

Das SERVIDÕES

POR

A. J. TEIXEIRA D'ABREU

Tomo I

COIMBRA
Imprensa Academica

1895

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O ACTO

De Conclusões Magnas

À memória de meu sogro

Parte 1.^a

DISPOSIÇÕES GERAES

CAPITULO I

DA NATUREZA E CARACTERES DA SERVIDÃO

§ 1.º — Definição legal

1. Elementos da propriedade plena *substantia, usus, fructus e abusus*. 2. O *abusus* acompanha cada um dos elementos objectivos, constituindo as *propriedades imperfeitas* ou direitos reaes. 3. Theoricamente devem estes reunir os caracteres de *absolutismo, exclusivismo e perpetuidade*. 4. Os direitos reaes são em numero illimitado, mas deve sempre resultar d'elles uma *utilidade maior*. 5. As *servidões* são direitos reaes, segundo o Cod. Civ. Port. 6. Origem das servidões. 7. Impropriedade d'esta palavra, propostas de substituição. 8. Definição legal. 9. A servidão não é rigorosamente um *encargo*; significade legal d'esta palavra. 10. As servidões são *perpetuas*. 11. A palavra *serviço* é synonyma de *provento*. 12. Realidade activa e passiva. 13. Conclusão: caracteres fundamentaes da servidão.

1. — No direito romano, cuja poderosa influencia se reconhece ainda hoje em cada pagina das modernas legislações, consideravam-se elementos constitutivos da propriedade ou *dominium*: o *usus* (jus utendi), o *fructus* (jus fruendi), e o *poder* de dispor livremente da coisa (jus abuti). Os modernos escriptores, acceitando esta doutrina, fazem todavia expressa menção de um outro elemento, a *substantia*, implicito nos dois primeiros, e

que os romanos deixaram de referir, talvez, pela consideração de que a propriedade seria inteiramente inútil quando separada perpetuamente do seu usufructo ¹.

D'estes quatro elementos refere-se o *abusus* immediatamente ao sujeito do direito, ao qual pertence a faculdade de dispor da coisa; os demais são elementos objectivos da propriedade. Mas nem todos são essenciais: o *fructus* é elemento accidental, que só n'algumas coisas se encontra; a substancia e o uso são, porém, elementos *geraes* da propriedade. Uma barra de ferro, um pedaço de madeira, podem ser usados, mas não produzem fructos; a terra, porém, pode ser usada e produzir conjunctamente fructos. O que não se concebe é a existencia d'uma coisa que produza fructos, e não possa ser usada, pois, até certo ponto, é o *fructus* um simples effeito do *usus* ².

2. — Quando todos os elementos da propriedade se acham reunidos na mão de uma só pessoa, constituem a *propriedade perfeita, ou plena*; separados, porém, dão

¹ L. ETIENNE, *Inst. de Just.*, tom I, pag. 254, CAUBROY, *Inst. Ezpl.*, n.º 414, pag. 111; NAMUR, *Cours d'Institutes*, tom I, pag. 169; MAZZONI, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano* (3.ª edic.) tom III, n.º 70, not. 1, DEMOLOMBE, *Cod. Napoléon*, tom XI, n.ºs 475 e 543, NICOLA GERMANO, *Trattato delle servitù*, (Napoli, 1886), tom I, n.º 187.

² «I frutti non sono usi dei fondi, ma effetti degli usi stessi» (GERMANO, *obr. e loc. cit.*).

origem a diversos direitos particulares, constituindo a *propriedade imperfeita*, também chamada *minus plena*.

Mas esta divisão, ainda que simplesmente ideal, só tem lugar em relação aos elementos objectivos do direito; subjectivamente considerada a propriedade é *indivisível*, como aliás o são todos os direitos ³. O poder ou faculdade de dispor, *abusus*, somente pode existir na sua integridade, embora mais ou menos extenso em relação ao objecto. Um terço, ou um quarto do *poder* de alienar uma coisa não se concebe; comprehende-se, porém, o poder de alienar a terça ou a quarta parte d'essa coisa, o que é differente. Os poderes que eu tenho sobre todo o meu rebanho, são os mesmos que tenho sobre cada um dos animaes que o compõem.

A separação, portanto, da propriedade nos seus elementos objectivos, substancia, uso, e fructo, não importa uma divisão correspondente no seu elemento subjectivo, o *abusus*; este acompanha, em toda a sua plenitude, cada uma d'aquellas fracções da coisa: é elemento commum e imprescindível de todas as *propriedades imperfeitas*.

Assim o reconheceu o legislador portuguez ao dispor, no art. 2188.º do Cod. Civ., que «*aquelle a quem pertence qualquer fracção de propriedade, goza, pelo que*

³ Conf. *infra*, n.º 75.

toca a essa fracção, do direito de propriedade plenamente.

3. — D'aqui resulta que nas diversas propriedades imperfeitas, também chamadas *direitos reaes* ⁴, deviam, em rigor, encontrar-se os tres caracteres que os escriptores uniformemente reconhecem na propriedade plena ⁵, o *absolutismo*, o *exclusivismo*, e a *perpetuidade*, porque referindo-se elles ao *abusus*, e sendo este common a todas aquellas propriedades, communs deviam ser, também, os mesmos caracteres.

