regulamento de 1887 a doutrina contrária foi expressamente consignada, nos artt. 3.º e 4.º, que o Regulamento actual reproduziu.

Tanto num, como no outro regulamento se encontra uma inexactidão, contra a qual precisámos de estar precavidos. Falla-se nelles

8. — É, porém, condição indispensavel para que a servidão se considere legitimamente constituída, que o titulo de aquisição provenha de pessoa legalmente capaz de fazer a sua concessão, pela fórmula particular por que o foi.

A simples declaração feita pelo proprietario dominante, no titulo de alienação do seu predio, de que a este pertence uma dada servidão activa, não faz prova da sua existencia, nem obriga em cousa alguma o proprietario, impropriamente chamado serviente, que naquelle contracto não interveio; da mesma fórmula que não póde reputar-se este predio livre de tal onus ⁴ pelo simples facto de seu dono fazer, ao aliená-lo, essa declaração (Cod. Civ., art. 2426.º) ⁵.

Mas quando a existencia da servidão é reconhe-

de *servidões temporarias*, para o effeito de as submeter tambem ao pagamento daquella contribuição; mas tal designação não póde invalidar a doutrina, que logicamente deriva dos preceitos da lei civil, inteiramente conformes com a natureza da servidão, que é sempre perpétua. (*Conf.* tom. 1.º n.º 10, pag. 24).

⁴ Assim o decidiu a Relação do Porto, em *Acc.* de 7-V-1878, publicado na REV. DE LEG. E DE JURISPR., anno XIV, pag.º 322 e seg.º

⁵ O SR. DIAS FERREIRA, commentando este artigo, escreve: «O instrumento publico só faz prova contra os que nelle intervieram, e contra os seus herdeiros e successores. Instrumento publico celebrado entre dois não prova contra terceiro, nem a favor de terceiro, porque a cousa que é tratada entre uns, não aproveita, nem preju-

cida pelo proprio dono do predio serviente, outro é então o seu valor, que tem de ser apreciado á face dos principios que regulam a *confissão das partes* extra-judicialmente feita ⁶. A circumstancia de não intervir no acto o proprietario dominante em nada prejudica a confissão, porque esta, como bem diz LAURENT, não é um contracto, em que seja necessario o concurso de vontades, mas a simples affirmacão de um factio, resultante da manifestacão unilateral da vontade daquelle, que faz o reconhecimento ⁷.

dica a outros. Por exemplo, se no contracto de venda se denuncia que a casa do vendedor tem direito de servidão sobre a casa visinha, esta enunciação não faz prova contra o dono da casa visinha, que não foi parte no contracto.» (*Obr. cit.* v. 156).

Parece-nos verdadeira a doutrina, excepto quando afirma que o instrumento público feito entre dois não prova a favor de terceiro.

Póde, em verdade, nesse documento, uma das partes fazer *confissões* que beneficiem terceiro, como succede na hypóthese do vendedor declarar que sobre o seu predio pésa a servidão de passagem em favor de outro, pois a confissão extra-judicial, nos casos em que por lei é admittida, póde até fazer prova plena (Cod. Civ., artt. 2415.º, 2416.º, 2432.º e seg.º). O proprio sr. DIAS FERREIRA o reconhece, quando noutro logar escreve: «A confissão não faz prova a favor de quem confessa; mas prejudica o confitente e os seus herdeiros.» (*Obr. cit.*, v. 137).

⁶ Cod. Civ. artt. 2048.º e seg.º (*Conf. not. antecedente*).

⁷ LAURENT, *obr. cit.*, VIII, n.º 152, pag. 183.

Quem, ao vender um predio, o declarou onerado com determinada servidão em favor de outro, não transferiu para o comprador a *utilidade* particular, que fórma objecto da mesma servidão ⁸, e por isso não póde o comprador reclamar para si aquella utilidade, impugnando a servidão, salvo se a dicta confissão não fôr de direito attendivel.

9.—Necessario se tórna, por conseguinte, determinar desde já quaes as pessoas legalmente capazes de conceder servidões.

Mas não basta isto; a existencia da servidão, impórta sempre uma *transferencia* de direitos ⁹, sendo, por isso, egualmente necessario, para que ella póssa existir, que a pessoa a quem aquelles direitos são concedidos tenha capacidade para os adquirir.

Por isso subdividiremos este parágrafo nas duas secções seguintes:

Secção 1.ª — *Dos que podem conceder servidões.*

Secção 2.ª — *Dos que podem adquirir servidões.*

⁸ *Conf.* Tom. I, n.º 68 e 69.

⁹ *Conf.* Tom. I, cap. I, § 2.ª

SECÇÃO I

Dos que pôdem conceder servidões ¹

10.—Para conceder servidões é necessario ter capacidade *geral*, e capacidade *especial*. **11.**—Em regra só o *dono* do predio serviente tem capacidade *especial* para aquelle fim. **12.**—O *usufructuario* não pôde conceder servidões, ainda mesmo temporariamente, sobre o predio usufruido. **13.**—Nem o *arrendatario*, nem o *posuidor* de boa ou de má fé. **14.**—Pôde, porém, concedê-las o *emphyteuta*, emboira com certas restricções. **15-16.**—E, nas mesmas condições, o dono do predio *onerado com hypotheca*. **17.**—Mas não poderá concedê-las o *senhorio directo*. **18.**—Em que termos subsistem as concedidas pelo proprietario sobre *predio arrendado*. **19.**—Ou *dado em usufructo*. **20.**—Ou *condicional*. **21.**—Se o *compropietario* as pôde conceder. **22.**—Conclusão.

10.—Constituir uma servidão é alienar certa fracção de um predio, em proveito de outro predio pertencente a dono differente. Só tẽem, portanto,

¹ GERMANO, *obr. cit.*, II, n.º 25 e seg.º; LAURENT; *obr. cit.*, VIII, n.ºs 456-463; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, XII, n.ºs 734-737 bis; LALAUHE E PAILLET, *obr. cit.*, liv. I, cap. VIII; DURANTON, *obr. cit.*, III, 536-547; DE-MANTE, *obr. cit.*, II, 541, bis, v; D. MODESTO FALCON, *obr. cit.*, II, pag. 231 e seg.º; GOYENA, *Concordancias*, I, pag. 463 e seg.º; CHIRONI, *Instituzioni*, I, § 178, e auctores por este referidos; AUBRY ET RAU, *obr. cit.* §§ 250-252; MAZZONI, *Inst.*, III, n.º 242; *Servit.*, n.º 57; PARDES-SUS, *obr. cit.*, I, n.ºs 6, 9 e 247; COELHO DA ROCHA, *Inst.* § 600; LOBÃO, *Notas a Mello*, III, pag. 533; CORREIA TELLES, *Digesto*, III, art.ºs 451-452; LIZ TEIXEIRA, *Prelecções*, III, pag. 281 e seg.º; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil*, IV, § 76.

capacidade para concedê-la as pessoas que, sendo legalmente capazes de testar, ou de outorgar nos contractos por meio dos quaes a servidão pôde ser constituída, pössam conjunctamente alienar aquella fracção do predio serviente; isto é, as pessoas, que tendo *capacidade* para intervir em actos da natureza dos indicados, gozem tambem de *capacidade especial* para conceder servidões.

A primeira, que bem pôde chamar-se *capacidade geral*, tem de ser estudada em relação a cada um daquelles actos juridicos ², porque nem sempre os que tẽem capacidade para intervir num delles, podem figurar nos outros, como succede, por exemplo, com os menores de 18 annos, que podendo dispôr de

² A servidão pôde ser constituída por acto entre vivos, e por testamento, como noutro lugar já fica dicto.

De um modo geral deve dizer-se que a todos os que por lei não são especialmente inhibidos de contractar é licito conceder servidões por acto entre vivos (Cod. Civ. artt. 1476.º, 1559.º e 1594.º); devem, porém, tomar-se em consideração as incapacidades especialmente estabelecidas em relação a cada um daquelles contractos. Tal é, por exemplo, a declarada no art. 1565.º, em relação á compra e venda: as pessoas ahi mencionadas não são absolutamente incapazes de vender, mas não podem fazê-lo a seus filhos ou netos, salvo o consentimento dos outros filhos ou netos.

A mesma duplicidade de capacidades existe em relação ao testamento. São absolutamente incapazes de testar as pessoas declaradas no art. 1764.º, n.ºs 1.º, 3.º e 4.º, por ter cessado a incapacidade do n.º 2, com a Nov. Ref. Penal de 1884; são relativamente incapazes de o fazer as pessoas referidas nos art.ºs 1767.º, 1768.º, 1769.º, etc.

seus bens por meio de testamento, não podem, por outro lado, vendê-los; mas a *capacidade especial* deve ser apreciada independentemente do acto juridico constitutivo da servidão, porque em nada depende d'elle.

Não entra no plano deste trabalho o estudo da capacidade geral, que sómente aqui terá esta ligeira referencia.

11. — Em nenhum dos seus artigos declara o nosso Codigo Civil expressamente quaes as pessoas que têm capacidade especial para conceder servidões; mas desde que estas importam substancialmente um desmembramento da propriedade, podemos affirmar que só ao proprietario serviente é licito concedê-las, visto que só elle pôde alienar o seu predio, no todo ou em parte ³. E se a esta illação conduz a propria natureza da servidão, a leitura attenta da lei e o estudo da sua história, não a contradizem, antes a confirmam.

Com effeito, os art.ºs 2276.º § 2.º, 2278.º, e outros, fallam sempre do *dono* do predio serviente, como sendo aquelle que representa o mesmo predio nas suas relações com o dominante; e muito especial-

³ Conf. REV. DE LEG. E DE JUR., IX, 535.

mente o art. 2277.º, declarando que «se o DONO do predio serviente se houver obrigado, no respectivo titulo, a custear as obras necessarias para a conservação da servidão, poderá eximir-se deste encargo, abandonando o SEU predio ao dono do predio dominante», significou muito claramente que o legislador português a mais ninguem reconhecia capacidade para constituir servidões além do proprio dono do predio ⁴; doutrina que tambem se infere do art. 490.º, do mesmo Codigo, que falla expressamente em «*titulo provindo do predio serviente*». E já esse pensamento apparecia claro no art. 2449.º do *Projecto Primitivo*, onde se indicava expressamente a concessão dos *proprietarios* como o meio unico de constituir servidões, além da prescripção, e destinação do pae de familia ⁵.

⁴ O art. 2277.º, que foi mantido como está desde o *Projecto Primitivo*, mostra: em primeiro logar, que o titulo constitutivo da servidão foi passado pelo *dono* do predio serviente, o que manifestamente significa que foi elle quem concedeu a servidão; e em segundo logar, o facto de apresentar o *abandono* do predio serviente como compensação das despesas de conservação, indica que só o proprietario pôde constituir servidões, porque só elle pôde fazer aquelle *abandono*.

⁵ O art. 2449.º do *Projecto Primitivo* achava-se assim redigido:

«As servidões, estabelecidas por *concessão dos proprietarios*, serão reguladas nos termos do respectivo titulo; em falta de declaração observar-se-ha o seguinte:»

A Comissão Revisora, em sessão de 26 de março de 1863,

Mas no campo doutrinal, nem por todos é aceita a legitimidade desta doutrina, cujas difficuldades de applicação necessitámos, tambem, de abordar; e nem mesmo o nosso Codigo Civil a aceitou inteiramente noutros logares, como teremos occasião de ver.

12. — Sustentam alguns que o USUFRUCTUARIO póde conceder servidões sobre o predio usufruido, embora restrictas ao tempo do mesmo usufructo, pela razão de que tendo elle direito de gozar a coisa pessoalmente, e até de alienar o seu usufructo, a concessão de servidões, que não envolve transferencia da substancia do predio, mas sómente de uma das suas utilidades, se acha manifestamente comprehendida naquellas facultades.

Foi PARDESSUS ⁶ quem primeiro lançou a idéa, que GERMANO defende com vigor ⁷, mas LAURENT ⁸

é que substituiu as palavras *concessão dos proprietarios*, por *contracto ou testamento*, que hoje se lêem no art. 2275.º do Cod. Civ., e que têm decerto, a mesma significação. (*Actas*, pag. 350).

⁶ PARDESSUS, *obr. cit.*, II, n.º 247.

⁷ GERMANO, *obr. cit.* II, n.º 68, pag. 67. CÆPOLLA tambem escreveu: An possit (*usufructuarius*) imponere servitute fundi, in quo habet usufructum? Et video, quod sic durante usufructu: quia usufructus est pars domini fundi, sicut est vassallus, et superficiarius. (*De servit. urban. praed.* cap. XIV. n.º 11).

⁸ LAURENT, *obr. cit.*, VIII, n.º 459, pag. 490.

combateu com uma certa ironia, que aliás não exclue a justiça do seu voto.

Na verdade, no campo especulativo, a doutrina de PARDESSUS é inaceitavel. A *perpetuidade* da servidão deriva da sua propria natureza. Já noutro logar o dissemos, e o proprio GERMANO o confessa, quando diz:

«As servidões a termo não são verdadeiras servidões, mas locações de um uso do fundo serviente, porque quando o dominio do uso, que constitue a servidão, não passa para o proprietario do fundo dominante irrevogavelmente, não ha verdadeira servidão, mas antes um contracto de locação, ou qualquer outro; e nunca uma servidão porque esta significa passagem de um dos usos do predio, de uma para outra pessoa.» ⁹

Em face da lei portugueza não póde tambem admittir-se outra solução, não só pelas razões que no anterior numero ficam indicadas, mas ainda porque o usufructuario, não podendo alienar a totalidade do predio, não póde, consequentemente, alienar uma das suas fracções para constituir a servidão. Além disso, desde que as servidões são

⁹ GERMANO, *obr. cit.*, II, n.º 61, pag. 64.

inseparáveis do predio a que activa ou passivamente pertencem (art. 2268.º), não se comprehende como ellas possam ser constituídas por quem não tem o dominio do predio serviente.

O art. 2279.º do Codigo Civil vem ainda corroborar esta doutrina, pois não indica entre as causas de extinção das servidões o termo do usufructo, ou o termo do praso por que as servidões fôram concedidas, como teria decerto feito se ellas podessem ser temporarias, segundo se infere do art. 2241.º, n.º 1.º, *in fine* do mesmo Codigo.

Mas não significa isto, que o usufructuario esteja impossibilitado de transmittir a terceiros, livremente, direitos de effeitos analogos aos da servidão ¹⁰: desde que o Codigo Civil lhe reconhece a faculdade de emprestar a cousa, arrendá-la, e até de alienar o seu usufructo, (art. 2207.º), implicitamente lhe permite transferir para qualquer pessoa a faculdade de gosar parcialmente do predio usufruido, em seu proprio beneficio, ou em proveito de outro predio — comquanto haja sobejas razões para duvidar de que se-

¹⁰ Estes direitos eram chamados antigamente *servidões superficiaes*; GERMANO propõe o nome de *servidões resoluveis*, para substituir o primeiro. Eu preferiria chamar-lhes *servidões imperfeitas*, se reconhecesse a necessidade de inventar denominação propria para taes direitos.

jam em favor de um predio as vantagens, que seu dono colhe *temporariamente* de outro.

Taes concessões, porém, ou devam considerar-se como direitos de crédito, conforme opina LAURENT ¹¹, ou como obrigações de natureza especial, é certo que não podem, nem devem confundir-se com as servidões. O dono do predio beneficiado é, por assim dizer, simples usufructuario de uma parte do predio onerado; o titulo e a natureza do seu direito é, pois, radicalmente differente do da servidão, porque com esta não pôde confundir-se o usufructo. Affirmar o contrário é acceitar um absurdo, pois, só podendo o usufructuario alienar o seu usufructo, como poderia o adquirente prevalecer-se dum direito de natureza completamente differente daquelle que lhe foi transmittido, qual seria a servidão?

Cedeu o usufructuario o direito de cortar uma certa quantidade de matto no predio usufruido para cultura de outro predio? Podia fazê-lo, e a sua concessão é válida, porque a lei lhe confere o direito de alienar, no todo ou em parte, o seu usufructo.

Mas será de servidão este direito transmittido?

¹¹ LAURENT, *ôbr. e log. cit.*

Indubitavelmente não é, porque não pôde o adquirente receber *servidão* quando o concedente aliena *usufructo*.

Alguns artigos do Código, relativos ao usufructo, reforçam ainda a nossa opinião. Assim o art. 2222.º diz que «o usufructuario, que *alienar por qualquer forma o seu usufructo* responderá pelos damnos, que os bens padecerem por culpa da pessoa que o *substituir*.» Logo a concessão de quaesquer direitos por parte do usufructuario é uma simples *alienação de usufructo*; e usufructuario é também o adquirente desses direitos, *por qualquer forma* que a transmissão se opére, como claramente resulta da palavra *substituir*. Ha uma simples mudança de *pessoas*, mas o direito permanece da mesma natureza.

Além d'isso, quando a administração do usufructuario se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietario, pôde este requerer que o predio usufruído lhe seja entregue, obrigando-se a pagar áquelle, annualmente, o producto liquido do dicto predio, depois de deduzidas as despêsas e o premio, que pela sua administração lhe fôr arbitrado (Cod. Civ. art. 2249.º).

Ora as alienações parciaes de usufructo não podem subsistir desde que o proprietario requiera

a entrega da cousa usufruída ¹² nos termos dêste artigo, pois o contrário seria invalidar a garantia, que o legislador ahí pretendeu consignar, dos seus direitos de propriedade. Portanto, não podem nem devem considerar-se taes concessões como constitutivas de servidões, embora temporarias, porquanto, se ellas cessam quando o usufructuario perde, não o seu usufructo, mas a simples administração do predio usufruído, é porque faziam parte integrante do mesmo usufructo, não sendo, consequentemente, direitos de natureza inteiramente diferente ¹³.

¹² Se assim não fosse grave perigo corriam os interesses do proprietario, porque podendo resultar do exercicio das servidões concedidas pelo usufructuario graves damnos para o predio usufruído, não poderia aquelle recorrer ás garantias do citado art. 2449.º, que só previne a hypothese de serem taes damnos resultantes de mau uso por parte do usufructuario.

¹³ No antigo direito patrio também era negado ao usufructuario o direito de conceder servidões sobre o predio usufruído. COELHO DA ROCHA pronuncia-se a este respeito nos termos seguintes: «E como as servidões contêm uma especie de alienação de propriedade, sómente podem ser constituídas por aquelles que podem livremente dispôr de seus bens, e que são verdadeiros proprietarios. Portanto não podem impô-la: 1.º o administrador do vínculo nos bens vinculados, senão durante a sua vida; 2.º o Parocho sobre os bens da Igreja; 3.º o usufructuario sem o consentimento do proprietario 4.º o socio na cousa commum sem o accordo dos outros socios; 5.º nem o marido sem o consentimento da mulher.» (Inst. de Dir. Civ. II. § 598.) Conf. LOBÃO, *Not. a Mell.* III, art. II. n.º 8 pag. 353: *Aguas* § 881 e seg.º; CORREIA TELLES, *Digesto*, III art. 452.º

Dispõe o contrário o moderno Código da Republica Argentina, no

13. — O que fica dicto colhe por maioria de razão para o ARRENDATARIO e para o simples POSSUIDOR, de boa ou de má fé. Nenhum delles tem o dominio da cousa, nem a lei civil lhes dá, em parte alguma, direito de constituir servidões sobre o predio possuído.

E se o fizerem, taes concessões serão nullas, como o seria a alienação total do predio ¹⁴.

14. — Tem sido tambem objecto de discussão, entre os escriptores se o EMPHYTEUTA pôde ou não conceder servidões sobre o predio emprazado.

O nosso Codigo Civil resolve a questão expressamente em sentido affirmativo, dispondo no art. 1676.º que «o foreiro pôde hypothecar o predio, e onerá-lo com quaesquer encargos, ou *servidões*, sem consentimento do senhorio directo; comtanto que a hypotheca, ou o onus, não abranja a parte do valor do predio que corresponde ao foro e mais um quinto» ¹⁵.

art. 2980.º, assim redigido: «El usufructuario puede consentir una servidumbre sobre el inmueble que tenga en usufructo, pero solo por el tiempo que durare el usufructo, y sin perjuicio de los derechos del propietario.»

Conf.: ZACHARIE, *obr. cit.* § 335, not. 2; DURANTON, *obr. cit.* III. 541; PARDESSUS, *obr. cit.*, n.º 237.

¹⁴ Neste sentido POTHIER, *Introduction cit.*, n.º 8; LAURENT, *obr. cit.*, n.º 157. *Contra*: GERMANO, *obr. cit.*, tom. II, pag.º 69 e 70.

¹⁵ O Codigo Civil Hespanhol dispõe no seu art. 596.º o se-

Mas no campo dos principios similhante faculdade difficilmente poderá conciliar-se com o direito de *opção*, reconhecido ao senhorio directo, no caso de venda, pelos art.ºs 1678.º e 1682.º do mesmo Codigo. Desde que ao foreiro é lícito onerar o predio com quaesquer servidões, diminuindo o seu valor até ao limite fixado na última parte do citado art. 1676.º, tem elle na sua mão um meio seguro de inutilisar a faculdade de *opção*: retalhar em servidões o predio, restringindo áquella quantia as garantias do proprietario.

guinte: «Cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños.»

D. MODESTO FALCON annota este preceito com as seguintes palavras:

«Nos predios constituidos em emphyteuse estabelece o Codigo uma regra que contradiz a doutrina até agora recebida. Até agora admittia-se, que o direito de constituir servidões sobre o predio emprazado pertencia ao emphyteuta, de tal maneira, que se o dominio por qualquer modo se consolidava nas mãos do senhorio directo, não podia este oppôr-se ás servidões, que o foreiro houvesse estabelecido sobre o predio ou predios aforados, enquanto estes estiveram na sua posse.

«O Codigo rectifica a doutrina tradicional mandando, que para o estabelecimento de uma servidão perpétua sobre o predio se reúna o consentimento dos seus dois proprietarios, ou seja o do dono do dominio directo, e o do dono do dominio util. A nova resolução estará mais accommodada á verdadeira justiça; torna, porém, de peor condição o dominio util, que é o mais interessado no estabelecimento das servidões. (*Obr. cit.*, II, pag. 223.)

Verdade é que os art.^{os} 1671.^o, 1677.^o, 1688.^o e outros mostram bem, que o senhorio directo nada mais é do que um credor privilegiado, como noutra logar já fizemos notar ¹⁶. Melhor seria, por isso, supprimir de vez o direito de opção, que alguns Codigos estrangeiros não reconhecem já, e então o emphyteuta, como verdadeiro proprietario, poderia constituir quaesquer servidões sobre o predio emprazado, sem que isso merecesse reparos, uma vez que ficasse garantido o direito do credor.

15. — No que deixamos dicto fica já implicitamente indicada a solução, por nós aceita, para uma outra dúvida, que a este propósito costuma ser apresentada :

Poderá o DONO DUM PREDIO HYPOTHECADO constituir sobre elle servidões ?

A questão tem sido diversamente apreciada pelos escriptores.

Pronunciam-se uns pela validade da servidão, ficando, porém, salvo aos credores o direito de se fazerem indemnisar do valor della pelo concedente ou pelo concessionario indifferentemente ¹⁷; outros, no entretanto, sómente reconhecem ao adquirente

o direito de expurgar das hypothecas a servidão, offerecendo o seu preço aos credores ¹⁸; e ainda, apparece uma terceira opinião sustentando, que embora a servidão não deva prevalecer contra os credores, podem os respectivos concessionarios reclamar a conservação della, garantindo os damnos resultantes da sua existencia ¹⁹.

No fundo de todas ellas, porém, vê-se claramente, que os direitos dos credores devem ser mantidos de preferencia á servidão; as divergencias accentuam-se apenas nos meios propostos para harmonisar aquelles direitos com os interesses dos concessionarios da mesma servidão.

Ora não é difficil reconhecer, que nenhum dos alvitres propostos satisfaz por completo ao fim que seus auctores se propozeram: não o primeiro, porque importa a completa aniquillação das garantias dos credores, por isso mesmo que bem podia succeder que nem o adquirente nem o concedente da servidão tivessem meios para os indemnisar dos prejuizos soffridos. Tal doutrina, quando verdadeira, levava ainda mais longe, porquanto justificaria tambem a alienação total do predio hypothecado, mediante a

¹⁸ PERSIL, *Das hypothecas*, art. 216.^o, n.^o 3; DELVINCOURT, *Curso de Direito Civil*, tom. III, pag. 172, nota 1.^a.

¹⁹ Referidas por GERMANO, *obr. cit.*, tom. II, n.^o 50.

¹⁶ *Conf.* Tom. I, n.^o 22, a).

¹⁷ TROPLONG, *Dos privilegios e hypothecas*, n.^o 843, bis.

mesma condição, que seria, no entretanto, muitas vezes illusoria ²⁰.

Não a segunda, porque a hypotheca não onera especialmente a servidão, pois esta só pôde ser hypothecada como accessorio do predio dominante, e conjunctamente com ellé (Cod. Civ. art. 894.^o). E se a servidão não é particularmente onerada pela hypotheca certamente não pôde em tal caso ter logar a expurgação.

A terceira, finalmente, encontra insuperaveis difficuldades prácticas, que a tornam absolutamente inaceitavel. Com effeito, como calcular os damnos resultantes de ser o predio posto em praça, com o onus da servidão? Muitas pessoas, que noutras condições nelle licitariam, ao verem o predio onerado abster-se-hão. E quem poderá dizer, escreve GERMANO, a quanto subiriam os lanços no calor da licitação ?!..

A depreciação do predio serviente é difficilima de apreciar. Avaliar a servidão apenas pela diminuição de rendimento do predio sobre o qual ella pesa é chegar, na maior parte das vezes, a resultados inteiramente falsos. Pois qual será essa diminuição, no caso, por exemplo, da servidão de vistas sobre uma quinta murada? Absolutamente ne-

²⁰ GERMANO, *obr. e log. cit.*

nhuma; e no entretanto ninguem desconhece, que é grande a importancia e o valor dum tal encargo.

16. As considerações expostas conduzem naturalmente a reconhecer, que o proprietario do predio sujeito a hypotheca não pôde, em regra, constituir sobre elle servidões; ou mais exactamente, que taes servidões não prevalecerão, se o predio fór arrematado para pagamento da dívida ou dívidas caucionadas. Esta doutrina está consignada, com bastante clareza, em varios art.^{os} do nosso Codigo de Processo Civil ²¹, e já se inferia do preceituado nos art.^{os} 889.^o § un. e 1023.^o do Codigo Civil.

Mas não deve esquecer-se, que tanto a penhora, como as servidões, sómente produzirão effeitos em relação a terceiros desde que tenham sido devidamente registadas, e, portanto, em relação a estes, consideram-se taes onus constituídos no dia em que forem registados, ou para isso apresentados no *Diario* da respectiva conservatoria. Mas algumas servidões ha, que não precisam de registo, e estas

²¹ Art. 856.: «Os bens serão arrematados livres dos onus reaes que não tiverem registo anterior ao de qualquer penhora, arresto ou hypotheca, salvos comtudo os onus reaes que, tendo sido constituídos em data anterior, subsistirem sem registo.» *Conf.* art.^o 835.^o § un., 879.^o e § un., e 947.^o de Cod. de Proc. Civ.

prevalecerão contra a hypotheca constituída e registada posteriormente á constituição daquellas, porque, embora o § un. do art. 889.º diga que « sempre que forem hypothecados predios sujeitos a onus reaes, não abrangerá a hypotheca senão o valor dos mesmos predios, deduzida a importância dos onus registados anteriormente ao registro da mesma hypotheca », este preceito tem de ser entendido de harmonia com o disposto no art.º 1023.º, § un., e leis que posteriormente o alteraram, e com o art. 951.º, segundo o qual todas as servidões eram sujeitas a registro, o que hoje não succede, como noutra logar dissemos ²².

Em conclusão, entendemos:

1) que as servidões constituídas anteriormente ao registro da hypotheca ²³, prevalecem contra esta,

²² Conf. SUPRA, n.º 7.

²³ A imperfeita redacção, e porventura contradicção, entre os art.º 835.º, 856.º e outros do Cod. do Proc Civ., tem dado logar a dúvidas na determinação do ponto de referencia da caducidade dos onus reaes. Pelo disposto no primeiro daquelles art.ºº parece que só caducam os onus que tiverem registro posterior ao da hypotheca que serve de base á execução, ao passo que o art. 856.º se refere ao registro anterior ao de *qualquer* hypotheca. Na collisão dos dois art.ºº deu ultimamente o *Sup.-Trib. de Just.* (Acc. de 18-viii-93) preferencia

se estavam devidamente registadas ao tempo em que aquella o foi, ou se por lei são dispensadas de registro;

2) que as servidões constituídas posteriormente ao registro da hypotheca produzirão todos os seus efeitos, se o predio não fôr alienado para pagamento da dívida, ou dívidas caucionadas, por terem sido pagas pelo devedor;

3) que tendo o predio de ser vendido, ou dado em pagamento, a servidão constituída ou registada posteriormente ao registro da hypotheca não acompanha o predio, embora o valor dêste exceda em muito o quantitativo da dívida, cujo pagamento garantia.

Mas não passaremos adiante sem fazer sentir, que nos parece realmente injusta a doutrina legal reguladora desta ultima hypothese. O legislador não devia perder de vista, que a hypotheca tem por unico fim garantir os interesses e direitos do credor. Bastava por isso, que a extincção das servidões constituídas ou registadas posteriormente ao

ao último, por ser o mais conforme com o systema doCodigo sobre a caducidade dos onus reaes, e o mais racionalmente defensavel, quanto em sentido contrario haja, tambem, algumas decisões do mesmo tribunal, e das *Relações*.

registro da hypotheca tivesse logar sómente quando o valor do predio, se aquellas continuassem a subsistir, não possesse a coberto os interesses do credor ²⁴.

E facilmente se conseguiria na prática este *desideratum* permittindo, que o predio fôsse posto em praça, pela primeira vez, com os onus reaes constituídos posteriormente ao registro da hypotheca, sendo apenas declarado e transmittido livre desses onus se da primeira vez não fôsse arrematado.

17. — Nem sempre o proprietario pôde, consequentemente, constituir servidões livremente sobre o seu predio; e esta verdade ainda mais se evidencia quando considerâmos as diversas hypotheses em que o goso e fruição do predio pertencem perpétua ou temporariamente a pessoa diferente.

Assim é que, conquanto o Codigo o não diga expressamente, ao SENHORIA DIRECTO não é lícito conceder servidões sobre o predio emprazado, ainda

²⁴ Foi esta uma alteração injustificavel, feita pela Commissão Revisora do Codigo Civil, nos trabalhos da última revisão, na lei hypothecaria Hespanhola—que serviu, em grande parte, de fonte ao nosso Codigo—a qual dizia assim, no § un. do art. 169.º: «Os mesmos registados em numero posterior ao da hypotheca sómente acompanham o predio e determinam a deducção de que tracta o art. antecedente, quando depois de pagos todos os créditos hypothecarios anteriores, houver excedente no valor do predio, e neste caso determinam a deducção até á concorrência desse valor».

mesmo para o tempo em que se reinam na sua mão os dois dominios, util e directo ²⁵ por ser uma tal faculdade incompativel com o direito concedido ao emphyteuta no art. 1676.º, a que ha pouco nos referimos ²⁶.

Com effeito, se o foreiro tem o direito de constituir livremente servidões sobre o mesmo predio, uma vez que não ultrapasse os limites, por lei fixados para garantia do canon, seriam meramente platonicas as concessões do senhorio directo, as quaes, em nenhum caso, prevaleceriam contra as do foreiro, validamente feitas. Taes concessões, quando existam, têm juridicamente o valor de *simples promessas* de constituição das servidões a que se referem, regulando-se, consequentemente, pelas disposições geraes dos contractos.

18. — Quando o predio está dado em locação

²⁵ Não é objecto de dúvida se o senhorio directo pôde ou não constituir servidões sobre o predio emprazado, para serem exercitadas enquanto durar o contracto de emprazamento. É claro que não tendo elle o goso e fruição do predio, a constituição de servidões naquelles termos importava uma restricção, que a lei não podia auctorisar, aos direitos do emphyteuta. A questão é sómente pósta para o caso em que o predio emprazado venha a entrar no inteiro dominio do senhorio directo.

²⁶ SUPRA, 14.

nada ha que obste á constituição de servidões por parte do SENHORIO, visto que o arrendatario nem sequer possui em seu proprio nome, figurando apenas, nas relações do predio para com terceiros, como simples mandatario e representante do proprietario.

Mas taes servidões não poderão exercer-se enquanto durar o arrendamento se dellas derivar algum damno para o arrendatario ²⁷, como se in-

²⁷ Parece dever concluir-se o contrário da doutrina sustentada pela REV. DE LEG. E DE JURISPR., em resposta á seguinte pergunta: *póde ou não o arrendatario oppôr-se a que o senhorio abra janellas sobre o predio arrendado, sem deitar o intervallo marcado no art. 2325.º do Cod. Civ.?*

A REVISTA opinou que o arrendatario nenhuma opposição podia fazer, porque aquelle artigo se refere apenas ao caso em que as janellas deitam directamente sobre o predio do vizinho, e na hypothese da consulta faltava esta condição; e accrescentou que: «se o arrendatario for prejudicado com as obras que o senhorio fizer, só póde exigir dèste a importancia de todas as perdas e danos que soffrer» (Anno IX, pag. 280.)

Certo é que o art. 2325.º não tem applicação ás relações entre dois predios do mesmo dono, porque seria isso limitar, por moda injustificavel, o direito de propriedade; mas a questão proposto versava fundamentalmente, segundo cremos, sobre as garantias que a lei concede aos direitos do arrendatario. Póde ou não este obstar a que o senhorio faça no predio arrendado obras, que não sejam urgentes e indispensaveis, e venham a prejudicar o mesmo arrendatario?

O n.º 3.º do art. 1606.º do Cod. Civ. parece justificar uma resposta affirmativa, mas a REVISTA, sem indicar a razão, ensina o contrário.

Ora, se fosse licito estabelecer sobre o predio arrendado um

fere do n.º 3 do art. 1606.º do Codigo Civil, que obriga o senhorio a «não estorvar, nem embaraçar por qualquer fórma o uso da cousa arrendada, a não ser por causa de reparos urgentes e indispensaveis.»

Mas, terminado que seja o praso do arrendamento poderá desde logo a servidão exercitar-se?

Os art.ºs 1624.º e 1629.º do Codigo Civil podem fazer hesitar na resposta, visto que o arrendamento se presume renovado quando o senhorio não despeça no tempo e por fórma legal o arrendatario, que em tal caso terá o direito de usar o predio nas mesmas condições do contracto anterior, e, consequentemente, o de se oppôr ao exercicio da servidão.

Julgamos, porém, mais juridica a doutrina contrária, não só porque daquella fórma se facultava ao proprietario serviente meio facil e seguro de obstar indefinidamente ao exercicio da servidão — dei-

certo encargo em beneficio de outro predio seu, deveriamos, por identidade de razões, concluir que tambem era licito impôr sobre elle qualquer servidão, uma vez que se indemnissasse o arrendatario das perdas e danos.

Não conhecemos, porém, preceito de lei, que auctorise similhante opinião.

xando de promover o despejo do predio — escarne-
cendo assim dos direitos do proprietario dominante,
mas ainda porque dos art.ºs 1619.º e 1621.º do Codigo
Civil se infere que a alienação, total ou parcial, do
predio arrendado obsta á renovação do arrenda-
mento.

O fundamento mesmo em que assentam os cita-
dos art.ºs 1624.º e 1629.º leva a esta conclusão,
pois é certo que a renovação do contracto, na falta
de opposição do senhorio, significa apenas a pre-
sumpção, pelo legislador estabelecida, de que ambas
as partes contractantes queriam persistir nas ante-
riores relações ²⁸.

Ora desde que o senhorio o não podia já fa-
zer, por ter alienado em favor doutro predio uma
fracção do predio arrendado, é claro que tal pre-
sumpção seria absurda, e não pôde rasoavelmente
admittir-se.

É, por isso, opinião nossa que a servidão legal-
mente constituida poderá exercitar-se logo que
chegue o termo do arrendamento, embora o ar-
rendatario não tenha sido legalmente despedido,
— uma vez que a servidão tenha sido previamente

registada, se a registo é sujeita ²⁹, para que o ar-
rendatario possa della ter conhecimento.

19. — A identica restricção, quanto ao seu exer-
cicio, estão sujeitas as servidões constituidas pelo
PROPRIETARIO sobre predio cujo *usufructo* pertence
a outrem: tambem, nesta hypothese, a servidão
sómente poderá exercer-se quando o usufructo se
achar extincto, a não ser que do seu exercicio não
resulte diminuição do dicto usufructo, como se vê
dos art.ºs 2202.º, 2227.º e outros do Codigo Civil.

Quaes sejam os casos em que o exercicio da ser-
vidão não prejudica o usufructuario é materia de
facto, que aos juizes cumpre apreciar, e seria im-
possivel innumerar aqui. Nos escriptores encon-
tra-se, porém, mencionada a servidão *altius non*
tollendi, que PAULO já indicava como podendo ser
constituida pelo proprietario sem annuencia do usu-
fructuario, e uma ou outra *negativa*; mas não deve
inferir-se dahí que do exercicio das servidões *affir-*
mativas resulte sempre diminuição do usufructo,
pois algumas ha que em nada offendem os direitos
do usufructuario. Tal seria, por exemplo, a de fa-

²⁸ Conf. Acc. da Rel. de Lisboa de 8-1-73 (Rev. de Leg. e de Jurispr.,
vii, 442) e de 14 e 28-v-73 (Direito, v. 493 e 592, e Rev. cit., viii, 155 e 185).

²⁹ Quando se trate de servidões, que por lei não são sujeitas a
registo, julgo conveniente que o proprietario dominante faça noti-
ficar judicialmente ao arrendatario a constituição da servidão.

zer atravessar por sobre o predio um fio telephónico para serviço duma fábrica, etc.

Mas, consentindo o usufructuario, podem as servidões, constituídas pelo proprietario ³⁰, ser desde logo exercitadas, visto que os direitos integrantes da plena propriedade residiam por completo nos dois outorgantes do contracto.

E quando o predio está onerado apenas com os direitos de *uso*, ou de *habitação*, o princípio é ainda o mesmo: o proprietario pôde constituir livremente

³⁰ Esta doutrina acha-se expressa no art. 635.º do Cod. Civ. Italiano, redigido assim: «*Il proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre al fondo le servitù che non pregiudicano il diritto di usufrutto: con l'assenso dell'usufruttuario può imporvi anche quelle che lo diminuiscono*». O Código Argentino, consigna identica doutrina, no seu art. 2981.º: «*La servidumbre consentida por el nudo propietario, diè elle, no perjudica los derechos del usufructuario; y este puede impedir el ejercicio de ella durante el usufructo.*» No mesmo sentido o *Cod. Civ. Hesp.*, art. 595.º No direito romano, porém, não succedia assim, pois o proprietario não podia, nem mesmo com o consentimento do usufructuario, constituir servidões sobre o predio por este usufruido, e isto pela razão de que tal consentimento importava uma alienação, em favor de terceiro, dos direitos do usufructuario, a qual, segundo as leis romanas, só podia ser feita em favor do proprietario (L. 66. D. *De jure dotium*, 23-3).

O Código do Uruguay dispõe, no seu art. 585.º, que «*toda aquella que só tem a mera propriedade de um predio, e não o seu usufructo, não poderá constituir servidões sem consentimento do usufructuario.*» No mesmo sentido, segundo affirma FALCON, dispõem os Codigos do *Mexico*, art. 1436.º e de *Guatemala*, art. 1281.º Não ha porém, razão que justifique esta doutrina.

quaesquer servidões, mas o exercício destas fica inteiramente dependente de serem ou não compatíveis com os direitos do usuario — salvo também o caso em que este tenha consentido na sua constituição, o que importa renúncia a uma parte dos seus direitos ³¹.