No entretanto assim não acontece no campo do direito positivo, o que levou alguns auctores a considerar o *exclusivismo* como caracteristico unico dos direitos reaes ⁶, doutrina theoricamente incompativel com

⁴ A expressão *direitos reaes* abrange, no seu mais lato sentido, todos os direitos que recaem, directa e immediatamente, sobre as cousas, em contraposição aos *direitos pessoais*, ou direitos das obrigações, que só têm referencia as cousas por intermedio de uma pessoa determinada. Neste sentido a propriedade perfeita é também um direito real; e assim foi definida no Cod. Civ. da Republica Argentina, cujo art. 2506.º diz o seguinte: «El dominio es el derecho real en virtud del qual una cosa se encuentra sometida á la voluntad y á la acción de una persona.» Conf. LAURENT, *Principes de droit civil Français*, tom. VII, n.º 460, pag. 487.

Mas no seu sentido stricto, em que aqui é tomada, aquella expressão designa apenas os direitos que recaem sobre os elementos objectivos da propriedade, quando separados em relação ao sujeito.

⁵ MAYNS, *obr. cit.*, tom. I § 183; MAZZONI, *obr. cit.*, tom. III, n.º 69, e not. 1; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. IX, n.ºs 542, 546, 550.

⁶ TOULLIER, *Droit Civil Français, suivant l'ordre du code*, etc., tom. III, n.º 84.

a propria natureza d'estes direitos, que sendo, como são, verdadeiras fracções da propriedade não podem deixar de seguir a mesma natureza d'esta ⁷.

Isto prova que muitos direitos, considerados *reaes* pela lei, o são apenas pela força d'esta, e não por effeito da sua propria natureza. Podemos mesmo affirmar que, entre todos os mencionados pelo Cod. Civ. Port., somente merecem este nome as servidões prediaes perpetuas ⁸.

4. — Mas se a propriedade imperfeita apparece sempre que os elementos objectivos da propriedade se separam, claro é que teremos tantas especies d'ellas quantas as combinações a que os referidos elementos se prestam. Ora essas combinações, excluida a reunião de todos os elementos que forma a propriedade perfeita, podem reduzir-se fundamentalmente a quatro:

- 1) { substancia e uso;
fructo.
- 2) { substancia;
uso e fructo.
- 3) { substancia e fructo;
uso.
- 4) { substancia;
uso,
fructo.

⁷ Conf. *infra*, n.º 74.

⁸ Conf. *infra*, n.º 22; GERMANO, *obr. cit.*, n.º 39.

Não vá, porem, inferir-se d'aqui que os direitos reaes *possiveis* são apenas quatro; ao contrario, o seu numero é theoricamente illimitado.

Com effeito o *usus* e o *fructus* apresentam infinitas modalidades: a mesma cousa pode ser susceptivel de variados usos, e produzir diversos fructos, infinitos e indeterminados como as proprias necessidades que têm por fim satisfazer. Desdobrando, portanto, cada um d'estes elementos, obteremos assim um numero illimitado de combinações, diferentes das apontadas, embora n'ellas comprehendidas, correspondendo a outros tantos direitos reaes.

No entretanto scientificamente taes combinações são limitadas pela *utilidade maior* que deve resultar de cada uma d'essas divisões. A disciplina da propriedade obedece á justa ponderação entre os interesses individuaes e os da collectividade, devendo estes, em caso de conflicto, preferir áquelles. Portanto a derogação ao principio geral da propriedade plena só deve ser legalmente permittida quando os interesses sociaes assim o exijam. Ora o augmento da producção que naturalmente deriva do desenvolvimento da industria e dos progressos da agricultura, interessam tão intimamente o Estado, cujos destinos se acham estreitamente ligados aos factos economicos, que bem justificadas são as restrições postas á propriedade plena em beneficio da agricultura ou da industria; quando, po-

rém, esse beneficio não exista, o fraccionamento da propriedade não deve ser consentido.

E ainda sob este ponto de vista deviam ser excluidos do numero dos direitos reaes alguns que por lei se consideram taes, talvez em respeito da tradição romana. Assim é que no usufructo, por exemplo, falta aquella *utilidade maior*, pois o proprietario ⁹ tiraria da cousa tantas vantagens, quantas d'ella podem tirar aquelles em cujo favor a demembração teve lugar.

5. — Importa ao nosso fim averiguar se as servidões são ou não verdadeiros *direitos reaes*. O Codigo Civil Portuguez assim as considera, mencionando-as entre as *propriedades imperfeitas* (art. 2489.º) ¹⁰.

Vejam, porem, se este preceito da lei se moldou pelos ensinamentos da sciencia.

⁹ Quando da propriedade se separou algum direito real, o nome de *proprietario* pertence ao que fica com a *substancia* da cousa.

ORTOLAN (*Exposição Historica das Institutas*), opina que este nome deve ser dado a quem fica, n'essa divisão, com o *abusus*, mas desde que este acompanha *todos* os elementos objectivos da propriedade, claro é que um tal criterio não pode ser admittido. (Conf. GERMANO, *obr. cit.* n.º 48)

¹⁰ O Codigo declara propriedades imperfeitas.

1.ª A emphiteuse e a sub-emphiteuse,
2.ª O censo,
3.ª O quinhão,
4.ª O usufructo e o uso e habitação,
5.ª O compascuo,
6.ª As servidões.