20. — O PROPRIETARIO CONDICIONAL também pôde constituir servidões, embora *resolueis* como o próprio direito de quem as concedeu. E assim, se a aquisição da propriedade foi feita sob a condição de que, desde certo *facto* ou acontecimento, se haveria por desfeito o contracto, verificada que seja a condição, volta cada um dos contrahentes á situação anterior a esse contracto (Cod. Civ. art. 680.º) e portanto as servidões constituídas pelo proprietario, sob a mesma condição, embora implicita, deixam desde aquelle momento de existir. O que não obsta todavia a que o proprietario dominante possa, emquanto a condição se não verificar, exercer

³¹ *Conf.* num e noutro sentido: ZACHARLE, *obr. cit.* § 335, not. 2; LAURENT, *obr. cit.*, VIII, n.º 15, pag. 180, e *Avant-Project*, III, pag. 184, n.º 6; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, XII, n.º 736-740, pag. 228-229; LALAURE, *obr. cit.* pag. 30; PARDESSUS, *obr. cit.*, II, 247; TOULLIER, *obr. cit.* II, 567; DURANTON, *obr. cit.*, V, n.º 541; DEMANTE, *obr. cit.*, II, n.º 541 bis, v; TAULIER, *obr. cit.*, II, pag. 433; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, III, pag. 72, not. 4; MAZZONI, *obr. e log. cit.*; CHIRONI, *obr. e log. cit.*

todos os actos necessários para a conservação e exercício do seu direito, como se não fôra condicional a servidão (Cod. cit., art. 682.º).

21. — Mas poderá o COMPROPRIETARIO conceder servidões sobre o *predio commum*?

Eis uma questão já expressamente resolvida por alguns Codigos modernos ³², mas que tem sido largamente debatida na doutrina.

Os princípios por nós expostos ácerca da compropriedade ³³, conduzem logicamente a uma solução negativa.

Resulta da propria indole da compropriedade, e foi reconhecido pelo legislador português nos art.ºs 2176.º, 2177.º e outros do mesmo Codigo, que nenhum dos consócios tem sobre a coisa com-

³² O Codigo Civil Hespanhol (art. 597.º) contém a seguinte disposição: «Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha por algunos solamente quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes ó comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y á sus sucesores, aunque lo sean á título particular, á no impedir el ejercicio del derecho concedido». Identica doutrina se acha consignada no *Codigo Argentino*, art.ºs 2985.º, 2986.º e 2987.º *Conf.*: *Cod. Civ. Italiano*, art. 636.º; do *Mexico*, art. 1137.º, de *Guatemala*, art. 1282; de *Uruguay*, art. 590.º; de *Luisiana*, art.ºs 735.º-738.º

³³ *Conf.* Tom. I, 72, 134-135.

um direitos, que a qualquer dos outros não pertençam ³⁴.

Ora é bem de ver que o direito de conceder servidões, exercido por um delles, é incompativel com direito igual para qualquer dos outros.

Se ambos concedessem o mesmo uso da coisa a pessoas diferentes, qual das concessões teria de prevalecer?

³⁴ A REV. DE LEGISL. E DE JURISPR., inspirando-se, ao que parece, nestes principios opinou, que o comproprietario de um predio não pôde abrir em predio seu janella, que deite directamente sobre o predio commum, sem observar o intersticio légal, embora já naquelle exista outra janella na mesma direcção da que se pretendia abrir.

Apresenta o illustrado jornal as seguintes razões justificativas da sua doutrina:

a) O art. 2325.º supõe que o intersticio legal de um metro e cinco decímetros não deve compôr-se nunca, em nenhuma das suas partes, de um terreno pertencente áquelle proprietario sobre quem as janellas directamente deitam;

b) O art. 2177.º não permite ao comproprietario que disponha especificadamente de qualquer parte do objecto commum, sem que esta lhe seja assignada em partilha; e não pôde, com effeito, duvidar-se que abrir janellas directamente sobre o predio commum, não respeitanto a distancia legal, é dispôr da parte do objecto commum que comprehende um metro e cinco decímetros do lado da construcção (xiv, 243-244).

A doutrina da REVISTA, como se vê, leva a negar ao comproprietario o direito de conceder servidões, pois não se comprehende que elle podesse conceder a terceiros regalias, que legalmente não pôde gozar.

Demais, as proprias palavras da lei excluem a doutrina opposta.

Em primeiro logar, o art. 2176.º diz que o comproprietario «exerce, *conjunctamente* com os outros seus consortes, *todos* os direitos que pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que tem na propriedade *commum*».

Ora um dos direitos que por lei pertencem ao proprietario singular é o de *conceder servidões*; logo o comproprietario sómente pôde exercer este direito *conjunctamente* com os demais consócios, e na proporção devida.

Por outro lado, o art. 2177.º diz que «o comproprietario não pôde dispôr especificadamente de *qualquer parte* do objecto *commum*, sem que esta lhe seja assignada em partilha». Ora a servidão importa sempre a disposição de uma parte ou fracção do predio serviente em proveito do dominante³⁵, e portanto aquella prohibição do artigo implica a negação do direito a constituir servidões sobre o predio *commum*, enquanto durar a indivisão.

Corroborá ainda esta doutrina o preceito do art. 2183.º, que manda vender a coisa *commum*, se esta não poder ser dividida em substancia e os

³⁵ Conf. Tom. 1, cap. 1, § 2.º.

consortes discordarem ácerca da sua adjudicação a qualquer delles, repartindo-se entre todos o respectivo preço. A existencia da servidão, constituida por qualquer dos comproprietarios, poderia, manifestamente, neste caso, involver um grave prejuizo para os demais, por ser incalculavel a diminuição de valor que de tal facto derivaria para o predio, afastando da licitação muitas pessoas que noutras condições a ella concorreriam³⁶.

Mas feita a divisão pôde qualquer delles onerar livremente a sua respectiva porção, a qual desde logo constitue um predio distincto, que elle possui como proprietario singular. Em taes condições não existe já compropriedade.

22. — De tudo o que n'esta secção fica consignado resulta:

a) que o proprietario singular pôde sempre³⁷

³⁶ As concessões feitas durante a indivisão por qualquer dos consortes podem, todavia, tornar-se effectivas posteriormente a esta, se o quinhão onerado vier a pertencer ao concedente, pois devem taes concessões reputar-se *promessas* de servidão, reguladas pelo art. 719.º e outros do Cod. Civ. E por esta obrigação respondem, tambem, os seus herdeiros (Cod. Civ. art.ºs 655.º, 1737.º, etc.) Conf. MOLLITOR, *obr. cit.* v., 544.

³⁷ Se o proprietario é casado, só pôde conceder servidões por

constituir servidões sobre o seu predio, excepto no caso de *emprazamento*, em que tal direito pertence ao emphyteuta, e no de *compropriedade*, em que pertence a todos os consortes, *conjunctamente*;

ε) que as servidões constituídas sobre predios hypothecados, ou quando o direito do proprietario é resolúvel, podem ficar sem effeito, ou caducando no caso de execução, ou resolvendo-se com a mesma propriedade;

γ) que ninguém mais, embora tenha, no todo.

ou em parte, o uso e fruição do predio, póde sobre elle constituir servidões;

δ) que o exercicio das servidões constituídas pelo proprietario é, em todo o caso, subordinado ao de quaesquer outros direitos anteriores, legitimamente adquiridos.

acto entre vivos com outorga de sua mulher, por a servidão ser um direito immobiliario [*Acc. da Rel. de Lisboa*, de 15-xii-85 (*Gazeta*, II, 414-416)] devendo considerar-se nulla, por exemplo, a concessão feita a qualquer pessoa, por um homem casado, para explorar *aguas* num predio do casal, afim de fertilisar outro predio d'aquelle, se em tal contracto não interveio sua mulher (*Rev. de Leg. e de Jurispr.*, XII, 232-233). E pela mesma razão não póde o marido estar em juizo, sem outorga da mulher, em questões onde se discute a existencia de servidões (*Acc. da Rel. da Lisboa*, de 19-x-87 (*Gazeta*, III, 34-35), e de 29-III-90 (*Gazeta*, IV, 610-611, e *Direito*, XXIII, 62); mesmo estando judicialmente separados de pessoas e bens, porque a separação não dissolve o matrimonio, e o art. 1191.º do Cod. Civ. é expresso e geral (*Acc. do Supr. Trib. de Just.*, de 4-VIII-74 (*Rev. de Leg. e de Jurispr.*, IX, 480). E nem sequer a ratificação posterior de todo o processado por parte da mulher supprime a nullidade, porque esta é de direito civil, e não de processo (*Acc. da Rel. de Lisboa* de 11-I-88, e de 20-VI-88 (*Gazeta*, III, 148 e 369),

SECÇÃO II

Dos que podem adquirir servidões

23.— Alem da *capacidade geral*, será, porventura, indispensavel que o adquirente das servidões tenha para este fim *capacidade especial*? **42.** — Doutrina de LAURENT; objecções contra ella apresentadas. **25.-26.**— A nossa opinião **27.**— Em regra só o dono do predio póde em seu proveito adquirir servidões. **28.**— Mas não o póde fazer o *comproprietario*. **29.**— Nem o *usufructuario*. **30.**— Póde, porém, adquiri-las o *emphyteuta*. **31.**— Mas não o *arrendatario*. **32.**— Nem o simples *possuidor* **33.**— É, porém, licito a todos elles adquirir direitos de efeitos analogos aos da servidão. Impossibilidade de reconhecer, na prática, quem *realmente* adquiriu a servidão.

23.— É condição indispensavel para a validade das servidões, que as pessoas a quem são concedidas tenham a capacidade necessaria para adquirir direitos por meio dos actos e contractos constitutivos das mesmas servidões. ¹

¹ GERMANO, *obr. cit.* II, pag. 77 e seg.*; LAURENT, *obr. cit.* VIII, n.ºs 164-170; DEMOLOMBE, *obr. cit.* XII, n.ºs 753-764; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*; LAULAURE e PAILLET, *obr. cit.* Liv. I, cap. VIII, pag. 32; DURANTON, *obr. cit.* III, 548-557; DEMANTE, *obr. cit.*, II, 452; PARDESSUS, *obr. cit.* II, 239; TOULLIER, *obr. cit.*, III, 568; MAZZONI, *Inst.*, III, pag. 441; CHIRONI, *obr. e log. cit.*; D. MODESTO FALCON, *obr. e log. cit.*; GOYENA, *obr. cit.* I, pag. 462 e seg.*; COELHO DA ROCHA, *Inst.* § 600; LOBÃO, *Notas a Mello*, III, pag. 534; *Aguas*, § 236; *Casas*, §§ diversos; BORGES CARNEIRO, *obr. cit.* III, § 76.º, pag. 245; CORREIA TELLES, *Digesto*, III, art.ºs 461-462.

É tão palpavel esta verdade que não carece de ser aqui demonstrada; mas discutem os escriptores, e com fundadas razões, se o adquirente da servidão precisa, alem desta capacidade geral, de satisfazer a condições particulares, que constituam *capacidade especial* para aquelle fim.

Não soffre contestação que o dono dum predio póde adquirir, em proveito dêste, quaesquer servidões, porque tal faculdade deriva logicamente da natureza particular da servidão, e o proprio Codigo Civil claramente o indica em muitos dos seus artigos; mas é ponto muito controvertido, no campo legal e nos dominios superiores da sciencia, se além do proprietario algumas pessoas ha que possam igualmente adquirir servidões em favor dum predio a que se achem ligadas por laços mais ou menos transitorios, *v. gr.*, o usufructuario, o emphyteuta, o arrendatario, etc.

Antes, porém, de baixarmos a especialidades, olharemos a questão no seu ponto de vista mais geral. É porque a capacidade *especial* importa sempre uma limitação á capacidade geral, limitação que só da lei póde provir, ou da propria natureza da instituição, o problema desdobra-se naturalmente em dois:

a) A natureza particular da servidão re-

clama que sómente possam adquiri-la certas e determinadas pessoas, e não todas as que são capazes de adquirir direitos á face da lei geral?

β) Estabelece a lei, em algum dos seus artigos, limitações á capacidade geral, para o effcito da aquisição das servidões?

De cada uma dellas nos occuparemos separadamente.

24.—A constituição das servidões consiste fundamentalmente na transferencia de certas utilidades de um para outro predio; já precedentemente, por muitas vezes, o dissemos. Os beneficios da servidão, comquanto sejam em definitiva recebidos pelo homem, é certo que terão de ser percebidos por intermedio do predio dominante. É, portanto, indispensavel que entre o adquirente da servidão e o predio dominante exista uma relação mais ou menos estreita, pois só assim elle poderá fazer uso do seu direito.

Qual deve ser, porém, essa relação?

Sustentam alguns auctores que só póde ser a de

propriedade, isto é, que só o proprietario póde adquirir servidões para o seu predio. LAURENT, que é um dos mais auctorizados defensores desta opinião, defende-a vigorosamente nestes termos ²:

« . . . c'est le fonds qui acquiert la servitude; mais comme le fonds ne peut pas parler au contrat, il faut qu'il y soit représenté. Par qui? Tout détenteur a-t-il qualité pour parler au nom du fonds? Non; il faut qu'il y ait un lien entre le possesseur et le fonds, et ce lien doit être permanent, perpétuel, puisque la servitude est acquise dans un esprit de perpétuité. De là suit que les simples détenteurs qui n'ont aucun droit sur le fonds ne peuvent pas stipuler une servitude au nom du fonds: tels sont les locataires et les fermiers. Sur ce point il n'y a aucun doute, et il nous mettra sur la voie du vrai principe. Duranton demande pourquoi le fermier et le locataire n'ont pas qualité pour acquérir une servitude? Il répond parce que l'on ne peut pas stipuler en son propre nom pour autrui (art. 1121); or, en stipulant une servitude pour le fonds qu'il tient à bail, le preneur stipule réellement pour autrui, car il n'y a aucun lien entre lui et le fonds, le bail n'engendrant, en principe, qu'un lien d'obligation entre le

² LAURENT, *obr. cit.*, VIII, n.º 164.

preneur et le bailleur. Il est sans intérêt comme sans droit. En effet, que lui importe que le fonds acquière une servitude? Pendant la durée de son bail, il y est sans doute intéressé, mais pour satisfaire cet intérêt, il n'est pas nécessaire de stipuler une servitude, un droit de créance suffit ³. Le principe est donc qu'il faut avoir un droit dans le fonds, et que ce droit doit être permanent, perpétuel; ce qui nous conduit à la conséquence que le propriétaire seul peut acquérir une servitude, car lui seul a avec le fonds ce lien permanent qui permet de parler en son nom. Tout autre détenteur, eût-il un droit réel, est sans qualité, puisque les droits réels ne sont que temporaires, et ne donnent par conséquent ni intérêt ni qualité pour stipuler un droit perpétuel ⁴.

Dans l'application, la plupart des auteurs dévient du principe que nous venons de formuler, et qui est celui du droit romain ⁵. Ils traitent la doctrine romaine de subtilité. Qu'est-ce à dire? Une doctrine est-elle fautive par cela seul qu'elle est subtile? Il

³ DURANTON, l. v, p. 559, n.º 659.

⁴ TRAUILLI, *Théorie du code civil*, t. II, p. 437.

⁵ POTHER, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*,

faudrait au moins prouver en quoi elle est fautive à force d'être subtile. Et si le principe tel que les jurisconsultes romains l'ont formulé est faux, il faut dire quel est le vrai principe. On chercherait vainement une réponse à ces questions dans les auteurs; les meilleurs se bornent à décider les difficultés qui se présentent, tantôt par une raison, tantôt par une autre ⁶.

Mas nem por todos é seguida esta doutrina, contra a qual se invocam os seguintes argumentos:

1) É erro grosseiro afirmar que o predio dominante adquiere a servidão, porque as cousas, não podem adquirir nem gosar direitos; podem ser melhorados, mas tanto estes melhoramentos, como os proprios predios, pertencem sempre ás pessoas.

2) Se é certo que ninguem póde estipular, em seu proprio nome, para outrem, isso não impede que a qualquer pessoa, capaz á face da lei geral, seja licito adquirir servidões em favor dum predio que lhe não pertence, porque deve entender-se que

⁶ AUBRY ET RAU, t. III, p. 73 suiv., et notes 10-12, et les auteurs qu'y sont cités.

essa aquisição é subordinada á condição do predio vir ainda a pertencer ao adquirente, e as servidões condicionaes não são por lei prohibidas. Além d'isso, póde mesmo o adquirente propor-se beneficiar o dono do predio, transmittindo-lhe o direito adquirido — o que a lei tacitamente auctorisa — ou ainda desejar especular, vendendo a servidão por maior preço do que o da aquisição.

3) A falta de interesse não é motivo legítimo para impedir a aquisição de qualquer direito; uma tal razão seria attendível em questões de processo, para o exercicio das acções, mas em materia de convenções é mal invocada. Além de que o interesse existe sempre, implicito no fim que o adquirente se propõe, como acabamos de ver. ¹

4) No direito moderno as servidões podem ser constituídas a termo e sob condição, contrariamente ao que succedia no direito romano. Não ha, pois, razão para que não possam adquirir servidões em proveito dum predio, aquelles que sobre esse predio exercem apenas direitos temporarios ⁷.

De qual dos lados está a razão?

Eis o que nos cumpre averiguar.

⁷ Conf. GERMANO, *obr. cit.*, II, n.º 83.

25. — Procedem, indubitavelmente, algumas das razões contrapostas á doutrina de LAURENT; mas julgamos, apesar d'isso, que a sua opinião é verdadeira.

Com effeito os predios não adquirem servidões, porque uma cousa não póde ser sujeito de direitos, nem de obrigações. É isso um princípio elementar, que o proprio LAURENT não desconheceu, — elle, o grande mestre! — e de razão seria que não se interpretassem litteralmente as suas palavras, no propósito manifesto de encontrar um erro onde realmente o não ha. Dizendo que *é o predio que adquire a servidão* o sabio professor quis evidentemente accentuar o caracter differencial da servidão, isto é, que só póde ser constituída *em proveito de um predio*, e, portanto, que o seu adquirente só por meio e intermedio deste hade gosar das vantagens que d'ella derivam.

Já noutro logar advertimos, que a ficção juridica de que LAURENT usou, e com elle tantos outros escriptores, — e até os modernos Codigos quando uniformemente dispõem que a servidão é constituída *em proveito ou vantagem de um predio*, — era indispensavel para exprimir o caracter da *realidade activa* das servidões ⁸.

⁸ Conf. Tom. I, 24.

Não prova, pois, a incorrecção da phrase—se tal incorrecção existe—contra a verdade da doutrina que naquelle princípio fundamentalmente se baseia.

A servidão é um simples accessorio do predio dominante; anda a elle prêsa indissolovelmente, por modo que só pôde ser usufruida conjunctamente com elle, e com elle alienada. O elemento do predio serviente, que constitue o seu particular objecto, está ligado juridicamente ao predio dominante, constituindo, por assim dizer, uma *extensão* sua, cuja existencia autónoma se não pôde comprehender.

Como ha de, portanto, a servidão constituir-se sem a intervenção do dono do predio dominante?

Como pôde operar-se aquella íntima ligação, nas mãos do proprietario, sem que este dê para isso o seu consentimento?

Evidentemente não pôde ser.

Nem se diga que o facto da servidão ser constituida em proveito de um predio sómente deve ser attendido em relação ao seu *exercício*, e não a proposito da sua constituição, por as utilidades, que se transferem para o predio dominante, deri-

varem exclusivamente do *exercício* da servidão; porquanto um direito que não pôde exercitar-se, será, talvez, uma simples expectativa, mas rigorosamente direito não o é.

Pois será lícito affirmar a existencia duma servidão de passagem para um predio, onde o sujeito de tal direito não pôde entrar, porque o legítimo proprietario a isso se oppõe?

Se a servidão é de sua natureza *inseparavel* dos predios a que activa e passivamente pertence, como se comprehende esta extravagante situação, em que não existe predio dominante, e em que o dono do direito não pôde fazer uso d'elle, e *nem sequer consentir que outrem o frúa?*

Os que affirmam a possibilidade do adquirente da servidão a transmittir ao proprietario dominante, a titulo oneroso ou gratuito, esquecem que tal direito é *inalienavel*, e, uma vez existente, não pôde mais ser transmittido independentemente do predio a que pertence. A transferencia da servidão do dominio do adquirente para o daquelle que, pelo facto de ser dono do predio dominante, a pôde exercer, é evidentemente contrária á propria natureza desta instituição. (Cod. Civ., art. 2268.º).

E esta doutrina é verdadeira ainda mesmo para o caso em que a aquisição das servidões seja feita sob

a condição de só poder exercitar-se quando o predio dominante venha a passar para o domínio do adquirente, porque neste caso a existencia da servidão fica dependente de tal condição vir a realizar-se (Cod. Civ. art. 278.º), e nunca poderá ser transferida para qualquer outro proprietario por aquelle que a adquiriu antes da mesma condição se ter verificado. Portanto neste contracto, cuja validade accetámos, a aquisição é feita, não por um qualquer extranho, mas por um *presumido proprietario* do predio dominante, o que faz entrar a pretendida excepção na regra geral acima enunciada.

E nem obsta a circumstancia, por alguns invocada, de poderem, no moderno direito, constituir-se servidões *temporarias*, pois é isso para attender no campo puramente legal, em relação a cada país em particular; mas devemos, ainda assim observar, que o estudo da legislação comparada não confirma inteiramente esta asserção. Pelo que nos diz respeito, o argumento perde inteiramente a sua força perante o art. 2279.º do Código Civil que, segundo cremos e noutra logar procuraremos demonstrar, não auctorisa entre nós a constituição de servidões a termo.

Mas se tal é, scientificamente, a verdadeira solução, necessario se torna verificar agora se o

legislador português nesta parte se conformou com os ensinamentos da sciencia.

26. — Não ha na lei disposição expressa que conceda o direito de adquirir servidões sómente a quem é proprietario, mas de muitos artigos se infere que foi este o pensamento do legislador. Falla-se a cada passo em *dono do predio dominante* para designar o sujeito do direito; e no art. 2279.º diz-se que as servidões acabam «pela reunião dos dois predios, dominante e serviente, no *dominio* da mesma pessoa» e «pela renúncia ou cedencia do *dono do predio dominante*», o que mostra com toda a evidencia, que *sómente o dono* do predio póde adquirir servidões.

Com effeito, se esta faculdade fosse extensiva a qualquer outra pessoa, não acabariam as servidões quando para a mão desta passasse o predio serviente? É manifesto que sim, pois não podia ella ser conjunctamente sujeito do direito e da obrigação correlativa.

Além d'isso, como poderia a renúncia ou cedencia do *dono* do predio dominante fazer acabar uma servidão, que a elle não pertencia, mas a um terceiro?

O legislador português, ao redigir todo o capítulo do Código Civil, em que se tracta *ex-professo* das

servidões, teve, claramente, em vista que só o proprietário podia adquirí-las.

A doutrina contrária seria mesmo incompatível com o preceito do art. 2268.º, como acima observámos, com o art. 2277.º, e com outros, do mesmo Código.

27. — Em face do que deixamos exposto podemos desde já afirmar, que só o PROPRIETÁRIO PÓDE ADQUIRIR SERVIDÕES, em proveito ou serviço do seu predio. É esta a illação que irresponsavelmente deriva da natureza especial desta instituição jurídica; é esta, também, a conclusão que logicamente resalta da leitura dos diversos artigos em que o legislador português professou a materia das servidões. Mas é de razão que desçámos agora á ponderação de alguns casos concretos, que a jurisprudencia patria nos offerece resolvidos, e as divergencias dos escriptores tornam de melindrosa apreciação.

28. — Poderá o COMPROPRIETARIO adquirir servidões para o predio commum?

É questão ainda hoje controvertida no campo doutrinál; mas suppomos que a verdade está com os que se prounciam pela negativa.

Com effeito o comproprietario, não tendo direito

exclusivo sobre uma parte determinada do predio (Cod. Civ. art. 2278.º), não póde adquirir servidões para o seu quinhão, por ser característica reclamada pela natureza da servidão que os dois predios, dominante e serviente, sejam *individualisados*, como noutro logar já dissemos⁹; e não póde, egualmente, adquirí-las para todo o predio commum, porque, em relação ás porções dos seus consortes, elle representa o papel de qualquer terceiro, e não tem, portanto, titulo algum que legitíme a sua intervenção no contracto.

É verdade que alguns escriptores dizem, justificando a opinião contrária, que o comproprietario sómente adquire em proprio nome a servidão para a sua parte, contractando em relação ás demais porções em nome dos restantes consortes; mas esta razão desloca completamente a questão, que se reduz desde logo a averiguar se uma pessoa póde, ou não, contractar em nome alheio, e quaes os effeitos dêsse contracto. Tal hypothese não é omissa na lei, e por isso não ha motivo para dúvidas: as servidões por este modo adquiridas produzirão todos os seus effeitos sendo ratificadas pelo interessado antes que a outra parte se retracte (Cod. Civ. art. 646.º).

⁹ Conf. Tom. I, 90, 166.

Mas nenhum effeito produzirá o contracto se o comproprietario fizer a aquisição em *seu proprio nome*, porque elle não tem capacidade para representar todo o predio, mas sómente para exercer os direitos que por lei pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que tem na propriedade commum (Cod. Civ. art. 2176.º).

Quando, porém, o consorte não tiver expressamente declarado que faz a aquisição em seu proprio nome, ou em nome dos seus consocios, o que deverá presumir-se?

O art. 645.º do Codigo Civil estabelece como regra geral que os contractos são feitos pelos outorgantes em seu proprio nome, e só como excepção admite a validade dos contractos feitos em nome de outrem, o que naturalmente conduz á presumpção de que as partes contractantes o fizeram em seu proprio nome, sempre que o contrário não foi expressamente declarado. É, porém, isso uma questão de facto, que o juiz terá de resolver em cada caso particular, á face dos elementos de prova que os autos offerecerem.

Por agora basta consignar que o comproprietario não póde adquirir servidões, em seu proprio nome, nem para todo o predio commum, nem para

a parte que nelle lhe pertence; ficando dependente da ratificação posterior dos outros consortes a validade da servidão constituida em nome destes.

29. — Não póde tambem o USUFRUCTUARIO, em seu proprio nome, adquirir servidões para o predio usufruido, pela razão de que, sendo a servidão *perpétua*, e não podendo o usufructuario transmitti-la ao proprietario, por ser tambem de sua natureza *inalienavel*, só poderia comprehender-se a sua aquisição pelo usufructuario, quando o usufructo fosse egualmente perpétuo, o que realmente não succede, nem poderia succeder.

Demais, a servidão importa o *dominio* do proprietario dominante, *qua tal*, sobre um dos elementos do predio serviente, e não póde ser sujeito deste direito quem sobre o predio dominante tem apenas direitos de gozo.

Mas claro é que a nossa opinião não exclue as servidões adquiridas pelo usufructuario em nome do proprietario, nos termos precisos do já citado art. 646.º do Codigo Civil, cuja doutrina tem de acatar-se em todo o caso.

30. — A rigorosa applicação do princípio que acima procurámos estabelecer, levaria a negar tambem ao EMPHYTEUTA capacidade para adquirir

servidões em proveito do predio emprazado, visto como elle tem sómente o dominio util dêsse predio, e não é, portanto, *proprietario*, na significação juridica do termo ¹⁰.

No entretanto, as considerações que noutro logar espozemos relativamente á feição particular, que legalmente offerece a situação do foreiro em presença do senhorio directo, conduzem naturalmente á solução opposta.

Á face do Codigo Civil o emphyteuta deve até certo ponto considerar-se *verdadeiro proprietario* ¹² do predio emprazado, do qual pôde dispôr por qualquer fórma, uma vez que fique assegurado o capital correspondente ao fóro, (Cod. Civ., artt. 1673.º, 1676.º e outros).

Nenhuma razão ha, pois, para que elle não possa adquirir servidões em proveito do *seu* predio, visto que até as pôde sobre elle constituir.

Mas, repetimos, não é isto uma derogação ao principio geral acima formulado, pois a situação do foreiro em face das nossas leis é equivalente á. do proprietario dum predio hypothecado á segurança de certa divida. E é bem de ver que

¹⁰ Conf. tom. 1.º, 4, not. 9; Cod. Civ., art. 1654.º

¹¹ Conf. tom. 1, 22, a).

este não deixa, pelo facto da hypotheca, de ser *proprietario* e de poder adquirir servidões para o seu predio.

31. — O mesmo não dizemos já com respeito ao ARRENDATARIO, que não tendo com o predio ligação permanente, e possuindo em nome do senhorio, evidentemente não pôde adquirir servidões em proveito do predio arrendado.

No entretanto já se discutiu na imprensa juridica esta questão, a proposito do art. 456.º do nosso Codigo Civil, adoptando a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA a solução, que tambem para nós exprime a verdade, e defendendo-a nos seguintes termos:

«A adjudicação de aqueducto envolve a constituição de um onus real no predio serviente; e tendo o arrendatario de um predio só o direito de fruição d'elle, não é pessoa legitima para requerer que se imponha em certo predio um onus em beneficio de outro predio que não é seu».

«E se o arrendatario só pôde representar o senhorio em certas e determinadas acções, e ainda assim nestas representa o senhorio, depois de o ter avisado, e até que este proveja no caso como cumprir (Cod. Civ., art.º 1608.º n.º 4, e 1451.º); não devemos entender que o Codigo quizera permittir ao

arrendatario de um predio que requeresse em favor d'elle a constituição de uma servidão em outro predio.»

«Além de que o Codigo Civil, no art. 2309.º, dá só aos proprietarios de terrenos encravados a faculdade de exigir caminho ou passagem pelos predios vizinhos; e sendo esta servidão equivalente á de aqueducto não pôde ser tambem exigida senão pelos proprietarios dos predios a que aproveita.»

«Finalmente, o art. 544.º do Codigo do Processo chama *expropriação* á adjudicação de aqueducto, e como tal não deve ser requerida senão pelo dono do predio em beneficio do qual se faz a expropriação.»¹²

As considerações da REVISTA, como se vê, prendem-se particularmente á hypothese, que era chamada a resolver, e seria por isso extemporanea qualquer apreciação, que dellas aqui fizessemos, antecipando doutrina que tem o seu logar proprio na parte deste trabalho destinada ao estudo das *servidões legaes*.

32. — Em idênticas condições está o simples POSSUIDOR, de boa ou de má fé; tambem este não

¹² REV. cit., XIII; 596.

póde adquirir servidões em proveito dum predio, que não lhe pertence, e do qual poderá ser privado em qualquer occasião.

Quanto ao possuidor de má fé a doutrina por nós acceita não é susceptivel de grandes reparos, comquanto haja quem a não perfilhe. Com effeito, sabia elle perfeitamente, ao adquirir a servidão, que o predio lhe não pertencia, e por isso representava na realidade o papel de um qualquer terceiro, desligado do predio, e que não podia fazer a aquisição em seu proprio nome. E não deve presumir-se, como diz LAURENT¹³, que elle quizesse fazer a aquisição em nome e proveito do proprietario, visto que as suas intenções eram até despojá-lo do proprio predio.

O possuidor de boa fé, por seu lado, tambem não podia ter a intenção de adquirir em nome do proprietario, visto como elle se considerava legítimo dono da cousa; e em proprio nome não poderia fazê-lo, porque, não podendo a servidão separar-se do predio, quando este fosse reclamado por seu dono haveria necessidade do possuidor transmittir para este o direito adquirido, o que é legal e racionalmente inadmissivel.

¹³ LAURENT, *obr. cit.*, VIII, n.º 466, pag. 498.

Em qualquer dos casos, pois, não poderão as servidões ser legalmente constituídas.

33. — Não obstem, porém, as considerações que ficam expostas, a que as pessoas, que não podem adquirir servidões em proveito dos predios a que se acham ligadas por vinculos mais ou menos temporarios, possam, todavia, adquirir direitos de outra natureza, mas de identicos resultados. Assim o usufructuario, ou mesmo o simples arrendatario, podem adquirir direito a conduzir aguas para o predio usufruído ou arrendado, atravez de outros predios alheios; mas taes direitos não são servidões, e acabam chegado o termo do prazo porque foram convencionados, ou expirando o usufructo ou arrendamento. São verdadeiros direitos de *credito*, e não direitos reaes.

Servidões, sómente podem aquellas pessoas adquirir-las quando o façam em nome do proprietario, e dependentes da ratificação posterior por parte dèste, nos termos, já indicados, do art. 646.º do Codigo Civil, porque esta ratificação, como diz o sr. DIAS FERREIRA ¹⁴, equivale ao mandato anterior.

No entretanto, a fórma por que habitualmente se

fazem os contractos, que por escripto particular podem ser provados, fornece um meio simples de adquirir servidões em nome alheio, independentemente da intervenção no contracto da pessoa em cujo favor se estipula.

É de todos sávido que o concedente do direito se limita, em geral, a fazer um titulo de *confissão*, onde ninguem mais intervém, além das testemunhas e do mesmo concedente. Ora nada obsta a que nesse documento, embora seja passado por effeito de contracto com um terceiro, se declare que o adquirente é o proprietario do predio dominante, evitando-se por este modo muitas das difficuldades que acima deixamos mencionadas.

Mas quando só por meio de escripto authenticico se possam provar as servidões, então é indispensavel para a validade destas que no contracto intervenha o *proprietario* do predio dominante, ou que este depois ratifique o que por outro foi em seu nome feito.

¹⁴ DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, I, 53.

§ 2.º — Das servidões constituídas

POR PRESCRIÇÃO ¹

31. — A constituição das servidões por prescrição tem sempre dado lugar a duvidas; relativa superioridade do nosso Código Civil. **35.** — As servidões descontinuas e as não-apparentes, em caso nenhum podem ser adquiridas por prescrição. **36.** — A que pessoas aproveita a prescrição? **37.** — Só o *proprieta-rio* e o *emphyteuta* podem adquirir servidões por este meio. **38.** — *Quid*, se o predio dominante é adquirido por prescrição? **39.** — Requisitos que a posse deve ter. **40.** — E se os actos são praticados pelo arrendatario? **41.** — Prazos da prescrição **42.** — Critica da doutrina do Código Civil. **43.** — Todas as servidões apparentes, continuas ou descontinuas, deviam adquirir-se por prescrição. **44.** — O Direito Romano e a Idade média **45.** — O Direito velho. **46-51.** — Interpretação do § un. do art. 2273.º do Código Civil.

34. — Desde os tempos primitivos do Direito Romano tem sido objecto de grandes controversias,

¹ LAURENT, *obr. cit.*, VIII, n.º 192-206; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, XII, n.º 765-803; LALAURE ET PAILLET, *obr. cit.*, Liv. I, cap. IX; DURANTON, *obr. cit.*, V, 575 e seg.º; DEMANTE, *obr. cit.*, II, 546; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, 231; PARDESSUS, *obr. cit.*, II, 279 e seg.º; ZACHARIE, *obr. cit.*, II, 336; TOULLIER, *obr. cit.*, III, 634-636; TAULIER, II, 441; GERMANO, *obr. cit.*, II, 142 e seg.º; MAZZONI, *obr. cit.*, III, pag. 442; GOYENA, *obr. e log. cit.*; COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, § 579; LOBÃO, *Notas a Mello*, III, pag. 855, n.º 11 e 12; CORREIA TELLES, *Digesto*, III, art.º 453 e seg.º; LIZ TEIXEIRA, *obr. cit.*, III, pag. 283; BORGES CARNEIRO, *obr. cit.*, IV, § 78, IV.

e motivo de graves incertezas, a aquisição das servidões por meio da prescrição. Ainda hoje, nos escriptos dos jurisconsultos e nas decisões dos tribunaes, se refletem, por ventura com mais intenso brilho, as antigas divergencias, apesar dos legisladores modernos terem envidado os mais louvaveis esforços no sentido de cortar difficuldades, não deixando campo para indecisões. Mas, como diz MACHELARD, «il n'y a pas de matière où l'appréciation des circonstances joue un rôle plus important, et par conséquent qui soit plus rebelle à s'assujettir à des formules législatives, fixées d'autorité, sans tenir compte des faits essentiellement variables.» ².

O nosso Código Civil não é daquelles que, nesta parte, merece maiores censuras; muito ao contrario o legislador portuguez, conhecedor das difficuldades que em França enredaram a materia, imperfeitamente versada nos artt. 690.º e 691.º do Código Napoleão, procurou evitá-las com seguro criterio, aplanando o caminho á jurisprudencia patria. Só é para lamentar que a relativa correcção da fórma não fôsse acompanhada das necessarias reformas na doutrina.

² MACHELARD, *obr. cit.*, p.º 96, pag. 79.

35. — Podem ser objecto de prescripção, nos termos precisos do art. 506.º do Código Civil, todas as cousas, direitos e obrigações que estão em commercio, e que não foram exceptuadas por lei. Ora uma dessas excepções acha-se consignada no art. 2273.º para as servidões *descontínuas*, apparentes ou não-apparentes, e para as *contínuas-não-apparentes*, as quaes não podem ser adquiridas, posteriormente á promulgação do Código, por meio da prescripção. É uma regra precisa e clara; a sua applicação tem, no entretanto, dado logar a muitas duvidas, antes originadas em questões de facto, relativas á verdadeira classificação das servidões, do que no preceito terminante da lei.

36. — Só as servidões *contínuas-apparentes* podem, por consequencia, adquirir-se por prescripção; assim o declara o art. 2272.º, e resultava, tambem, sem sombra de duvida, da simples approximação dos art.ºs 506.º e 2273.º

Mas quem póde adquiri-las?

Em que termos póde ser feita a adquisição?

Nada a tal respeito diz a lei no capítulo consagrado ás servidões, tendo, por isso, de applicar-se

aqui os principios geraes compatíveis a particular natureza da servidão.

Não tem cabimento neste trabalho o seu estudo desenvolvido; mas é indispensavel que lhes façamos algumas, embora leves, referencias.

37. — Em geral a prescripção aproveita a todos os que podem adquirir, e ainda mesmo aos incapazes, por intermedio das pessoas que legalmente os representam; assim o dispõe o nosso Código Civil, art. 507.º § unico; mas esta disposição, em materia de servidões, deve entender-se num sentido mais restricto do que parecem indicar as proprias palavras da lei.

Com effeito, nem a todos os que podem adquirir direitos é lícito invocar a prescripção para legitimar o dominio sobre uma dada servidão, porque esta só pelo proprietario dominante póde ser exercida, e, consequentemente, adquirida.

Mas não significa isto que o proprietario tenha de praticar pessoalmente os actos de posse necessarios para a prescripção: qualquer representante seu o póde fazer, com os mesmos effeitos e nas mesmas condições. Assim: o arrendatario, que possui em nome do senhorio, póde adquirir servidões para o predio arrendado, praticando em nome do mesmo senhorio, os actos de posse para esse fim necessa-

rios; mas se os praticasse em nome proprio a servidão jámais poderia existir, por longissima que a posse fôsse.

Já precedentemente dissemos as razões da nossa opinião ³, as quaes têm neste logar cabimento egual; inutil e fastidioso seria o repeti-las. Aqui, como além, diremos, pois, que só O PROPRIETARIO E O EMPHYTEUTA PODEM ADQUIRIR SERVIDÕES PARA OS SEUS PREDIOS, POR MEIO DA PRESCRIPÇÃO POSITIVA.

38. — Mas uma observação nos parece indispensavel accrescentar á regra que acabamos de formular.

Não poderá, em caso algum quem não é dono do predio dominante adquirir servidões em favor dêste?

Julgamos que sim, mas sómente quando a aquisição do predio dominante seja feita tambem por prescripção, e anteriormente á da servidão.

Assim, por exemplo, Antonio entra illegalmente na posse dum predio para o qual começa a conduzir aguas por um rego aberto noutro predio. Passam trinta annos. Antonio, que ficou desde então sendo legítimo dono do primeiro, poderá dizer-se tambem dono da servidão?

A resposta pôde offerecer alguma difficuldade, em vista dos principios por nós expostos. Com effeito Antonio, que antes de prescrever o predio não tinha capacidade para adquirir a servidão por não ser delle proprietario, em que titulo fundará o seu pretendido dominio sobre ella? Que decorram mais trinta annos sobre o dia em que se completou a prescripção do predio dominante, e a servidão será definitiva e indiscutivelmente constituida; mas antes disso não será arriscado affirmá-lo?

Estas objecções, que a ponderação da hypothese faz surgir em nosso espirito, não obstam, todavia, a que persistâmos na opinião acima enunciada. É certo que só o proprietario pôde, a juizo nosso, adquirir servidões por meio da prescripção; mas aquelle que tambem pela prescripção adquiriu o predio dominante presume-se verdadeiro proprietario desde o dia em que a sua posse teve principio. Todos os actos por elle praticados durante aquelle periodo consideram-se tão valiosos e legitimos, como se os praticára o proprio dono; por conseguinte as servidões por elle adquiridas não poderão mais ser invalidadas. Succede o mesmo que nos contractos dependentes de condição suspensiva: realisada a condição considera-se o contracto perfeito desde que foi celebrado. (Cod. Civ., art. 678.º). Na hypothese

³ Conf. SUPRA, 25 e seg.º.

por nós considerada, os efeitos da prescrição retrotraem-se, também, até ao dia em que a posse começou.