—Fundamentalmente a servidão significa o laço que entre si vincula dois predios, pertencentes a diverso dono, um dos quaes perde em favor do outro certas utilidades proprias.

Não é de criação recente esta instituição juridica; ella deve ter apparecido logo que a propriedade individual se destacou do collectivismo primitivo ¹¹; mas é

Correspondem-lhe, por sua ordem, as seguintes combinações dos elementos objectivos da propriedade

- 1.º { substancia e alguns fructos,
uso e os fructos restantes.
- 2.º { alguns fructos,
substancia, uso e os fructos restantes.
- 3.º No *quinhão* ha antes compropriedade do que propriedade imperfeita, ali estão reunidos todos os elementos objectivos da propriedade, embora pertençam a mais do que uma pessoa.
- 4.º { *usufructo* { substancia,
 uso e fructo
 uso { substancia e alguns fructos;
 uso e os fructos restantes.
 habitação { substancia;
 uso
- 5.º { substancia e uso;
 fructo
- 6.º { um ou mais usos,
 substancia, fructos, e os restantes usos.
 ou
 um ou mais fructos,
 substancia, uso, e os restantes fructos.

O *abusus* forma parte de cada um d'estes ramos, como elemento subjectivo *commum*.

Devemos ainda advertir que apenas a primeira das duas combinações mencionadas no n.º 6.º e por alguns auctores indicada como representativa das servidões. Mais adiante teremos occasião de apreciar o valor d'esta doutrina.

¹¹ LALAURE, *Traité des Servitudes Réelles*, pag. 8 e seg.º

muito posterior o emprego da palavra *servidão* para a designar.

Com effeito, em Roma, nas leis das XII Taboas, não se falla ainda em *servidões*; mas a instituição hoje designada por este nome lá apparece já, sob a rubrica de *jura praediorum* ¹². Só mais tarde, no periodo do direito civil não escripto, que succedeu ao das XII Taboas ¹³, é que a palavra *servidão* apparece, referida por Gaio ¹⁴. As circumstancias especiaes do povo Romano n'essa epocha explicam satisfactoriamente a preferencia desde então dada pelos juriconsultos e legisladores a esta palavra sobre a expressão *jura praediorum* ¹⁵; no en-

¹² L. 20 D. *de servit.* e L. 20 § 3.º *De servit. praed. urb.*

¹³ L. 2 § 5.º, D. *De origine juris*.

¹⁴ *Eodem numero* — fallava dos direitos incorporeos — *sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur* (L. 1 § 1.º D. *De divisione rerum*)

Esta inovação explica-se por uma tal ou qual analogia entre a escravatura e os *jura praediorum*. N'aquella, que legalmente era também chamada *servidão*, havia a subordinação de um homem a outro; nos *jura praediorum* havia igualmente a subjeição de um predio a outro, a limitação da liberdade do predio serviente em serviço e vantagem do predio dominante. Como bem diz GERMANO. «Il diritto reale, stabilito su di un fondo a favore di un altro fondo, si reduce ad un beneficio che si arreca a quest'ultimo fondo e ad una diminuzione di proprietà per l'altro. Or parte che questa diminuzione di proprietà potesse equipararsi ad un servizio che il fondo, che la soffriva, prestava al fondo che la godeva, e per significarla se servirono della parola *servitus*, che già si trovava nel dominio della scienza legale per indicare uno stato di soggezione di un uomo verso un altro uomo, sembrano quasi alla loro mente che il fondo, che prestava il beneficio, serviva quasi all'altro fondo in favore del qual il beneficio era prestato » (*Obr. cit.* pag. 65).

¹⁵ As immensas conquistas dos Romanos, accumulando na famosa cidade do Tibre numerosos escravos, tornaram a palavra *servidão* muito usual e *commum*, e por isso não admira que ella fosse usada de preferencia a expressão *jura praediorum*, logo que as

tretanto é forçoso reconhecer que esta última, embora scientificamente inexacta ¹⁶, seria preferível á primeira ¹⁷.

7. — No seu sentido literal a palavra *servidão* exprime, com effeito, a sujeição de um homem a outro homem; é synonyma de *escravatura* ¹⁸. O seu emprego, portanto, embora no sentido figurado, para designar uma instituição juridica que deve ser encarada no seu duplo aspecto, activo e passivo, mal pode justificar-se, e por isso alguns escriptores justamente propõem a sua substituição ¹⁹.

duas começaram a ter a mesma significação. (Conf. GERMANO, *obr. cit.*, tom. I pag. 68, LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 125).

¹⁶ A phrase *jura praediorum* é duplamente inexacta: porque da uma ideia incompleta da instituição juridica que por ella se pretende designar, considerando a relação dos dois predios somente pelo lado *activo*, e porque suppõe nas cousas a faculdade de gosarem directos, o que é menos exacto.

¹⁷ A palavra *servidão*, alem de recordar essa odiosa instituição que se chamou *escravatura*, exprime a relação entre os dois predios pelo seu lado oneroso, ao passo que a expressão *jura praediorum* a encara pelo lado das vantagens recebidas pelo predio dominante, e, como diz GERMANO, «certo e più nobile denominare un istituto giuridico dai vantaggi che si hanno e non dalle soggezioni che si soffrono» (*obr. cit.* pag. 68).