E, sendo assim, a validade da servidão não importa, propriamente, uma restrição ao princípio por nós defendido; não é mais do que a sua aplicação num caso particular, cujo melindre, todavia, não desconhecemos.

39.— A posse, para o efeito da prescrição das servidões, deve satisfazer aos requisitos por lei exigidos para a prescrição de quaesquer outros direitos immobiliarios; isto é: titulada, de boa-fé, pacífica, contínua e pública (Cod. Civ. art. 517.º). Mas destes requisitos sómente tres são essenciaes: a falta de título e a má fé não obstam á prescrição, comquanto alarguem o seu praso (Cod. cit. art.º 526.º-530.º), mas é sempre indispensavel, para que a servidão se considere legalmente constituída, que a sua posse tenha sido pública, pacífica e contínua ⁴.

Não deve, porém, esquecer-se que, nos termos do art. 474.º do Codigo Civil, os actos facultativos,

⁴ Assim o julgou, a proposito da servidão de *aqueducto*, a *Rel. de Lisboa*, em Acc. 45-VI-93. (*Gar. Rel. Lisb.*, vii. 275).

ou de *mera tolerancia* não constituem posse ⁵, de modo que não pôde em tempo algum ser invocada a prescrição de certo onus imposto sobre um predio, se o dono do predio beneficiado reconheceu em qualquer documento que só por favor do proprietario onerado gosava daquellas vantagens, e pelo tempo que este, ou seus herdeiros, o consentissem. Mas se o predio beneficiado foi transmittido a outros por título particular, sem aquella declaração, bem pôde a prescrição vir a realizar-se, se, a partir do contracto, o novo proprietario gosar daquelles direitos pelo tempo necessario á prescrição, sem opposição do proprietario serviente, porquanto aquelle reconhecimento só obrigava o antigo proprietario e seus herdeiros ou successores ⁶.

⁵ A discriminação entre os actos de *posse* e os de *mera tolerancia*, escreve MAZZONI, é uma questão essencialmente de facto. Para decidi-la deverá o juiz attender ao complexo das circunstancias, e especialmente ás relações entre o proprietario do predio dominante e o do predio serviente; pois a tolerancia ou familiaridade presuppõe laços de amizade, ou pelo menos de boa vizinhança. Deve igualmente averiguar se o estado dos predios, apresentado como constitutivo da servidão, deu causa a diminuição do direito de propriedade do predio serviente, de modo que o dono deste tivesse serio interesse em oppôr-se-lhe» (*Obr. cit.*, iii, pag. 443-444.)

⁶ GERMANO, *obr. cit.*, II, n.º 162, pag. 182-183; MAZZONI, *obr. cit.*, II, pag. 444; AUBRY ET RAU, *obr. e log. cit.*; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, XII, 779; LAURENT, *obr. cit.*, VIII, 206.

Para obviar a este inconveniente aconselha a REVISTA DE LEGISLAÇÃO que o dono do predio one-rado faça notificar a todos os compradores as condi-ções em que o encargo foi estabelecido, evitando assim que a prescripção se dê ⁷.

⁷ Eis a hypothese submettida á consideração da REVISTA:

«Francisco e mulher, por escriptura de 3 de julho de 1875, conce-deram licença a Anna de Jesus, para no andar terreo da sua casa, e do lado do norte, abrir uma janella de peitoril, de um metro e quatro centímetros de altura, com egual medida de largura, e isto com as seguintes condições: 1.ª que a dicta janella, emquanto existir aberta, terá vidraça sempre fechada; 2.ª que a mesma janella será tapada de pedra e cal toda a vez e hora que os outorgantes Francisco e mulher, seus herdeiros e successores, possuidores do casal do Prado, exigirem esse tapamento, sem que á outorgante Anna de Jesus, seus herdeiros e successores, seja licito exigirem a razão dêsse tapamento; e quando elles a não tapem dentro do praso de oito dias, a contar daquelle em que para isso forem avisados, será o tapamento mandado fazer pelós outorgantes Francisco e mu-lyher, herdeiros e successóres, á custa da outorgante Anna de Jesus, herdeiros e successores.

«A casa da dicta Anna de Jesus, em que foi aberta a janella, está descripta e confrontada na escriptura acima citada.

«Falleceu Francisco e mulher, e o seu herdeiro, possuidor do casal do Prado, deseja registrar na conservatoria do registro predial a dicta escriptura, para segurança das condições, mas o conservador duvida fazer o registro.

«Pergunta-se: 1.º Deve ou não o conservador fazer o registro em favor do herdeiro de Francisco e mulher, possuidor do casal do Prado? 2.º No caso affirmativo, qual é a disposição de lei, que a isso o auctorisa? 3.º No caso negativo, se a mencionada Anna de Jesus Oliveira vender a casa, e as condições da referida escriptura

40. — Nem podem considerar-se como actos de posse, aquelles que o arrendatario pratica em pre-dio seu, porquanto não é a titulo de proprietaric do predio beneficiado, mas sómente como arrenda-tario do outro, que elle transfere dêste para aquelle algumas utilidades, o que legalmente lhe é permit-tido.

De modo que se um individuo explorou aguas

não estiverem registadas na conservatoria, o comprador da dicta casa poderá ser obrigado a fechar a janella a pedra e cal?.

Resposta: — A abertura da janella a que se refere a consulta não constitue em favor do predio de Anna de Jesus uma servidão im-posta no predio de Francisco e sua mulher, visto que estes deram licença para aquella abertura com a condição de elles, seus herdeiros e successores, taparem a janella a pedra e cal, sempre que lhes aprouvesse.

Não constituindo tal janella uma servidão nem algum dos outros onus reaes, de que falla o art. 949.º do Codigo civil, o conservador com razão se recusa a fazer o registro que se lhe exige, pois não ha que registrar.

Tendo os senhores do predio de Francisco e sua mulher o direito de tapar, quando quizerem, a janella que estes permitiram que Anna de Jesus abrisse sobre o predio delles, o mais acertado é fazerem o tapamento antes de ter decorrido o tempo sufficiente, para os senhores do predio de Anna de Jesus poderem invocar a prescripção em seu favor. Mas, quando não queiram usar dêste di-reito, podem requerer ao juiz, sempre que o predio de Anna de Jesus passe para novo possuidor, que a este sejam notificadas as condições com que foi dada licença para a abertura da janella, a fim de que nunca possam allegar a prescripção em seu favor.

núm predio que traz de renda, e as tem conduzido por um aqueducto, atravez do mesmo, para um predio seu, ainda que similliantes factos se hajam repetido por mais de trinta annos, nunca poderá invocá-los para fundamentar a *prescripção* acquisitiva da servidão, comò acertadamente já foi entre nós decidido ⁸.

E não póde tambem, por identica razão, o senhorio dum predio invocar o facto do respectivo arrendatario ter applicado um predio proprio em serviço do arrendado ainda que aquellas relações de dependencia houvessem durado por mais de cem annos, porque no exercicio legitimo do seu direito de propriedade podia o proprietario fazer servir o seu predio a qualquer outro, sem que dahi derivassem para este quaesquer direitos. Não póde, nem deve presumir-se que elle fôsse em nome do senhorio usar duma cousa, que lhe era propria, e da qual podia servir-se pela mesma fórma em seu proprio nome.

Por isso, ainda que o arrendatario de um predio para lá faça conduzir aguas doutro predio sobre o qual tem pleno dominio, nunca o senhorio poderá arrogar-se o mesmo direito, terminado que

⁸ Sent. de 1.ª instancia, de 23-x-II-1890, (Rev. de Leg., xxiii, 555-557).

seja o arrendamento, por maior que fôsse o lapso de tempo durante o qual permaneceram aquellas relações entre os dois predios ⁹. Mas póde dar-se a adquisição se o predio serviente for alheio, porque o arrendatario, em relação a terceiros, representa o senhorio.

41. — Os prazos para a prescripção acquisitiva das servidões, são os mesmos que o legislador estabeleceu, para a adquisição dos immoveis, nos art.ºs 526.º a 530.º do Codigo Civil, os quaes vão indicados no schéma seguinte:

		Posse	
		Titulada e de boa fé	Sem titulo e de má fé
Tendo registo	de mera posse....	5 annos	15 annos
	do titulo.....	10 „	20 „
Sem registo.....		15 „	30 „

Estes prazos começam a contar-se, quando ha registo, desde a data dêste, ou melhor, desde que no *Diario* da conservatoria foi lançada a *apresentação* do competente documento; quando a servidão

⁹ Conf. REV. DE LEG. E DE JURISPR., XV, 117.

não foi registada, a prescrição começa a correr desde o dia em que o seu exercício se iniciou ¹⁰.

Mas, sendo independente de facto do homem o exercício das servidões contínuas, únicas que podem ser por este meio adquiridas, a posse começará logo que as obras indispensáveis para aquelle exercício se achem em condições delle se realizar?

Entendemos que não, porque seria isso confundir a *fôrma* com o *direito* de servidão. A posse d'esta só começa com o seu *exercício effectivo*, como

¹⁰ O Código Civil italiano, que exige a posse de trinta annos para a prescrição das servidões continuas-apparentes, estabelece no art. 631.º o ponto de partida para o cómputo da mesma posse nos termos seguintes: «Nelle servitù affirmative il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo servente. Nelle servitù negative il possesso comincia del giorno della proibizione fatta con atto formale del proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo».

Esta disposição deu lugar a fundados reparos, porque sendo não-apparentes, e como taes imprescriptiveis, as servidões *negativas*, ou fica sem applicação a segunda parte daquelle artigo ou leva a concluir que ha servidões não-apparentes que podem ser adquiridas por prescrição. A dificuldade, porém, desapparece, no dizer de alguns, perante a consideração de que algumas servidões negativas podem ser apparentes, como em logar opportuno já dissemos (Tomo I, n.º 122.º, pag. 216-217), referindo-se aquelle artigo sómente a estas.

O Código Civil francés é omisso a este respeito, o que tem levado alguns escriptores a sustentar que a posse deve começar a contar-se desde o dia em que as obras foram terminadas, o que nos parece menos juridico, como vae dicto no texto.

claramente resulta do art. 474.º do Código Civil, que faz consistir a posse dos direitos na sua propria *fruição*.

42. — Tempo é já de investigar as razões que determinaram o legislador português a seguir na esteira do Código Civil Francés, fazendo profunda distincção entre servidões contínuas e descontínuas para o effeito de poderem, ou não, ser adquiridas por meio da prescrição.

E fallamos sómente daquelle distincção, pois é evidente, e de todo o ponto attendivel, o motivo que faz excluir as servidões não-apparentes do objecto da prescrição: não se revelando por signaes exteriores, mal poderiam ser conhecidas pelo proprietario serviente ¹¹, faltando assim o fundamento legítimo da prescrição que assenta na presumpção de que o proprietario, não se oppondo aos actos praticados pelo possuidor, tacitamente reconhece, ou que não tem direito a oppor-se, ou que renuncia, em favor daquelle, aos direitos por elle exclusivamente exercidos.

¹¹ «Os factos de gôso, escreve MACHELARD, são fugitivos, transitorios, podem escapar facilmente á attenção do vizinho. A publicidade não é sufficiente; ha quasi clandestinidade.» (Obr. cit., n.º 103, pag. 85).

Tal presumpção, porém, não é logicamente admissível em relação a factos que o proprietario desconhece, como seriam, na sua quasi totalidade, as servidões não-apparentes a cuja posse falta na maior parte das vezes o requisito da *publicidade*.

Bem andou, consequentemente, o legislador português excluindo a prescripção de entre os meios de adquirir as servidões não-apparentes.

Mas caberá louvor igual ao preceito do art. 2273.º do Código Civil, que prohibe a aquisição das servidões descontínuas, apparentes ou não-apparentes, por meio da prescripção?

Julgamos que não.

43. — O fundamento racional da doutrina geralmente estabelecida, e que o nosso Código accitou, é, no dizer quasi unanime dos escriptores, a presumpção de que as servidões descontínuas resultam, em regra, de actos de tolerancia do proprietario; permittir que taes servidões se adquirissem por prescripção, seria, portanto, ferir com rude golpe as relações, que a lei deve procurar quanto possível estreitar, de boa vizinhança entre os proprietarios, sancionando a ingratição do possuidor.

Ora a análise attenta dos factos mostra por

modo indubitavel que uma tal presumpção carece de base sólida.

Com effeito, as relações de boa vizinhança facilitam entre os proprietarios a prática de certos actos, que por muito tempo repetidos levariam á prescripção; mas é de razão observar que isto tanto succede nas servidões contínuas, como nas descontínuas. O argumento provaria, pois, contra todas as servidões.

Quando a posse se exerce sem prejudicar o proprietario da cousa possuida, é licito suppôr que taes actos se baseiam na expressa ou tacita permissão dêste; é justo considerá-los uma natural consequencia das relações de *familiaridade* entre os dois proprietarios, porque facilmente se supporta aquillo que não nos causa prejuizo; mas quando de taes actos resulta penoso gravâme, quando o beneficio colhido pelo possuidor impôrta graves prejuizos para o proprietario, tal presumpção, se é estabelecida por lei, contradiz, no entretanto, a lição inilludível dos factos.

O preceito do art. 2273.º do nosso Código, portanto, só poderia justificar-se quando se demonstrasse que sómente das servidões contínuas podem resultar prejuizos e danos para o proprietario serviente.

Tal demonstração é, porém, de todo o ponto im-

possível. Muito pelo contrário pôde bem afirmar-se que a circunstância da continuidade ou descontinuidade da servidão tem, sob este ponto de vista, uma importancia minima. A servidão de passagem por caminho bem patente, para uma casa ou jardim onde é preciso ir a cada momento, torna-se muito mais sensível e prejudicial ao proprietario serviente do que a servidão contínua de vistas; maior é o damno e o incómodo causado por aquelle que vae repetidas vezes ao quintal do vizinho buscar agua para as suas necessidades domesticas, do que o produzido pela existencia dum aqueducto, raras vezes expurgado, e cujo uso é, na maior parte dos casos, feito só em largos periodos de tempo.

A intervenção do homem no exercicio da servidão, sempre renovada e sempre indispensavel — que é o caracteristico differencial das servidões descontínuas — representa para o proprietario serviente, por via de regra, se não um grande damno, pelo menos um grande incómodo — tão grande como o que normalmente deriva do exercicio das servidões contínuas.

Como erigir, então, em princípio geral, a presumpção de que os factos indicativos das primeiras resultam da tolerancia do proprietario onerado?

Não será desconhecer a propria natureza das

cousas por uma tal regra acima e contra toda a prova em contrario?

Pois a existencia permanente de signaes reveladores da servidão deixam, acaso, alguma dúvida ao proprietario serviente ácerca das intenções do possuidor, e da natureza da sua posse?

Não pôde, a meu juizo, duvidar-se de que uma tal presumpção contrária a realidade dos factos. O preceito do art. 2273.º do Codice Civil, que nella encontra a razão da sua existencia, devia, portanto, ser eliminado, permittindo-se a adquisição de todas as servidões apparentes, ou fossem contínuas ou descontínuas, por meio da prescripção ¹².

Ao juiz ficaria a apreciação das circunstancias particulares que viciassem a posse. Não se achando devidamente comprovado, por parte do proprietario dominante, que os actos por elle praticados não eram de mera tolerancia ou facultativos, mas sim

¹² Os tribunaes, na impossibilidade de saltarem por sobre a disposição clara e terminante do art. 2273.º, procuram corrigir os seus inconvenientes, sophismando a classificação das servidões, tendo já considerado por vezes a servidão de passagem, quando se revela por um caminho permanentemente aberto, como *continua*, afim de poderem reconhecer a procedencia das acções possessórias que tendem a mantê-la (Cod. do Proc., art. 490.º), etc. As mesmas tendencias se observam nos países estrangeiros, onde as leis consignam doutrina identica á do nosso Codice.

verdadeiros actos de posse, (Cod. Civ., art. 474.º § 1.º), a servidão deixaria de ser reconhecida, porque a propriedade presume-se livre de quaesquer onus, emquanto a existencia destes não fôr devidamente demonstrada.

Tal se me affigura ser, tambem, a direcção que parece vir tomando esta instituição juridica, na extensa linha da sua evolução.

44. — Não fallavam as leis das XII TABOAS na *usucapião* como meio de adquirir as servidões; mas não obistou isso a que os Jurisconsultos Romanos, supprindo a omissão da lei, e contrariando até o princípio de que as cousas incorporeas, não podendo ser objecto de posse civil, escapavam aos effeitos da prescripção ⁴³, inventaram a *quasi-posse* das servidões para justificar a sua constituição por aquelle meio.

É isso um ponto indiscutivel, em face do texto do DIGESTO ⁴⁴ que refere ter sido publicada uma

⁴³ «*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*» (L. 43, § 1.º, D, *De adq. rer. dom.*).

⁴⁴ *Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia que servitutum constituebat, non etiam eam que libertatem præstat sublatâ servitute.* (L. 4 § 29 D. *De usurp. et usucap.*, XL1, 8).

lei ⁴⁵ com o fim de restabelecer o imperio dos verdadeiros principios, prohibindo expressamente a adquisição de servidões por *usucapião*.

Mas contra os habitos adquiridos e as necessidades sociaes, que reclamavam a garantia da posse exercida por muito tempo, não pôde aquella lei prevalecer; e o direito pretoriano começou a reconhecer a *praescriptio longi temporis* como excepção que invalidava as reclamações do proprietario serviente quando a posse da servidão tivesse durado por dez ou vinte annos, segundo se tractava de presentes ou de ausentes. Justiniano, por fim, abolindo a antiga usucapião das XII TABOAS, transferiu os seus effeitos para a *exceptio longi temporis*, não se esquecendo, todavia, de consignar expressamente que ás servidões aproveitava o seu beneficio ⁴⁶.

Nenhuma distincção fazia a lei, sob este especial aspecto, entre as servidões, comquanto os intérpretes tenham procurado estabelecê-las, fundados numa passagem de PAULO, já hoje sufficientemente

⁴⁵ Esta lei parece ser do anno 678 de Roma, e devida aos esforços do Tribuno SCRIBONIO, que lhe deu o seu nome. (MACHELARD, *obr. cit.*, n.º 48, pag. 39; GERMANO, *obr. cit.*, II, 151; G. BRY, *Principes de droit romain* pag. 197, 2.º).

⁴⁶ L. 12, COD., *De præscript. long. temp.* (VII. 3) e L. un. COD. *De usucap. transf.* (VII. 34).

esclarecida ¹⁷, e que de modo algum auctoriza as distincções, que sobre ella pretendem firmar-se.

¹⁷ «*Servitutes prædiorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* (L. 14, D. De Servit.).

Como se vê, duas razões allega Paulo para demonstrar que as servidões não podem ser adquiridas pela prescripção:

a) porque são cousas incorporeas;

b) porque não podem ser objecto de posse *continua*.

Alguns intérpretes, tomando muito á letra a segunda razão, é esquecendo as últimas palavras do texto, que expressamente declara applicavel a mesma doutrina ás servidões rusticas e ás urbanas, procuraram sustentar que o illustre Jurisconsulto sómente quiz referir-se ás servidões *descontinuas*, equivalentes, segundo dizem, ás urbanas, porque só nestas a posse deixa de ser *continua*.

Escusado é fazer largas considerações sobre esta injustificavel interpretação. Vê-se bem que os interpretes laboram numa confusão manifesta, suppondo que das servidões descontinuas não pôde haver posse *continua*, o que não é exacto, como em logar proprio dissémos (Tomo, I n.º 101, p. 186). Elles mesmos recuáram perante as consequências da sua doutrina, não se atrevendo a manter em absoluto a prohibição de adquirir servidões descontinuas pela prescripção, e temperáram o rigor desta opinião dizendo que a *posse immemorial* podia ser invocada em justificação daquellas servidões, visto que ella se não baseava, como a prescripção propriamente dicta, ou ordinaria, na presumida vontade dos interessados, mas na presumpção de que a servidão foi legitimamente constituida, perdendo-se o titulo com o decurso do tempo; e equiparando á *immemorial* a posse por 100 annos, por ser este tempo bastante para não haver noticia exacta do modo como tinha principiado. (Conf. GERMANO, *obr. cit.*, II, n.º 153; MACHELARD, *obr. cit.* II, n.º 48).