¹⁸ «Le mot de servitude, escreve LAURENT, est si odieux, que l'on comprend facilement que les législateurs d'un peuple libre aient éprouvé quelque répugnance à s'en servir.» (*Obz cit.* tom VII, pag. 145).

¹⁹ Em França tentou-se substitui-la pela expressão *services fonciers*, ROMAGNOSI (*Della condotta delle acque*, parte 1.ª, liv. 2.ª, § 548.º) propoz, e BIANCHI accoitou (*obr. cit.*, pag. 74), *uffici prediali*, GERMANO (*obr. cit.*, tom I, pag. 68) propõe que se resuscite a antiga expressão *direitos dos predios* ou *para os predios*.

Reconhecendo a procedencia d'estas razões, não nos abalançaremos, no entretanto, a procurar uma nova expressão que possa, mais scientificamente, substituir aquella, não só pelas difficuldades que ao nosso espirito se offereceriam n'uma investigação que para grandes espiritos tem sido esteril, mas ainda pelos inconvenientes que resultariam d'uma inovação que, cortando a secular tradição dos nossos jurisconsultos, obrigaria a esquecer uma expressão hoje sufficientemente derramada por todas as classes sociaes, e que, felizmente, foi pela geração actual apprendida apenas no seu sentido figurado, ou seja no seu significado juridico.

8. — Pode, consequentemente, a servidão, ser considerada ja pelo seu lado *activo*, ou seja em relação ao predio que recebe o serviço, já pelo seu lado passivo. E d'ahi vem que os diversos escriptores se têm proposto defini-la ora como um *direito*, ora como um *encargo*; mas as legislações positivas, na sua quasi totalidade consideram-n'a sob este ultimo aspecto ²⁰.

²⁰ *Cod. Napoléon*, art. 637.º; *Cod. Civ. de Hesp.* art. 530.º, de Guatemala, art. 1189.º, do Uruguay, art. 512.º, do Chih., art. 820.º; do Mexico, art. 1043.º, da Italia, art. 531.º; da Luisiana, art. 643.º, da Hollanda, art. 721.º; de Vaud, art. 424.º.

Em contrario o *Codigo Civil Argentino*, art. 2971.º, assim redigido. «*Servidumbre real, es el derecho (real) establecido al poseedor de una heredad sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera.*» O *Cod. Fred.*, (Part 2.ª, Liv 3.º Tit 2 § 2) e com elle MELLO FREIRE (*Inst. jur. civ. Lus* § 1.º, Lib

O nosso Código Civil foi na mesma esteira definindo servidão:

«Um encargo imposto em qualquer predio, em proveito ou serviço de outro predio pertencente a dono differente.» ²¹

Tal definição, porem, se é scientificamente inexacta, exprime, todavia, por uma forma sufficientemente clara, o caracter fundamental da servidão.

9. — Foi coerente o legislador ao dizer a servidão um *encargo* no art. 2267.º, visto ter-lhe já dado o primeiro logar no art. 949.º, ao enumerar os *onus reaes*; mas tal designação é incompativel com a propria natureza da instituição.

Com effeito encargo é synonymo de obrigação, e obrigações só as pessoas podem supportar-as. As cousas não podem ser sujeitos de direitos, nem sujeitos de obrigações, e portanto sobre o predio serviente não pode recahir um encargo, porque nas servidões a pes-

III, Tit. XIII) que seguiu HEINECIO, e LOBÃO (Not. a Mell. pag. 534) que a definiu assim «*Jus praedium uniaerens ipsius utilitatem respiciens, et alterius libertatem, seu jus damnum*»

²¹ Este artigo foi traduzido do art. 476.º do *Projecto Hespanhol* de 1854, que passou, ligeiramente alterado, para o actual Código Civil da mesma nação. Justificando aquelle preceito, dizia GOYENA. «Como la palabra *servidumbre* envuelve por si sola un concepto pasivo, al passo que la palabra *derecho* lo envuelve activo, hay mas propiedad en definirla como carga o gravamen» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tom. I, pag. 420). Conf. *supra*, n.º 6 not. 17.

soa do proprietario, que em definitiva o supportaria, está completamente posta de parte.

O dono do predio dominante, n'esta qualidade, tem sobre uma fracção do predio serviente direitos de propriedade perfeitamente eguaes aos que sobre as restantes fracções pertencem ao proprietario, embora menos extensos em relação ao seu objecto ²². Ora se aos direitos d'aquelle correspondesse um *encargo* sobre o predio serviente, porque não corresponderia tambem um *encargo* aos direitos eguaes do proprietario? E, todavia, ninguém ainda o affirmou; e nem seria possível demonstral-o, porque tal encargo não existe realmente. Quando todos os elementos objectivos da propriedade pertencem ao mesmo individuo, temos a propriedade plena, mas não se diz, nem podia dizer-se, que sobre a cousa pesa um encargo; se aquelles elementos se acham separados, pertencendo um d'elles a pessoa differente, o proprietario não soffre um encargo, mas apenas a diminuição d'aquelle elemento ao objecto do seu direito.

Como bem diz GERMANO:

«Si possono dire pesi ed oneri quei diritti che non rappresentano una frazione d'ella proprietà, e vincolano soltanto il proprietario all' adempimento di un obbligo, come i censi, i livelli, gli

²² Conf. *supra*, n.º 2.

albergamenti, e le rendite di ogni natura, perché questi pesano davvero sul proprietario, il qual soddisfare le prestazioni; ma non si possono dire pesi le frazioni di proprietà, le quali non gravitano sopra nessuno.»²³

A palavra *encargo*, portanto, significa apenas, no art. 2267.º, uma limitação ou diminuição do predio serviente; e n'este sentido são *encargos* todos os *direitos reaes* ²⁴.

10. — Mas todos os encargos impostos sobre um predio em proveito de outro pertencente a dono differente deverão considerar-se servidões?

O art. 2267.º do Cod. Civ. não resolve esta duvida; dizendo que a servidão é *um* encargo, não exclue a possibilidade de outros encargos, nas condições apontadas, que não sejam servidões. E na verdade esses encargos existem realmente.

Assim: contracto com um proprietario meu visinho ceder-me a agua da sua fonte para regar o meu jardim durante o anno corrente. No ponto de vista do legislador temos aqui um encargo imposto sobre o predio do meu visinho em proveito do meu proprio.

Será isto uma servidão á face do nosso codigo?

²³ *Obr. cit.*, pag. 100, n.º 71.

²⁴ Determinado, assim, o verdadeiro significado d'esta palavra, continuaremos a usal-a, apesar da sua impropriedade, uma vez que a lei e o uso a consagraram.

Não me parece duvidosa a resposta negativa. O art. 2279.º mostra por modo indubitavel que a *perpetuidade* é caracter essencial das servidões, as quaes não podem, consequentemente, ser temporarias. Portanto n'aquelle contracto não ha uma servidão, mas simples locação. Da mesma forma, se eu adquirir direito de passar pelo predio de Paulo para afructar e desafructar o meu, durante um, dez, vinte annos, ou por toda a minha vida, tambem aqui não haverá, uma servidão de passagem; e no entretanto existe um encargo, imposto sobre um predio, em *proveito* d'outro predio.

Não indica, por conseguinte, a definição legal os caracteres proprios da servidão, mas qualidades que são communs a' outras especies de direitos.

Onde encontrar, pois, a verdadeira caracteristica differencial?

A meu juizo é na *perpetuidade* do encargo. O legislador devia ter acrescentado esta palavra á definição do *Projecto Hespanhol*, se não quizesse adoptar, como deveria ter feito, uma definição differente.

Isto bastaria para que ella fosse regeitada; mas nem só isto temos que censurar.

11. — Para que um encargo possa dizer-se servidão é indispensavel que seja *imposto n'um predio em proveito ou serviço d'outro predio, pertencente a dono*

differente; assim o preceitua nas suas ultimas palavras o cit. art. 2267.º do Cod. Civ.

Copiando esta disposição do *Projecto Hespanhol* não pode dizer-se que o legislador procedesse com critério digno de louvor. Com effeito se a palavra *proveito* foi bem applicada na definição para exprimir todas e quaesquer utilidades que da servidão possam advir ao predio dominante, o mesmo não pode já dizer-se com relação á palavra *serviço*, que no seu sentido natural exprime a ideia de factos, de actos do homem (*servire*). Ora as cousas não podem, n'este sentido, prestar serviços, porque são inertes, e por isso tal conceito é mal cabido. •

Teremos, por consequencia, de tomar a palavra *serviço* como synonyma de *proveito*; mas n'este sentido ella é completamente inutil na definição; e, alem d'inutil, inconveniente, porque, nada esclarecendo, pode originar difficuldades de interpretação. Com effeito a palavra *serviço*, no seu significado litterario, não exprime sempre a ideia de *proveito*; podem prestar-se serviços que não tenham utilidade ou sejam prejudiciaes para aquelles a quem são prestados ²⁵.

N'este sentido deveriam considerar-se servidões, e ser, portanto, permittidos, quaesquer desmembramentos da propriedade, embora d'elles não resultasse utilidade

²⁵ É vulgar dizer-se: um bom serviço, um mau serviço etc.

para o predio dominante, o que é inaceitavel tanto no campo dos principios, como á face do nossoCodigo, que suppõe sempre a existencia d'uma vantagem para o predio dominante. Os artt. 2267.º, 2276.º §§ 1.º e 2.º, 2278.º, e outros, não deixam a esse respeito a menor duvida.

A palavra *serviço*, foi portanto, pelo legislador empregada, em materia de servidões, como synonyma de *proveito*.

«Não é bastante, diz *BUGEN*, a existencia entre dois predios de uma qualquer relação juridica, de uma qualquer obrigação a cargo de um e a favor do outro, para que se possa dizer que o primeiro *serve* o segundo; mas é necessario que aquella relação juridica tenha por objecto procurar uma *vantagem* a um predio por meio e á custa de um outro» ²⁶.

12. — Imposto sobre um predio em *proveito* de outro predio pertencente a dono *differente*: eis um dos caracteres fundamentaes da servidão, justamente posto em relevo peloCodigo Civil.

Para que haja servidão é, pois, necessario que existam dois *predios*; e predio (*praedium*) é somente o terreno ou solo, e qualquer edificio n'elle incorporado (Cod. Civ. art. 374 § unico). Os moveis são, na verdade, por

²⁶ *Obr. cit.*, pag. 51.

sua propria natureza, insusceptiveis de relações permanentes e duradouras, como as que constituem a servidão, e por isso ficam naturalmente excluidos do seu objecto. É, portanto, a servidão um direito *immobiliario*, (art. 375 n.º 2.º).