Essas distincções, segundo opina GERMANO, appareceram effectivamente, quando na idade-média surgiu, pelos esforços de BARTOLO, a classificação das servidões em contínuas e descontinuas, ao reconhecer-se que geralmente estas últimas eram apenas o effeito das relações de boa vizinhança, amizade, ou parentesco entre as partes, antes exercitadas por attenção ás pessoas, do que em proveito do predio, o que fez parecer injusta a sua acquisição por meio da posse ¹⁸.

No entanto não conseguiu prevalecer a opinião radical, que excluia da prescripção as servidões descontinuas, sendo os intérpretes levados a legitimar, ainda que menos coherentemente ¹⁹, as servidões fundadas sobre a posse *immemorial* ou sobre a *centenaria*.

45. — Reviveram no antigo direito patrio as divergencias dos Jurisconsultos sobre este ponto melindroso da intrincada materia das servidões.

¹⁸ GERMANO, *obr. cit.*, II, pag. 160.

¹⁹ Com effeito, se a posse das servidões descontinuas era precária e por esse motivo não podia levar á prescripção ordinaria, mal se comprehende como ella poderia ter effeitos juridicos por maior que, fosse a sua duração. Como disse BERLIER, «se a posse de trinta annos é viciosa, a posse de mais de trinta annos se-lo-ha igualmente» (Conf. LAURENT, *obr. cit.*, 193, pag. 234; GERMANO, *obr. cit.*, II, pag. 160).

A erudição de ALMEIDA E SOUSA exhibe em várias páginas das *Notas a Mello* os echos dessas justas entre os mais graves DD. no Direito.

A jurisprudencia tinha, porém, assentado nos seguintes principios:

1) Tanto as servidões continuas, como as descontinuas, quer fossem apparentes quer não, podiam ser adquiridas por prescripção;

2) As servidões continuas-apparentes prescreviam por dez annos entre presentes, vinte entre ausentes, e, na falta de titulo, por trinta annos;

3) As servidões não-apparentes só prescreviam por tempo immemorial.

Mas era ponto controverso se as servidões descontinuas-apparentes estavam sujeitas á prescripção immemorial ou se lhes aproveitava a prescripção ordinaria ²⁰.

Os modernos Jurisconsultos, chamados pelo § unico do art. 2273.º do Codice Civil ao estudo da questão, ainda não podéram tambem chegar a accôrdo.

²⁰ Conf.: COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, § 599; LOBÃO, *Notas a Mello*, III, L.º 3.º, Tit. 13 §§ 11 e 12 e *Aguas* § 130; CORREIA TELLES, *Digesto*, III, art.ºº 454.º, 455.º, 461.º; LIZ TEIXEIRA, *obr. cit.*, III, pag. 283; BORGES CARNEIRO, *obr. cit.*, IV, § 78, IV; DIREITO, VI, n.º 21; REVISTA, VI, pag. 404.

Difficil é dizer com segurança em qual dos campos se hasteia o pendão da verdade. Á falta de razões invocam-se auctoridades; e estas são de sobejo por um e por outro lado; no silencio das leis patrias, defronta-se a incerta tradição romana com as leis inovadoras das nações civilizadas. Qual segue para um lado, qual parte para o outro, á mercê da sua sympathia; e o prestigio da magistratura judicial vae pouco a pouco amortecendo perante as mais contradictorias decisões!

Descer á fonte das controversias é procurar controversias novas; mas é dever nosso relembrar que o direito Justinianeu, segundo as melhores opiniões, submettia as servidões continuas e as descontinuas á mesma prescripção. E porque este direito, como subsidiario, é o invocado para regular a hypothese, julgamos que a mesma solução devia prevalecer entre nós.

Mas os tribunaes portuguezes parece que vão seguindo diverso caminho, exigindo a posse immemorial para fundamentar a prescripção ²¹.

²¹ São do nosso conhecimento as seguintes decisões: Pronunciaram-se pela posse *immemorial* os *Acc.º da Rel. de Lisboa*, de 1-VI-87 (*Gazeta*, II, 617-621); de 6-VIII-87 (*Gazeta*, II, 778-781); de 11-XII-89 (*Gazeta*, IV, 369-371); de 15-I-90 (*Gazeta*, IV, 417-419); de 7-I-94

46. — O Código Civil português veio, pois, com o preceito do art. 2273.º, e sem motivo algum que justifique semelhante inovação, cortar a secular tradição do nosso direito, que reconhecia a prescrição como meio de adquirir servidões descontinuas.

Mas, como se declara no § unico do mesmo artigo, tal disposição não prejudicará as servidões adquiridas anteriormente á promulgação do mesmo Código, conforme o *uso ou costume* das terras.

Este preceito, porém, além de inutil, é inconveniente: inutil, porque o princípio da não-retroactividade da lei, expressamente consignado no art. 8.º do Código Civil, não consentia dúvidas sobre a validade das servidões já por qualquer modo constituídas ao tempo da sua promulgação; inconveniente, porque fallando sómente dos direitos adquiridos conforme o uso ou costume das terras, pôde levar, por argumento *à contrario*, a suppôr que as servidões adquiridas por qualquer outro modo não subsistirão, o que é incontroversamente inexacto;

(*Gazeta*, v, 517-521); *Acc. da Rel. do Porto*, de 20-IV-75 (*Revista*, x, 314 e seg.º); *REVISTA*, xv, 501-502 e 534.

Pela posse de trinta annos decidiu o *Acc. da Rel. de Lisboa*, de 17-II-94 (*Gazeta*, vii, 585-587).

E não obsta á prescrição o facto da servidão não ter logar certo nara o seu exercicio (*Rev. de Leg.*, xv, 130-131).

e além d'isso deixa margem para fundadas duvidas sobre a interpretação das palavras *uso ou costume*, como em seguida veremos.

47. — Nem só no § unico do art. 2273.º se encontra a expressão *uso ou costume das terras*; em muitos outros ella apparece, e sempre como fonte perenne de contradictorias decisões.

Qual é a sua verdadeira significação?

Qual o sentido em que pelo legislador foi usada no § unico do art. 2273.º?

Não o dizem uniformemente os escriptores, nem a jurisprudencia o indica com clareza; antes a leitura dos muitos accordãos, em que a materia deveria ser esclarecida, convence de que a magistratura judicial, á falta de elementos seguros para fundamentar o seu voto, procura quanto possivel ladear a difficuldade. Uns confundem aquelle uso com a prescrição; outros identificam-no com o direito consuetudinario geral; e finalmente sustentam alguns que por aquellas expressões se devem entender apenas os costumes particulares de uma dada localidade. E, no entretanto, differenças profundas existem entre umas e outras cousas.

48. — «A confusão do *uso e costume* com a *prescrição*, escreve o sr. DOUTOR ASSIS TEIXEIRA, é, a um

tempo, a mais trivial e mais largamente espalhada, e a mais destituida de razão apta para gerar o erro. Uma unica condição os reúne, — é a do tempo, que para ambos se requer; mas no uso e costume os precedentes que fazem suppôr a convenção tacita, são dotados de força collectiva, enquanto na prescripção se baseiam exclusivamente no poder individual.

Naquelle, a repetição uniforme de actos, praticados não por um só individuo, mas pela collectividade, fórma a existencia material da convenção tacita, e imprime ao uso e costume o carácter de certeza geral. Nesta, os actos são praticados por um indivíduo determinado, e unicamente a elle aproveitam. A legislação civil da Gran-Bretanha offerece um exemplo frisante desta fundamental distincção: as servidões adquirem-se lá pela prescripção e pelo costume; mas a prescripção aproveita a um só individuo, e o costume é local e dirige-se a uma collectividade.²²

Das palavras que ficam transcriptas, e em que o illustre cathedratico compendia a doutrina dos escriptores, vê-se que a característica diferencial

²² Sr. Dr. ASSIS TEIXEIRA, *Aguas*, n.º 51, pag. 247-248.

entre a prescripção e o uso e costume, consiste em os actos possessorios serem praticados por um individuo, em seu proprio nome, e no seu interesse exclusivo, ou serem, ao contrário, praticados por muitos individuos, em nome e proveito duma collectividade.²³

Com o uso local não pôde, por outro lado, confundir-se, como o proprio nome o indica, o direito consuetudinario geral, que só pôde ser invocado como fundamento da aquisição de direitos quando os actos que o constituem reunam cumulativamente os tres requisitos seguintes:

- a) não contrarios a lei expressa;
- b) conformes á boa razão;
- c) e que excedam a 100 annos.²⁴

²³ Não pôde, portanto, invocar-se conjuntamente a prescripção e o uso e costume para justificar a existencia da servidão, como menos avisadamente por alguns tem sido feito. Bastam-nos, para o demonstrar, as seguintes palavras da 2.ª tenção, que precede o Acc. da Rel. de Lisboa de 1 de junho de 1887 (*Gaz. Rel. Lisb.* II, 618): «E, comquanto no § un. do art. 2273.º doCodigo Civil, se faça referencia aos usos e costumes das terras, desde que se não mostra que os da respectiva localidade obstavam á aquisição da servidão, tem de presumir-se que alli vigoravam os usos e costumes geraes do reino, segundo os quaes as servidões descontinuas se adquiriam pela prescripção immemorial, como é de ver das *Inst. de Dir. Civ.* de COELHO DA ROCHA, §§ 464.º nota, e 590.º».

²⁴ Lei de 18 d'agosto de 1769, § 14.º: *Conf. sr. Dr. ASSIS TEIXEIRA, obr. cit.* 51 e 52.

49. — Mas usaria o legislador português, no citado § un. do art. 2273.º do Código Civil, as palavras *uso ou costume das terras* no seu sentido natural e juridico?

Confundiria elle, acaso, aquelle uso ou costume com a prescrição, como a muitos auctores tem succedido?

A REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA pronuncia-se em favor da primeira hypothese; não deixam a esse respeito a menor dúvida as seguintes palavras de resposta a uma *consulta*:

«... a servidão referida não se póde dizer constituida *por uso e costume do logar* ao tempo da promulgação do Código, porquanto este uso e costume respeitava á *collectividade* e não a um individuo determinado com relação á prática de certos factos... e tambem não se achava estabelecida por prescrição ao tempo da promulgação do Código, porque, tendo ella por objecto o despejo de lavaduras, é contrária ás leis de policia... e contra taes leis não póde haver prescrição.»

Tal doutrina, porém, não é isenta de reparos. Se realmente foi este o pensamento do legislador é forçoso reconhecer que a redacção da lei é de uma injustificavel incorrecção. Mas inclinâmo-nos a

suppôr que as palavras *uso ou costume das terras*, foram empregadas no art. 2273.º como synonymas de prescrição.

50. — O § unico do art. 2273.º consigna manifestamente uma excepção ao preceito geral do mesmo artigo, e como tal ha de necessariamente referir-se a qualquer das hypotheses nelle prevenidas. Torna evidente a justeza desta doutrina o emprêgo das palavras *não prejudicará* do citado § unico.

Ora o artigo consigna duas regras:

α) que as servidões contínuas, não-apparentes, e as descontínuas, não podem ser constituídas por *prescrição*;

β) mas que o podem ser por qualquer dos outros modos de adquirir declarados no Código Civil.

A qual dellas faz excepção o referido § unico?

Á segunda não, pois seria o legislador inconsequente deixando de referir o mesmo preceito ás servidões contínuas e apparentes (art. 2272.º). Com effeito, se a regra de que as servidões podem ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir declarados no Código podesse *prejudicar* as já constituídas por *uso e costume*, em consequencia

deste modo de adquirir não se achar consignado no mesmo Código, mais razão haveria para o legislador applicar a declaração do § unico do art. 2273.º ás servidões contínuas-apparentes, (art. 2272.º) do que ás descontínuas, e ás não apparentes, as quaes não mereceram ao legislador português as mesmas garantias e consideração, que as primeiras. E porque assim não succede, logico e rasoavel é que a excepção do citado paragrapho se coordene com a primeira regra acima enunciada.

Nestas condições a fórmula da lei equivale a esta: o facto do Código prohibir a constituição das servidões descontínuas, e das contínuas-não-apparentes, por meio da prescripção não obsta a que subsistam as anteriormente constituidas conforme o uso ou costume das terras.

Ora a simples approximação dos dois termos da fórmula mostra que a expressão *uso ou costume* não é tomada aqui no seu significado verdadeiro e juridico.

Pois se o uso e costume não pôde, de modo algum, confundir-se com a prescripção, como é que a declaração de *imprescriptibilidade* d'uma certa classe de servidões, havia de prejudicar as constituidas por o primeiro modo?

Justificará, porventura, aquelle receio de prejuizos alguma razão especial, que não seja appli-

cavel ás servidões constituidas por convenção ou testamento?

E seria logico reconhecer como legítimo aquelle receio, de que o legislador se faz echo, em relação ás servidões constituidas por *uso ou costume*, se nada se diz, nem se teme, em relação ás servidões constituidas por meio da *prescripção*, e que foram pelo Código declaradas imprescriptiveis?

Se é permitido admittir, contra a expressa disposição do art. 8.º do Código Civil, que o preceito do art. 2273.º pôde prejudicar servidões constituidas ao tempo da sua promulgação, forçoso é reconhecer que o § unico deste artigo, resalvando sómente as constituidas conforme o *uso ou costume das terras*, auctorisa a illação de que as servidões constituidas por *prescripção*, e que mais directamente seriam feridas por aquella disposição, não ficariam subsistindo. A esta conclusão, porém, nenhum intérprete chega, preferindo ficar na situação pouco definida das *meias palavras*, sem se abalancar a tirar as últimas conclusões dos princípios por nós combatidos.

Mas ás razões expostas uma outra acresce. Visto que se tracta de servidões *constituidas* na vigencia do nosso velho Direito, o estudo dos modos diversos por que as servidões podiam, segundo aquelle

direito, ser adquiridas, fornecer-nos-ha um elemento precioso de interpretação. Sem mesmo nos determos agora a discutir, em face da lei da *boa razão*, se a aquisição de direitos por meio do uso ou costume era licita quando a este faltassem os requisitos na mesma lei indicados, não podemos furtarnos a reconhecer que, no ponto de vista restricto em que nos collocámos, o *costume das terras*, como modo de adquirir servidões, só é ligeiramente indicado por LOBÃO, em additamento ao grande PASCUAL, sendo omittido pela quasi totalidade dos *praxistas* ²⁵.

Significará isto que as collectividades públicas não podiam adquirir servidões por uso e costume?

Decerto não; frequentes vezes se encontra noticia de aquisições dessa ordem, sendo bem conhecidas e vulgares as servidões de aguas: muitas fontes se tornaram *públicas* pelo uso e costume.

Como explicar então este silencio de escriptores

²⁵ Se entre nós succedesse como em França, onde alguns costumes locais admittiam a prescripção como modo legitimo de adquirir *todas* as servidões ao passo que outros lhe recusavam aquelles effeitos relativamente ás descontínuas, facilmente se comprehendia o § unico do art. 2273.º do Cod. Civ., como referido apenas ás servidões adquiridas nas *terras* onde o costume houvesse sancionado a aquisição das descontínuas pela posse. Mas desde que assim não succede, como no texto se diz, uma tal interpretação torna-se inadmissivel.

cuja erudição e competencia não pôde ser posta em dúvida?

Por uma fôrma simples; é que elles incluíram o *uso e costume das terras* na prescripção. Nada admira, pois, que o legislador português, influenciado pelas tradições da jurisprudencia patria, deixasse de seguir o exemplo dos Codigos estrangeiros, que simplesmente fazem referencia á prescripção.

Affigura-se-nos, em conclusão, que o legislador português usou das expressões *uso ou costume da terra* como synonymas de *prescripção*, cahindo assim numa confusão, que vem já de antiga data, pois até o nosso ALMEIDA E SOUSA contra ella se insurgiu nas suas *Notas a Mello* ²⁶, o que; todavia, não obistou a que modernamente tenha resurgido em muitas decisões dos tribunaes.

51. — Não vá, porém, inferir-se do que deixamos escripto que é nossa opinião deverem considerar-se subsistentes sómente as servidões constituidas, anteriormente á publicação do Codigo, por meio da prescripção, e não as que o foram por qualquer outro modo legitimo de adquirir. Tal

²⁶ LOBÃO, *Obr. cit.*, tom. I, n. 2, pag. 22 e seg.

opinião seria injustificavel em face do art. 8.º, mais de uma vez citado já, onde se estabelece como principio geral a não-retroactividade das leis, e portanto o respeito e garantia de todos os direitos adquiridos á sombra da legislação previgente.

Esta disposição legal torna mesmo de somenos importancia a discussão do § unico do art. 2273.º do Codigo Civil, desde que nelle se não consigna uma excepção ao que naquelle artigo se dispõe, pois, ou se tomem as palavras *uso ou costume das terras* no seu verdadeiro significado juridico, ou se considerem synonymas de *prescripção*, as servidões adquiridas por qualquer daquelles modos de adquirir, ou por outros, anteriormente á promulgação do Código Civil, terão de ser respeitadas por effeito do citado artigo 8.º, quando o não possam ser por força do § un. do art. 2273.º.

Por isso remataremos aqui a sua analyse, com as mesmas palavras com que a iniciámos: o § un. do art. 2273.º do Codigo Civil, é *inutil*, e *inconveniente*.

§ 3.º — Das servidões constituídas por DESTINAÇÃO DO PAE DE FAMILIA

52.—O art. 2274.º do Codigo Civil dá a noção clara do que seja *destinação do pae de familia*. **53.**—O seu preceito comprehende tanto as servidões *continuas*, como as *descontinuas*. **54.**—Mas devem ser em todo o caso *apparentes* e *permanentes* os signaes, que attestam a sua existencia. **55.**—O encargo do predio onerado deve aproveitar a outro predio, e não visar a simples commodidade pessoal do proprietario commum. **56-60.**—Significado juridico da expressão—*dois predios*—no art. 2274.º do Codigo Civil. A destinação do pae de familia tambem opéra o apparecimento de servidões entre partes do mesmo predio. Combinação daquelle artigo com o art. 2143.º do Codigo Civil e 740.º § 5.º do Codigo de Proc. Civ. **61.**—Por quem devem ser postos os signaes. **62.**—O preceito do art. 2274.º sómente tem applicação no silencio das partes. *Quid* se a separação resulta da prescripção de um dos predios. **63.**—*Cont.* **64.**—O art. 2274.º estabelece uma presumpção legal, que só póde ser illidida por prova em contrario, resultante de documento comprobativo da separação dos dois predios **65.**—Conclusão.

52.—Somos, finalmente, chegados ao terceiro e ultimo modo por que as servidões podem ser constituídas, em face do Codigo Civil português¹.

¹ GERMANO, *obr. cit.*, II, n.º 174 e seg.º; LAURENT, *obr. cit.*, n.º 172 e seg.º; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, n.º 804 e seg.º; LALAURE E PAILLET, *obr. cit.*, Liv. III, cap. IX, e X; DURANTON, *obr. cit.*, III, n.º 566 e seg.º; DEMANTE, *obr. cit.*, II, n.º 547 e seg.º; ZACHARIE, *obr. cit.*, II, § 337;

De fecundos resultados economicos e frequentissima applicação prática, não lhe dá, todavia, a lei nome especial; mas nos codigos estrangeiros, e na lição dos escriptores, este modo particular de constituir servidões é geralmente conhecido por *destinação do pae de familia*.

O art. 2274.º dá a noção exacta do que por aquella expressão deve entender-se.

«Se em dois predios do mesmo dono houver signal ou signaes apparentes e permanentes, postos por elle, em um ou em ambos, que attestem servidão de um para com outro, esses signaes serão havidos como prova da servidão, quando, em relação ao dominio, os dois predios vierem a separar-se, salvo se, ao tempo da separação do dominio dos dois predios, outra cousa se houver declarado no respectivo documento.»²

AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, III, 231; MAZZONI, *obr. cit.*, III, n.º 244; CHIRONI, *obr. cit.*, I, § 179; D. MODESTO FALCON, *obr. e log. cit.*; GOYENA, *obr. e log. cit.*; CORREIA TELLES, *Digesto*, III, art. 449.º; LOBÃO, *Notas a Mello, log. cit.*; LIZ TEIXEIRA, *obr. cit.*, III, pag. 282-283; BORGES CARNEIRO, *obr. cit.*, IV, § 78, I, n.ºs 12 e 13.