E para que a servidão exista é necessario, alem d'isso, que esses predios pertençam a donos differentes, principio que os romanos já tinham indicado nos aforismos de PAULO: *nulli res sua servit jure servitutis* ²⁷ e de AFRICANO: *nullum praedium ipsum sibi servire potest* ²⁸.

Veremos n'outro logar as razões d'esta doutrina.

13. — Em vista do exposto devemos assignar á servidão, em face do nosso Codigo Civil, os seguintes caracteres:

- 1.º) É uma fracção da propriedade ou direito real;
- 2.º) É constituida em proveito d'um predio ²⁹.

²⁷ L. 26 D. De serv. praed. urb

²⁸ L. 33 § 1 D. De serv. praed. rust

²⁹ Este facto fez dizer a alguns auctores que a servidão é um *direito real* tanto pelo lado activo como pelo lado passivo. Tal doutrina, porem, é inexacta. Como ja fica dicto o direito real é uma fracção da propriedade; para que elle exista ou appareça é necessario o desmembramento ou separação de um dos elementos objectivos da propriedade em favor de uma pessoa que não seja o proprietario. Ora nas servidões, consideradas pelo seu lado activo, ou seja em relação ao predio dominante, não se dá tal desmembramento, e não podem, por isso, considerar-se direitos reaes sob esse ponto de vista. No entretanto para simplicidade da linguagem, e feitas estas reservas, fallaremos tambem da *realidade activa* da servidão para exprimir que ella deve ser constituida em proveito ou serviço de um predio.

Consideral-a-hemos, pois, sob este duplo aspecto, procurando o verdadeiro alcance de cada um d'estes caracteres, e determinando depois os seus legitimos consecutarios em ordem a desenvolver os caracteres essenciaes da servidão, que n'aquelles dois se acham implicitos.

§ 2.º — Do encargo nas servidões

14. A servidão será uma fracção de propriedade? Doutrina Allemã.

15. A opinião de Bianchi 16. Diversas categorias de servidões.

17. As servidões *affirmativas* são fracções da propriedade.

18-20. As *negativas* devem também considerar-se taes, refutação das opiniões contrarias 21. A essencia da servidão é

a transferencia d'uma *utilidade* do predio serviente para o dominante.

22. Scientificamente só a servidão e direito real. 23.

Distuncção entre a servidão e os outros direitos reaes mencionados no Codigo Civil.

14. — É principio geralmente acceito entre os modernos civilistas que a servidão constitue uma fracção ou desmembramento da propriedade ¹. Com elles se conformou o nosso Codigo Civil.

No entretanto esta doutrina foi recentemente combatida na Allemanha ², apresentando-se a servidão como constituindo um direito de natureza especial e propria, que tendo muito embora por effeito limitar a

¹ DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom IX, n.º 743, LAURENT, *obr. cit.*, tom VIII, n.º 456, e tom. XII, n.º 132, 158 e 159, MAZZONI, *Servitù*, tom. II, n.º 1 e 51, BORSARI, *Comm Cod Civ.*, tom. II, §§ 818 e 1073, BARATTONO, *Delle azioni posses.* (3.ª edic.), tom. I, n.º 100, MOLITOR, *Les servit. en droit romain*, not. 3, PARDESSUS, *Servit* n.º 9 e 244, MARCADE, *Cod Civ.*, art 526 e n.º 336, BIANCHI, *obr. cit.*, n.º 45 e not. 16, pag. 162.

² WENDSCHEID, *Pandek*, § 200 not 3 e § 209 not. 2; RICCI, *Dir. Civ.*, tom. II, pag. 272; FERD. PICCINELLI, *Il pegno di servitù per doli* (1884) pag. 16, not. 38. (BIANCHI, pag. 163, not 17).

propriedade, não era, todavia, uma promanação e um fracionamento da mesma propriedade.

As suas razões, resumidas por BIANCHI, são as seguintes:

«Considerada *activamente*, a servidão não representa um elemento da propriedade, destacado d'esta; o *jus in re aliena*, que a constitue, não é, de facto, o direito de usar do predio *pela mesma forma* que o proprietario o usaria por força do seu direito de propriedade; assume natureza e caracteres novos, apparece differente no seu titulo e nos seus effectos, nas mãos do titular da servidão.

«E considerada *passivamente* a servidão, também não pode dizer-se que o proprietario do fundo gravado se encontre privado do elemento de dominio que corresponderia ao conteúdo da servidão, visto como o proprietario que constituiu, por exemplo, sobre o seu predio uma servidão de passagem em favor d'outro, conserva o direito de passar elle proprio, e somente assumiu a obrigação de não impedir que outrem por lá passe.

«Portanto o unico effeito da servidão é limitar a liberdade e exclusivismo do dominio, mas nunca o de tirar qualquer elemento ao proprietario, para transferir o *mesmo elemento* a uma terceira pessoa; o que exclue toda a ideia de desmembramento da propriedade.» ³

³ BIANCHI, *obr. cit.*, n.º 45.

15. — Não acceita BIANCHI a doutrina d'esta escola, mas não perillha tambem em toda a sua latitude a doutrina tradicional segundo a qual todas as servidões são fracções ou desmembramentos da propriedade. Entre as duas doutrinas oppostas, o notavel Professor de Siena, adopta um meio termo, tendente a corrigir os seus respectivos excessos.

«Parece-nos, escreve elle, que a velha e a nova doutrina peccam ambas por excesso, pretendendo fixar normas absolutas, applicaveis igualmente a entidades varias e multiformes no seu objecto; isto é, pondo-se em face d'uma servidão, typo abstracto e geral, em vez de considerar em concreto cada uma d'ellas, e as suas differentes formas.

«Erra a doutrina tradicional quando a todas as servidões em geral quer applicado o caracter de desmembramento da propriedade; sendo claro, por exemplo, que as servidões negativas, exteriorisando-se n'uma mera abstenção imposta ao proprietario do predio gravado, não podem produzir o effeito de attribuir ao titular da servidão aquelle particular elemento de propriedade que foi diminuido ao predio gravado.»

«Excede-se, por sua vez, a nova doutrina germanica quando, contrariamente, quer recusar aquelle caracter a todas as servidões prediaes indistinctamente. Na verdade muitas d'estas tem por objecto: ou um especial *direito de uso* do predio de outrem, como as servidões de passagem e de aqueducto; ou então a percepção, a

favor do predio dominante, de certos productos do predio serviente, como a servidão de *preza d'acqua* (*aquae haustus*), de extracção de mineraes, e semelhantes. N'estas hypotheses é innegavel que o proprietario do predio dominante se encontra, em mais ou menos larga medida, ou *substituido* ou *associado* ao proprietario do predio serviente no goso de uma certa utilidade d'este mesmo predio» ⁴.

Acceitamos a doutrina do illustre jurisconsulto na critica que dirige á escola allemã: mas não julgamos acceitaveis as suas conclusões em relação á doutrina tradicional ou velha, que nos parece a verdadeira, pelas razões que vamos resumir.

16. — São de tal modo variadas e infinitas as utilidades que um predio pode prestar a outro, que a enumeração das servidões prediaes possiveis é facto absolutamente impossivel.

No entanto as actualmente conhecidas podem bem classificar-se em tres grupos, segundo consistem:

- a) n'um direito de uso sobre o predio de outrem;
- b) no direito de extrahir materias ou productos do predio serviente;
- c) no direito de *impedir* a um proprietario o exercicio de certos actos de propriedade.

⁴ *Obr. cit.*, pag. 165-166.

Pertencem á primeira categoria ⁵ as servidões de passagem, de aqueducto, de *stillicidium*, *tigni immit-tendi*, *cloacae immittendae*, *oneris ferendi*, *projiciendi*, *vel protegendi*, e outras semelhantes.

Á segunda pertencem as servidões *aquae haustus*, *arenae fodientae*, *gretae eximendae*, etc.

Á terceira categoria pertencem todas as servidões chamadas *negativas*, como *altius non tollendi*, *ne lumnibus officiat*, etc. ⁶

Cada uma d'estas especies de servidões, contrariamente ao que affirma BIANCHI, são verdadeiras fracções ou desmembramentos da propriedade. ⁷

17. — Concorda aquelle escriptor em que as servidões comprehendidas na duas primeiras categorias

⁵ Algumas servidões legaes, no dizer de BIANCHI, podem consistir no direito de compartilhar do predio de outrem, e no direito de obter a prestação de um facto ou obra determinada (*Obr. cit.* pag. 162). Veremos n'outro logar o que esta affirmação tem de verdade.

⁶ Claro é que varias descobertas podem tornar esta classificação insufficiente, por se reconhecer um meio differente de um predio prestar utilidade a outro, mas, como diz FERREI, não podemos ter a louca pretensão de fazer leis, e estabelecer principios, absolutos e immutaveis, no tempo e no espaço; mas somente para o nosso tempo, e quando muito para epochas não muito remotas.

⁷ «Queste tre categorie bastano a comprehendere tutte quante le «servitù prediali costituite per volontà privata, per quanto sia variabile l'oggetto e lo scopo che puo ad essere venire assegnato, «non ve n'ha alcuna, a veder nostro, che non possa essere ricon- «dotta sotto l'uno o l'altro di quei tipi generali.» (BIANCHI, *op. cit.*, n.º 44, pag. 159 e 162).

são verdadeiras fracções da propriedade, visto que o proprietario do predio dominante se acha sempre ou substituído ou associado ao proprietario do fundo serviente no gozo de uma certa utilidade d'este ultimo predio. A questão fica, pois, reduzida ás servidões *negativas*, que são todas aquellas que importam para o dono do predio serviente a prohibição de exercer alguns direitos contidos no de propriedade.

A escola tradicional, que n'esta parte acompanhamos, affirma que tambem estas constituem uma fracção da propriedade.

Vejamos porque.

18. — Tanto no preceito da nossa lei, como na lição dos escriptores, a essencia da servidão está precisamente na transmissão de certa *utilidade* do predio serviente para o predio dominante. Como disse ULPIANO ⁸: *jus suum deminuit alterius auxil.* Sempre que haja servidão ha esta transferencia; o que resta, portanto, é determinar a natureza da cousa transferida nas servidões *negativas*.