² *Conf.*: Cod. Civ. Francês, art. 694.º; Hespanhol, art. 514.º; Italiano, art. 693; do Chili, art. 881.º; do Mexico, art. 1143.º; de Guatemala, art. 1288.º; do Uruguay, art. 597.º; de Luisiana, art. 765.º; da Holanda, art. 748.º; de Vaud, art. 484.º; da Argentina, art. 2994.º.

Taes são as palavras do artigo, cuja exegese e crítica nos propomos fazer neste paragrapho.

53.— Não diz o artigo expressamente a que especie de servidões se estende a sua acção, contrariamente ao que succede na maior parte dos Codigos modernos onde tal declaração vem explicita, comquanto nem todos sejam concordes na doutrina, pois emquanto uns restringem os efeitos da destinação do pae de familia ás servidões contínuas-apparentes, outros concedem aquelle beneficio tambem ás descontínuas-apparentes.

Qual dos dois systemas adoptou o legislador português?

A questão foi já levantada na jurisprudencia patria, pronunciando-se em favor do segundo a REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA, que sustentou poderem constituir-se por aquelle modo tanto as servidões contínuas como as descontínuas.

E com razão; desde que o art. 2274.º não faz distincção entre umas e outras, claro é que abraça no seu preceito ambas as especies, pois é principio de hermeneutica juridica que não póde o intérprete fazer distincções onde a lei as não faz.

Além d'isso a propria letra dos art.^{os} 2272.^o e 2273.^o conduz logicamente á mesma solução.

Com effeito, declarando o primeiro delles que as servidões contínuas-apparentes podem ser constituídas por qualquer dos modos de adquirir declarados no Codigo Civil, a destinação do pae de familia, que é por lei declarada meio legitimo de aquisição (art. 2274.^o), não póde deixar de applicar-se áquella classe de servidões. E nem disso jámais se duvidou.

Por seu lado o art. 2273.^o mostra que as descontinuas estão nas mesmas condições, declarando tambem expressamente que de todos os modos por que as servidões contínuas podem ser adquiridas, só a *prescripção*, não aproveita ás descontinuas. Ora a destinação do pae de familia nem se baseia, nem se confunde com a *prescripção*, e, portanto, é tambem applicavel áquellas servidões.

E quando isto não bastasse poderia ainda invocar-se em favor da opinião que perñhámos a circumstancia do Projecto Hespanhol, fonte do nosso Codigo neste e em muitos outros artigos, ter expressamente admittido a mesma doutrina ³.

³ REV. DE LEG. E DE JUR., XVIII. 36.

É justo que assim succeda; embora fosse pouco coherente o legislador deixando de repetir a este respeito a distincção estabelecida entre as servidões descontinuas e as contínuas para o effeito da prescripção, porque os motivos que neste caso a explicam, com não menor razão poderiam ser invocadas a proposito da *destinação do pae de familia*.

54. — Contínuas ou descontinuas, é em todo o caso necessario que as servidões sejam *apparentes* para que a destinação do pae de familia possa justificar a sua constituição. Isso resulta claramente do proprio art. 2274.^o, que falla de *signal ou signaes apparentes* que *attestem servidão* de um predio para com o outro. Nas servidões não-apparentes nunca taes signaes poderiam existir, porque, como a propria lei declara, ellas não se revelam por indicio algum exterior (Cod. Civ., art. 2270.^o § 4.^o).

Mas isto não é bastante.

Para que a servidão seja aparente basta a *permanencia* de signaes, que a revelem, como em logar opportuno demonstrámos ⁴; ao passo que a destinação do pae de familia sómente opéra o apparecimento da servidão desde que os signaes, que a revelam, sejam, além de apparentes, *perma-*

⁴ Conf. I, Cap. II, 120.

nentes, como expressamente declara o mesmo artigo 2274.º do Código Civil. E a diferença entre signaes permanentes, e permanencia de signaes é assás importante para não ser tomada em consideração.

Esta restricção da lei mostra que o legislador não quiz alargar o ambito do art. 2274.º a todas a servidões apparentes, mas sómente beneficiar aquellas que tivessem bem visivel o character da permanencia, aquellas que manifestassem, por uma fórma bem clara, a intenção no proprietario de ligar os dois predios *ad perpetuum*. Resulta ainda claro este pensamento do confronto dos art.ºs 2270.º § 4.º e 2274.º: naquelle faz-se depender a apparencia da servidão da existencia de quaesquer signaes que *revelem* a sua existencia, ao passo que no art. 2274.º exige-se que os signaes *attestem* a servidão. Ora é bem conhecida a força relativa das expressões — *revelar* e *attestar*.

É, portanto, indispensavel que o signal ou signaes de que falla o art. 2274.º, alem das characteristics que noutro logar indicámos ⁵ tenham tambem o da *permanencia* ⁶.

⁵ *Conf.* tom. I, 119.

⁶ Não pôde considerar-se como signal *apparente* e *permanente* um caminho que costuma ser destruido por occasião das sementeiras [*Sent.* 7. viii. 82, confirmada por *Acc. da Rel. do Porto* 2-iii-83 (*Rev. de Leg.* xvii,

Mas não quer isto dizer que *cada um* dos signaes por que a servidão se revela seja *permanente*: a lei não o exige, nem os principios o reclamam. Apenas é indispensavel que haja alguns signaes permanentes, e que estes, só por si, sejam bastantes para attestar a existencia da servidão. Mas, a par destes, outros podem existir, sem aquelle character de permanencia, e que tornem mais conhecida a servidão. É necessario, nas applicações do art. 2274.º, não confundir uns com outros.

55. — Devem os signaes *attestar servidão de um predio em relação ao outro*; isto é: as relações materiaes em que os dois predios foram collocados devem ser taes, que certas utilidades de um delles se transfiram para o outro, e só por intermedio deste sejam recebidas pelo proprietario, pois é precisamente esta a característica differencial da servidão.

De modo que se a dependencia material em que um predio se encontra relativamente a outro tem

279 e 297]. Mas quando o caminho tem o character de *permanencia* não pôde, a meu juizo, deixar de reconhecer-se-lhe efficacia para *attestar* a existencia da servidão, nos termos requeridos pelo art. 2274.º, comquanto a illustrada redacção da REVISTA tenha sustentado o contrario, com o fundamento de que «os vestigios da passagem, como signal intermittente e fugitivo, não podem ser comprehendidos entre os signaes *permanentes*, a que o citado art. 2274.º se refere» (*Rev. de Leg.* xv. 533.)

por fim, não o serviço ou proveito dêste, mas a commodidade pessoal do proprietario commum, claro é que a destinação do pae de familia seria aqui mal invocada para legitimar a constituição da servidão, porque esta não existe ⁷.

E neste caso está, por exemplo, uma porta de comunicação entre dois predios, aberta pelo proprietario de ambos, não com o intuito de onerar um em proveito do outro, mas por simples utilidade pessoal do dono, a fim de mais facilmente poder passar de um para outro ⁸.

É indispensavel que dos signaes que revelam a

⁷ *Contra: Acc. da Rel. de Lisboa*, de 28-II-94 (*Gazeta*, VII, 618-620).

MAZZONI escreve a este respeito: «É tambem necessario que o estado dos predios, e o serviço que um presta ao outro, tenham o caracter de *perpetuidade*, visto que uma obra precaria e temporaria é indubitavelmente insufficiente para manifestar a intenção de crear um direito e um encargo de sua natureza perpetuos. De modo que se o estado das cousas indica uma commodidade momentanea, uma utilidade meramente pessoal, não haverá ahi a destinação do pae de familia necessaria para estabelecer a servidão. Ao prudente arbitrio dos magistrados judiciais fica o decidir quando esta condição se verifica ou não (*Obr. cit.*, n.º 240, pag. 451) *Conf.: DEMOLOMBE, obr. cit.*, XII, 814; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, III, § 252, pag. 83 e seg.ª; LAURENT, *obr. cit.*, VIII, 175.

⁸ *Sent. de 29-I-85* (*Rev. de Leg. e de Jur.* XXIII, 408-411); *Acc. da Rel. do Porto*, de 26-III-86 (*Rev. cit.* XXII, 430) e *Acc. da S. T. J.*, de 9-XII-87, (*Rev. cit.* XXII, 431 e *Bol. dos Trib.*, II, 231).

servidão resulte a certeza de que a intenção do proprietario foi *melhorar o predio*, e não sómente procurar-se *beneficios pessoaes*. Se tal prova se não faz, prevalece a presumpção de que as relações entre os dois predios foram pelo proprietario estabelecidas por mera commodidade sua, presumpção que naturalmente se encontra implicita no caracter de *não-equivocidade* exigido para que os signaes atestem a servidão ⁹.

Podem, todavia, ser aquelles signaes postos num ou noutro predio, como o artigo expressamente declara, e é certo igualmente para todas as servidões apparentes, quando a lei não dispõe o contrario ¹⁰.

56. — Mas o que deve entender-se pela expressão, *dois predios*, usada no art. 2274.º do Codigo Civil?

Significará acaso que a destinação do pae de familia sómente conduz á constituição das servi-

⁹ «... e a porta a que se allude, escreve o Desembargador ROCHA FRADINHO, não attesta a servidão nos termos do art. 2274.º do mesmo Codigo, porque não se mostra que fosse aberta para signal da dicta servidão, e *deve em taes circumstancias presumir-se que se teve em vista a commodidade pessoal dos proprietarios*». [*3.ª tenção vencedora que precede o citado Acc. da Rel. do Porto*, de 26-III-86].

¹⁰ *Conf. Tom. I, cap. II, 118.*

dões, quando as relações de dependencia referidas pelo artigo se verificarem entre dois predios, materialmente separados?

Ou comprehender-se-hão, tambem, naquella expressão duas partes do mesmo predio, que porventura venham a separar-se em relação ao dominio?

Divergem a este respeito as opiniões. A letra da lei parece auctorisar a primeira, mas a segunda assenta em mais solidos fundamentos.

Com effeito o Codigo falla apenas de *dois predios* pertencentes ao mesmo dono, e o significado litteral desta expressão leva naturalmente a suppôr que no art. 2274.º apenas se tracta do caso em que um predio preste certas vantagens a outro, materialmente separado d'elle. E como a letra da lei prevalece sobre todos os demais elementos da interpretação (Cod. Civ., art. 16.º), parece, em verdade que a segunda hypothese por nós apresentada foge ao alcance daquelle artigo.

A difficuldade, porém, é mais apparente do que real.

A existencia de *dois predios* é, na verdade, condição essencial para que a destinação do pae de familia possa operar os seus effeitos; isso resulta não só da terminante e clara disposição do citado

art. 2274.º, mas até da natureza particular da servidão que só entre dois predios pôde existir. Mas isto não exclue a segunda hypothese por nós formulada, em que realmente se tracta tambem de *dois predios*, e não dum predio só, como á primeira vista pôde parecer, e alguns auctores sustentaram.

57. — A palavra *predio* tem juridicamente mais do que uma accepção; mas deve considerar-se *predio* qualquer parcella de terreno, que seja, ou possa ser, devidamente determinada. No dominio da mesma pessoa pôde haver dois predios sem que entre elles se intrometta um predio alheio, e mesmo sem que uma sebe, muro, ou qualquer outra demarcação revele, num dado momento, os seus respectivos limites.

A ponderação de uma hypothese vulgar evidencia a justeza deste conceito:

Supponhamos que A. e B. tẽem dois predios contiguos, cujos limites se acham confundidos, o que legalmente é licito suppôr em face dos art.ºs 555.º e seg.º do Codigo de Processo Civil. Se um daquelles proprietarios adquirir, por qualquer fórma, o predio do outro, encontrar-se-hão no dominio da mesma pessoa *dois predios* contiguos, cujos limites não são conhecidos num dado momento,

embora possam legalmente vir a ser determinados.

E nem obsta a esta doutrina a objecção que naturalmente occorre ao nosso espirito, de que a reunião dos dois predios no dominio da mesma pessoa os transforma num só, pois o legislador português, mantendo no art. 437.º do Código Civil a distincção entre o antigo predio, e o que de novo foi adquirido, para o effeito de usar ou não das aguas que atravessam ou banham o primeiro, mostrou por fórma indubitavel que uma tal transformação não póde, por este modo, operar-se.

Por isso ainda que vulgarmente ¹¹ se consideram

¹¹ «Para os effeitos civis, escreve a REV. DE LEG. E DE JUR., a palavra *predio* tem a significação usual, vulgarmente conhecida, independente da ligação em que as diferentes parcelas do terreno ás vezes distantes, estão umas com as outras pelo laço da pensão, que todas pagam ao senhorio. E assim as diferentes glebas de um praso constituirão outros tantos predios distinctos, para os effeitos do art. 430.º do Código Civil, se essas glebas, embora contiguas, estiverem divididas e separadas com sebes, muros, ou outros quaesquer signaes de demarcação, sendo cada uma designada por uma denominação propria e diferente das outras, e seja qual fór a cultura ou culturas que nellas se faça. Essas glebas, embora possuidas pelo mesmo dono, desde que satisfaçam áquellas condições, são consideradas por todos como outros tantos predios, e é nesta acceção usual e vulgar que o legislador tomou a palavra — *predio* — no art. 430.º e outros do Código Civil.» (xiv, 327).

Parece-nos, todavia, que, mesmo na significação usual, o *predio*

um predio só todas as parcelas de terreno pertencentes ao mesmo dono, e que materialmente se não acham separadas entre si, o significado juridico da palavra *predio* conduz muitas vezes á solução oposta.

E é vulgar a divergencia entre os dois conceitos daquella expressão, quando se tracta de predios urbanos contiguos, ou encravados em predios rusticos do mesmo dono.

Uma quinta murada, dentro da qual se encontra a casa de habitação de seu dono, é vulgarmente considerada um só *predio*, — e até juridicamente, em certos casos, *verbi gratia*, para os effeitos do registo da transmissão, e do art. 2347.º do Cod. Civ.; e, no entretanto, desde que predios rusticos e predios urbanos são membros da mesma classificação, e portanto se excluem, certamente uma tal confusão é contrária á razão, e á propria lei. Um

está longe de reclamar tantas características para a sua individuação, como a REVISTA exige: mormente a «denominação propria e diferente das outras» affigura-se-nos um exagero, sabido como é que ninguem deixa de considerar como predios distinctos fracções de terreno separadas entre si, e mesmo por vezes contiguas, embora tenham o mesmo nome; basta, por exemplo, que tenham donos differentes. Conf. as minhas *Lições de Direito Civil*, t. 31, 72.

predio não póde ser conjunctamente *rustico* e *urbano*; e seria, na verdade, desconhecer o preceito do art. 374.º do Codigo Civil, considerar predio rustico a casa de habitação, ou predio urbano o terreno a ella contiguo.

Aqui a separação entre os dois predios resulta directa e claramente da natureza das cousas, embora não haja entre elles separação alguma material.

E para que se veja até que ponto a incerteza do conceito da palavra *predio* póde chegar na legislação patria, não deixaremos de accentuar tambem que, para certos fins especiaes, até se consideram constitutivas *dum predio só* diversas glebas entre si materialmente separadas, e por vezes muito distantes. Declara-o explicitamente o art. 106.º § un. do *Regulamento de registo predial*, de 28 de abril de 1870, assim redigido: «As differentes partes ou glebas, componentes da emphyteuse, sub-emphyteuse e censo, sujeitas a uma só pensão, consideram-se um só predio.»

58.— De tudo o que fica dicto resulta que o preceito do art. 2274.º póde, em muitos casos, applicar-se á constituição de servidões entre partes do mesmo predio: isto é, sempre que estas tenham formado em algum tempo predios distinctos, visto

como a sua união no dominio da mesma pessoa, e o desapparecimento dos signaes, que fixavam os seus limites, está longe de operar juridicamente a sua transformação num predio só.

Mas como averiguar este facto?

Seria preciso remontar aos inicios da propriedade individual, e vir seguindo até hoje as successivas alterações de limites, o que é humanamente impossivel. Mas em todo o caso facilmente se determinaria, por vezes, recorrendo aos respectivos titulos de aquisição, que fracções do mesmo predio tinham constituido anteriormente predios diversos.

A interpretação logica do art. 2274.º dispensa, porém, este recurso extraordinario para chegar a conclusões, que aliás juridicamente dimanam do preceito do mesmo artigo.

59.— A destinação do pae de familia sómente origina a constituição das servidões no momento em que os dois predios, entre si vinculados, se separam em relação ao dominio, qualquer que seja o modo por que essa separação se opére.

Não póde ter a esse respeito a menor dúvida, quem tiver presente que, tanto scientifica como legalmente, a servidão só póde existir entre predios

de diferentes donos ¹². As relações de dependencia, por mais intimas que ellas sejam, entre dois predios, ou entre duas partes do mesmo predio, sob o dominio da mesma pessoa são meras relações de facto, comprehendidas no legitimo exercicio do direito de propriedade ¹³.

Porisso, emquanto se não der a divisão dos predios por diversas pessoas não podem os signaes apparentes e permanentes, a que o art. 2274.º se refere, *attestar servidão de um em relação ao outro*, porque servidão não póde realmente existir a esse tempo.

Daquí dimana logicamente que as palavras da lei se referem a um momento posterior áquelle em que o dominio dos dois predios residia na mesma pessoa; isto é, a um momento posterior á *divisão* ou *separação* juridica das cousas que a vontade do proprietario mantivera numa certa relação de facto, transformada por effeito da partilha em relação de direito — na *servidão*.

Ora é bem de ver que aquella separação relativamente ao dominio opéra sempre o apparecimento

¹² Cod. Civ. art. 2267.º Conf. *Tomo I*, 67, e seg.º

¹³ Conf. *Bol. dos Trib.* III, 226.

de *dois predios*, e não póde mais fallar-se, desde então, em *duas partes* do mesmo predio.

Eis a razão por que o legislador portuguez falla de *dois predios* no art. 2274.º do Codigo Civil.

É verdade que as palavras — *do mesmo dono* — podem levar a crer que o artigo se refere a tempo em que a separação não tivera ainda logar; mas essa interpretação, além de tornar contradictorias entre si as duas partes do mesmo artigo, pois as palavras «*attestem servidão de um para com outro*» manifestam que se tracta de predios pertencentes a donos differentes, iria, por outro lado, destruir por completo toda a doutrina das servidões, que assenta no principio fundamental, consignado no art. 2267.º, de que só póde haver servidões entre predios de differentes donos.

Signaes que attestem servidão entre dois predios do mesmo dono é um impossivel juridico.

Aquellas palavras apenas significam, portanto, que os predios, *ao tempo em que se deu a separação pertenciam ao mesmo dono*. A clareza reclamava que o legislador antes redigisse o artigo nestes termos: «*se em dois predios que foram do mesmo dono, etc.*»; mas as incorrecções de redacção não podem obstar a que prevaleça a doutrina verdadeira, derivada da propria natureza da servidão, conforme

com a segunda parte do artigo, e reclamada pelo espirito da lei, que nada mais teve em vista do que validar, por uma presumpção legal, a provavel constituição das servidões por *concessão tacita* dos proprietarios.

Mas outros argumentos podem, e costumam ser ainda invocados em favor da nossa opinião.

60. — Um dos modos por que a separação dos dois predios em relação ao dominio póde effectuar-se, e decerto o mais frequente na pratica, é a divisão e partilha da herança. A este proposito surge, a cada passo, necessidade de recorrer ao art. 2274.º do Codigo Civil para supprir as omissões da partilha, e até a impericia dos louvados; e desde logo se sentiu a neccsidade de averiguar se a existencia de signaes apparentes e permanentes entre duas partes do mesmo predio poderia ter o effeito de provar a constituição de servidões.

Várias tẽem sido as decisões dos tribunaes; mas prevalece actualmente a opinião affirmativa baseada nas razões seguintes:

1) No art. 2143.º determinou o Codigo Civil: «havendo *divisão de predios* que torne indispensaveis novas servidões, far-se-ha del-las a devida declaração». Isto, porém, não póde referir-se ás servidões por predios alheios,

porque no inventario não podiam obrigar-se pessoas a elle extranhas a prestá-las; refere-se, por conseguinte, aos quinhões dos interessados na divisão do predio; e a palavra *novas* significa que as antigas subsistem, pois se estas cessassem, era indispensavel fazer sempre aquella declaração;

2) Mais terminante é ainda o art. 740.º do Codigo de Processo Civil, posteriormente publicado, que no § 5.º diz expressamente que «no acto da demarcação serão designadas as servidões que fôr indispensavel crear em consequencia da divisão; e tambem se designará quaes são as servidões antigas, que devem cessar.» Isto significa não só que, na fórmula exposta, se faz referencia ás diferentes partes do mesmo predio, e não a predios extranhos, mas tambem, que as antigas servidões continuarão desde que não se declare que *cessam*¹⁴.

3) Além disso, ainda que a nossa hypothese se não comprehendesse no preceito do art. 2274.º, teria de applicar-se-lhe por analo-

¹⁴ SP. ALEXANDRE DE SEABRA, *Dirção*, XVI, 143-146; XVII, 143; XVIII, 385 e seg.

gia, a mesma doutrina visto que as razões de decidir são as mesmas ¹⁵.

Apesar da incorrecção de linguagem dos art.^{os} 2143.^o do Código Civil e 740.^o § 5.^o do Código de Processo, que fallando de *servidões antigas* parecem suppôr que entre predios do mesmo dono podem existir relações de servidão, o que é inadmissivel, certo é que o pensamento do legislador apparece claro, no sentido que acima fica exposto ¹⁶. Quanto ao argumento de analogia, porém, mal invocado foi elle nesta materia, porque importando a servidão uma limitação da propriedade, só por disposição expressa da lei pôde ser admittida (Cod. Civ. art. 2170.^o).

61. — Mas para que os signaes reveladores da servidão possam ser tomados em conta para os effeitos do art. 2274.^o do Código Civil é necessario que *tenham sido postos pelo dono dos dois predios*, em um delles, ou em ambos, conforme explicitamente se declara no mesmo artigo. E reputam-se

¹⁵ Sr. CONS. DIAS FERREIRA, *Bol. dos Trib.*, III, 226.

¹⁶ *Conf. MAZZONI, obr. cit.*, III, pag. 453; DURANTON, *obr. cit.*, v. 566; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, III, pag. 83; LAURENT, *obr. cit.*, VIII, 176.

postos por elle os que o foram pelas pessoas, que em seu nome possuem, como os arrendatarios, administradores, etc., embora com desconhecimento seu.

Os signaes postos por aquelles que não têm o dominio dos dois predios jamais poderiam ser tomados como prova das servidões, pela razão clarissima de que taes pessoas não têm capacidade para as estabelecer. Neste caso está o usufructuario, como muito acertadamente decidiu o sr. juiz MANUEL JOSÉ DA FONSECA, na bem elaborada sentença de 7 de agosto de 1882 ¹⁷, confirmada, embora com deslocamento da questão, por *Acc. da Rel. do Porto* de 2 de março de 1883 ¹⁸. E a propria REVISTA DE LEGISLAÇÃO E DE JURISPRUDENCIA, que anteriormente tinha sustentado a doutrina opposta ¹⁹, reconheceu as conside-

¹⁷ *Revista de Leg.* XVI, 279.

¹⁸ *Rev. cit.*, XVI, 297.

¹⁹ Informava o consulente que um parcho tinha aberto mina num predio do passal, levando para outro, tambem do passal, as aguas exploradas, e perguntava se depois de separados os dois predios em relação ao dominio, aquella servidão deveria subsistir.

A REVISTA respondeu que sim, fundando-se nos diplomas que mandavam avaliar aquelles predios pelo rendimento que tivessem ao tempo da avaliação (*Instrucções regulamentares de 25-xi-69; Decr. 31-v-38 e Reg. 12-xii-63, art. 53.*) o que importava a manutenção do seu estado actual, e, con-

rações daquella sentença como «juridicas e conforme á lei»²⁰.

Á face do nosso Código Civil deve, todavia, equiparar-se o emphyteuta, sob este ponto de vista, ao proprietario, em consequencia de lhe ser permitido constituir servidões sobre o predio aforado. Ne-

sequentemente, a existencia da servidão. (*Rev. cit.* xix, 278). Mas a opinião da *Revista* não me parece sufficientemente justificada, pois a avaliação seria em tal caso o fundamento unico da aquisição, e os louvados quem na realidade viria a estabelecer a servidão, o que é manifestamente absurdo.

As palavras da lei, por aquelle jornal referidas, têm decerto outro sentido, que inutil é determinar aqui; mas a inexactidão do parecer da *Revista* faz-se claramente sentir se considerarmos a hypothese de qualquer dos predios do passal se aproveitar das aguas que brotasse em predio dum terceiro, ou vice-versa. Pelo facto dos louvados avaliarem os predios com as vantagens, ou com o encargo que *realmente*, mas não de direito, lhes estavam inherentes no momento da avaliação, ficariam estes subsistindo?

É evidente que não.

A *Relação de Lisboa*, em *Acc.* de 7-vii-86, já se pronunciou em hypothese analogá, dicidindo que «um rego por onde são conduzidas aguas, que nascem num predio para um tanque construido noutra, que foi do mesmo dono, é signal de servidão que tem de attender-se, nos termos do art. 2274.º, ainda que os louvados declarem que na avaliação de um dos predios não attenderam ao valor da servidão — uma vez que do titulo de arrematação nada conste em contrario». (*Gazeta*, II, 66-68.)

Esta nos parece ser a verdadeira doutrina.

²⁰ *Rev. cit.*, xvi, pag. 279.

nhuma razão ha para que elle, podendo conceder e adquirir servidões por concessão expressa, o não possa fazer por destinação do pae de familia, que assenta sobre a presumpção de tacitas convenções, como veremos. Mas claro é que estas servidões só podem valer dentro dos limites fixados no art. 1676.º do Código Civil.

E apesar do silencio da lei, e a despeito do seu incorrecto dizer, a jurisprudencia justamente equiparou o caso dos signaes serem postos pelo dono dos dois predios, ao destes serem adquiridos já com aquelles signaes²¹, uma vez que o proprietario commum os *conserve*²². Tal seria a hypothese em que o proprietario dominante, adquirindo o serviente, conservasse o aqueducto que ligava por fórma permanente os dois predios entre si. A servidão acabaria pela reünião dos dois predios no dominio da mesma pessoa (*Cod. Civ. artt.* 2279.º, 1.º); mas reviveria

²¹ *CONS. DIAS FERREIRA, Boll. cit.*, 226.

²² O *Cod. Civ. Italiano* assim o determina expressamente no art. 632.º: «La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta per qualunque genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi *pose o lasciò* le cose nello stato dal quale risulta la servitù». *Conf.*: MAZZONI, *obr. cit.*, III, 451; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, III, 84; LAURENT, *obr. cit.*, VIII, 177.

por destinação do pae de familia quando os dois predios viessem de novo a separar-se.

62. — Mas a destinação do pae de familia apenas serve de prova da servidão, se ao tempo da separação do dominio dos dois predios outra coisa se não houver declarado no respectivo documento, como na sua ultima parte dispõe o citado art. 2274.º do Codigo Civil.

Esta restricção põe ao abrigo de qualquer dúvida o que acima dissemos relativamente á verdadeira significação e natureza d'este modo particular de adquirir as servidões: o artigo nada mais faz do que estabelecer a presumpção legal de que as partes quizeram elevar a relações juridicas as simples relações de facto existentes entre os dois predios por determinação do proprietario commum.

Mas desde que os interessados declaram expressamente que tal não é a sua vontade, a presumpção legal seria manifestamente contradictoria com a realidade dos factos, e portanto injustificavel.

Esta declaração, todavia, só pôde ser attendida quando conste do *documento* translativo do predio que recebia o beneficio ou do que soffria o encargo, como preceitua o art. 2274.º; o que manifestamente exclue a possibilidade de inutilisar os effeitos da

destinação do pae de familia quando a separação dos mesmos predios se opéra por meio da prescripção.

Assim: o dono de dois predios construiu sobre qualquer delles um aqueducto por onde conduzia aguas para o outro. O predio onerado passou, por qualquer circumstancia, para a posse de um terceiro, que, trinta annos passados, o adquiriu por prescripção, sem que durante este praso as obras fossem alteradas, e o primitivo proprietario deixasse de usar do aqueducto.

Estes signaes, apparentes e permanentes, postos num dos predios pelo dono de ambos, attestando servidão de um para com o outro, serão, nesta hypothese, havidos como *prova* da mesma servidão?

Ou, contrariamente, poderá o adquirente do predio onerado oppor-se a que o antigo proprietario continue a usar do aqueducto?

Quando os dois predios se separaram em relação ao dominio claro é que nada a tal respeito foi pelas partes declarado em *documento*, porque documento não houve. Logo a excepção da ultima parte do art. 2274.º não tem aqui applicação, devendo, ao que parece, prevalecer a regra geral do artigo,

isto é, considerar-se a servidão constituída por destinação do pae de familia.

Será, porém, isto verdade?

63. — Na hypothese por nós considerada diversas razões aconselham a reconhecer a existencia da servidão. Em primeiro logar o adquirente do predio onerado não podia pela prescripção receber mais do que tinha possuido, pois é a posse o fundamento do seu direito — *tantum praescriptum quantum possessum*. Ora desde que o proprietario dos dois predios continuou possuindo o aqueducto, claro é que o adquirente daquelle predio o não podia tambem possuir, porque duas posses simultaneas sobre a mesma cousa são juridicamente incompativeis. E se o não possuiu, não o prescreveu, continuando, portanto no dominio do antigo dono dos dois predios.

Por outro lado póde tambem dizer-se que a prescripção torna indiscutivel a presumpção de que o predio possuido pertenceu sempre, em todo o periodo da posse, ao seu possuidor, retrotrahindo-se os effeitos da adquisição até ao dia em que ella principiou. E nestas condições o proprietario do predio beneficiado, possuindo o aqueducto, que é um direito immobiliario, tel-o-hia adquirido por prescripção ao mesmo tempo em que o predio ser-

viente passou ao dominio de terceiro. Este, portanto, não mais poderia oppôr-se ao seu exercicio.

Esta segunda razão, no entretanto, não colheria nas servidões descontínuas, embora apparentes, pela razão de não poderem ellas ser adquiridas por *prescripção*. Mas seria revoltantemente injusto sancionar a expoliação do proprietario, que nunca deixou de exercer os seus direitos, impedindo-lhe o uso da servidão pelo simples facto de elle não ter obstado a que outrem lhe tirasse o proprio predio que a supportava!

A meu juizo, porém, a verdadeira razão de ser daquelle servidão está na destinação do pae de familia. A presumpção estabelecida no art. 2274.º do Codigo Civil só póde ser illidida por uma especie de prova: a *documental*; dí-lo com toda a clareza a ultima parte do mesmo artigo. Ora, nos casos em que a separação dos dois predios em relação ao dominio se opéra por effeito da prescripção, tal prova não poderá ser apresentada, porque *documento* não existe. Logo ha de subsistir a presumpção, e, por força desta, a servidão, quer seja contínua, quer seja descontínua, uma vez que se verificarem todas as condições naquelle artigo exigidas.

64. — Mais confirmam ainda a doutrina, que

fica exposta, sobre a natureza dêste meio extraordinario de adquirir, as palavras do art. 2274.º: «esses signaes serão havidos como *prova* da servidão» as quaes tornam claro a todas as luzes que a aquisição das servidões por destinação do pae de familia assenta na convenção tacita dos proprietarios successivos.

Com effeito, os *unicos* meios de prova admittidos pelo Codigo Civil são: 1) a confissão das partes; 2) os exames e vistorias; 3) os documentos; 4) o caso julgado; 5) o depoimento de testemunhas; 6) o juramento; 7) e as presumpções (Cod. civ. art. 2407.º).

Em qual destas categorias pôde ser incluído o meio de *prova* referido no art. 2274.º?

O exame comparativo dos dois artigos mostra claramente que só nas *presumpções* pôde caber. O legislador, portanto, infere da existencia dos signaes, que a servidão foi devidamente constituída.

Mas porque modo o foi?

Pela prescrição? Decerto não, porque esta exige um certo lapso de tempo para se completar, e aqui o apparecimento da servidão opéra-se, por assim dizer, momentaneamente.

Logo só pôde ter sido constituída por concessão

do proprietario dominante, aceita pelo serviente, embora o mutuo consenso se haja manifestado tacitamente, por factos de onde necessariamente se deduz, o que é permitido pelo art. 648.º do Codigo Civil.

O art. 2274.º, por conseguinte, nada mais faz do que estabelecer uma presumpção legal, baseada nas relações de facto estabelecidas entre os dois predios pelo proprietario de ambos — a qual presumpção, todavia, pôde ser illidida por prova em contrario nos termos e condições da ultima parte do mesmo artigo.

A destinação do pae de familia é o *facto* sobre o qual assenta a *presumpção* da *tacita convenção* entre as partes, mas nesta é que a servidão encontra o seu fundamento. É, portanto, inexacto que as servidões por este modo constituidas devam considerar-se *legaes*, como pretendeu ultimamente demonstrar o insigne jurisconsulto italiano TARTUFARI²³, confundindo assim a *presumpção*, meio de prova, com a convenção tacita das partes. Aquella é *legal*, mas sendo, como na verdade é, um meio de *prova* da servidão, não pôde considerar-se como fundamento da mesma servidão, porque a prova

²³ TARTUFARI, *Degli effetti del possesso*, 191 e seg.

dum facto suppõe a existencia anterior dêsse mesmo facto.

É legal a presumpção de que as partes quiseram tacitamente constituir a servidão, escreve GERMANO, mas não é creado pela lei o estado de facto que serve de base á prescripção. Se assim não fosse, tambem a servidão constituida por prescripção seria legal, porque tambem a prescripção se funda na tacita vontade de a querer constituir... É legal a tacita presumpção da convenção, mas não se pôde dizer que esta falte, porque se faltasse não poderia haver nunca servidão ²⁴.

65.— De fecundissimos resultados práticos, assenta o art. 2274.º do Código Civil numa presumpção que os factos inteiramente justificam, e as necessidades sociaes urgentemente reclamam. Bem andou, pois, o legislador português em perfi-lhar uma doutrina, que se não tem a seu favor a tradição romana, como alguns pretendem, pôde invocar como testemunho da sua racionalidade a quasi unanime opinião dos modernos Codigos, e a tradição que da idade-média veio até hoje, avigorando-se cada vez mais.

Sómente ha para lamentar que a redacção do art. 2274.º não fosse um pouco mais curada, expondo a plena luz o pensamento do legislador, que nas paginas anteriores nos esforçamos por evidenciar.

²⁴ GERMANO, *obr. cit.*, II, 212-213

INDICE

CAPITULO I

DA CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES

	Pag.
1.—O legislador português dividiu as servidões voluntarias em dois grupos, para o effeito da sua aquisição..	1
2.—A <i>occupação</i> , a <i>gestão de negocios</i> , e a <i>successão legitima</i> não pôdem fundamentar a aquisição das servidões.	2
3-4.—As servidões constituídas judicialmente são antes <i>legaes</i> do que <i>voluntarias</i> ; opiniões em sentido contrario; sua refutação.	3
5.—Razão de ordem.	7

§ 1.º—Das servidões constituídas POR CONCESSÃO EXPRESSA

6.—Todas as servidões pôdem ser constituídas por <i>testamento</i> , <i>compra e venda</i> , <i>doação e troca</i> ; formalidades externas.	9
---	---

	Pag.
7.—Mas os respectivos títulos, para produzirem efeitos em relação a terceiros, precisam de ser registrados, sendo previamente paga a respectiva contribuição de registo...	40
8.—E devem emanar de quem tenha capacidade para constituir a servidão. Declarações enunciativas; seu valor jurídico.....	43
9.—Razão de ordem.....	45

SECÇÃO I

Dos que podem conceder servidões

10.—Para conceder servidões é necessario ter capacidade <i>geral</i> , e capacidade <i>especial</i>	46
11.—Só o <i>dono</i> do predio serviente têm, em regra, capacidade <i>especial</i> para aquelle fim.....	48
12.—O <i>usufructuario</i> não pôde conceder servidões, ainda mesmo temporariamente, sobre o predio usufruido.....	20
13.—Nem o <i>arrendatario</i> , nem o <i>possuidor</i> de boa ou de má fé.....	26
14.—Pôde, porém, concedel-as o <i>emphyteuta</i> , embora com certas restricções.....	»
15.-16.—E, nas mesmas condições, o <i>dono</i> do predio <i>onerado com hypotheca</i>	28
17.—Mas não poderá concedel-as o <i>senhorio directo</i>	34
18.—Em que termos subsistem as concedidas pelo proprietario sobre <i>predio arrendado</i>	35
19.—Ou <i>dado em usufructo</i>	39
20.—Ou <i>condicional</i>	41
21.—Se o <i>comproprietario</i> as pôde conceder.....	42
22.—Conclusão.....	45

SECÇÃO II

Dos que podem adquirir servidões

23.—Alem da <i>capacidade geral</i> , é indispensavel que o adquirente das servidões tenha para este fim <i>capacidade especial</i> ?.....	48
24.—Doutrina de LAURENT; objecções contra ella apresentadas	50
25.-26.—A nossa opinião.....	55
27.—Em regra só o <i>dono</i> do predio pôde em seu proveito adquirir servidões.....	60
28.—Mas não o pôde fazer o <i>comproprietario</i>	»
29.—Nem o <i>usufructuario</i>	63
30.—Pôde, porém, adquiril-as o <i>emphyteuta</i>	»
31.—Mas não o <i>arrendatario</i>	65
32.—Nem o simples <i>possuidor</i>	66
33.—É porém, licito a todos elles adquirir direitos de efeitos analogos aos da servidão. Impossibilidade de reconhecer, na pratica, quem <i>realmente</i> adquiriu a servidão.....	68

§ 2.º — Das servidões constituidas

por PRESCRIPÇÃO

34.—A constituição das servidões por prescrição tem sempre dado lugar a duvidas; relativa superioridade do nosso Código Civil.....	70
35.—As servidões descontinuas e as não-apparentes, em caso nenhum podem ser adquiridas por prescrição.....	72
36.—A que pessoas aproveita a prescrição?.....	»
37.—Só o <i>proprietario</i> e o <i>emphyteuta</i> podem adquirir servidões por este meio.....	73

	Pag.
38. — <i>Quid</i> , se o predio dominante é adquirido por prescrição?.....	74
39. — Requisitos que a posse deve ter.....	76
40. — E se os actos são praticados por arrendatario?.....	79
41. — Prazos da prescrição.....	81
42. — Critica da doutrina do Código Civil.....	83
43. — Todas as servidões apparentes, contínuas ou descontínuas, deviam adquirir-se por prescrição.....	84
44. — O Direito Romano e a Idade média.....	88
45. — O Direito velho.....	91
46-51. — Interpretação do § un. do art. 2273.º do Código Civil.....	94

§ 3.º — Das servidões constituídas

POR DESTINAÇÃO DO PAE DE FAMILIAS

52. — O art. 2274.º do Código Civil dá a noção clara do que seja <i>destinação do pae de familias</i>	105
53. — O seu preceito comprehende tanto as servidões <i>contínuas</i> , como as <i>descontínuas</i>	107
54. — Mas devem ser em todo o caso <i>apparentes</i> , e <i>permanentes</i> os signaes que attestam a sua existencia.....	109
55. — A dependencia do predio onerado deve aproveitar ao outro predio, e não visar a simples commodidade pessoal do proprietario commum.....	111
56-60. — Significado juridico da expressão — <i>dois predios</i> — no art. 2274.º do Código Civil. A destinação do pae de familias tambem opéra o apparecimento de servidões entre partes do mesmo predio. Combinação d'aquelle artigo com o art. 2143.º do mesmo Código e 740.º § 5.º do Código de Proc. Civ.....	113
61. — Por quem devem ser postos os signaes.....	124
62. — O preceito do art. 2274.º sómente tem applicação no	

	Pag.
silencio das partes. <i>Quid</i> se a separação resulta da prescrição de um dos predios.....	128
63. — <i>Cont.</i>	130
64. — O art. 2274.º estabelece uma presumpção legal, que só pôde ser illidida por prova em contrario, resultante do documento comprovativo da separação dos dois predios.....	131
65. — Conclusão.....	134