Será o elemento subjectivo da propriedade serviente que se fracciona em favor do predio dominante?

Não; já precedentemente dissemos que o *abusus* é indivisivel: acompanha todo e qualquer elemento

⁸ L. 5 § 9. D. *De operis novi nuntiatione*.

objectivo da propriedade. Logo aquella transferencia ha de ter sido feita á custa dos elementos objectivos da propriedade serviente: isto é, da substancia, do uso, ou do fructo. Mas a *substancia* separada dos outros elementos, não pode produzir qualquer utilidade, porque só é útil o que satisfaz as nossas necessidades, e a applicação da substancia d'uma cousa á satisfação das mesmas necessidades constitue precisamente o seu uso.

Portanto é da essencia da *servidão* a transferencia para o predio dominante de algum uso ou fructo do predio serviente.

E sendo assim, como a todo o elemento objectivo da propriedade corresponde sempre, na sua integridade, o elemento subjectivo (*abusus*), claro é que a servidão, affirmativa ou negativa, constitue um *direito real*, ou seja uma *fracção da propriedade*.

E se esta é a illação logica dos principios, a analyse attenta dos factos não leva a conclusão differente.

19. — Mas BIANCHI affirma, e antes d'elle FOSCHINI⁹, que consistindo as servidões negativas em não fazer, ou seja n'uma mera *abstenção* do proprietario serviente, não podem produzir o effeito de attribuir ao titular do predio dominante o elemento de propriedade que foi diminuido no predio gravado¹⁰.

⁹ *Le servitù per diritto romano in confronto del Cod. Civ. Ital.*

¹⁰ *Supra*, n.ºs 14 e 15.

Vê-se bem quanto é especiosa e erronea uma tal argumentação, cuja primeira consequencia seria o absurdo de tirar á propriedade serviente um dos seus elementos, em favor do predio dominante, sem attribuir ao dono d'este o mesmo elemento, que ficaria assim *perdido*, sem pertencer a pessoa alguma!

Na verdade as servidões negativas importam sempre a limitação em favor do predio dominante, de um dos usos do predio serviente. Quando o dono d'este se obriga a *não fazer* qualquer cousa, em utilidade do primeiro, claro é que aliena o direito que tinha, como proprietario, a fazer aquella mesma cousa, pois são incompativeis na mesma pessoa o *direito de fazer*, com a obrigação de *não fazer*. E desde que tal alienação se deu, é manifesto que alguém adquiriu aquelle direito, e esse alguém só pode ser o dono do predio dominante.

Assim é que na servidão *altius non tollendi*, para me servir do exemplo de FOSCHINI, ainda que apparentemente o direito adquirido pelo proprietario dominante pareça diverso do que foi perdido pelo proprietario serviente, um exame mais aprofundado mostra claramente que assim não é.

Com effeito entre os differentes usos que o proprietario pode fazer do seu predio está o de construir n'elle os edificios que quizer, levantando-os a qualquer altura, visto que o seu predio lhe pertence, no dizer

dos antigos escriptores, *do ceu até ao inferno* ¹¹. Se elle se obriga, para conservar as vistas ao predio visinho, a não levantar mais o edificio já construido, temos a chamada servidão *altius non tollendi*.

Esta obrigação do proprietario do predio serviente representa, evidentemente, a alienação em favor do proprietario do fundo dominante d'aquelle particular uso, que, ligado ao elemento subjectivo inseparavel de cada um dos elementos objectivos da propriedade, constitue o *direito de edificar*.

Mas não vá d'aqui concluir-se, como fazem alguns escriptores, que, dada esta transferencia, poderia desde logo o titular da servidão *ir edificar* no predio serviente; é levar demasiadamente longe uma conclusão que nas permissas se não comporta.

O direito de edificar, como todos os direitos chamados facultativos, tanto se exerce quando se edifica, como quando tal se não faz: exerce-se tanto por factos, como por ommissão de factos. A transferencia d'este direito para o proprietario do fundo dominante não importa, por isso, *necessariamente* a faculdade, para este, de edificar no predio serviente, visto como elle pode exercer o seu direito simplesmente pela ommissão de factos. E é precisamente esta a differença que sob

¹¹ « O dominio de qualquer predio não se limita só a sua superficie: elle comprehende todo o ar perpendicular até o Ceo, e tudo o debaixo até os infernos » (LOBÃO, *Dissertação II sobre as aguas subterraneas*, § 1.º, e escriptores por elle referidos.)

este ponto de vista separa o proprietario serviente do titular da servidão: emquanto que o segundo não pode exercer o seu direito *edificando*, o proprietario podia fazel-o. Mas nem por isto é menos certo que o direito de ambos é precisamente o mesmo.

20 — E nem se julgue inconciliavel esta doutrina nas suas duas partes; a sua justificação é facil de fazer.

Na verdade, sendo identico o direito do proprietario e o do titular da servidão, parece que ambos deveriam poder exercel-o por identica forma. Mas não acontece assim, porque o exercicio igual e simultaneo dos outros direitos do proprietario do fundo serviente torna impossivel a realisação d'aquelle na sua forma *affirmativa*. Os usos de que uma cousa é susceptivel são tão variados que o exercicio de uns torna, por vezes, impossivel o de outros. De modo que os direitos que n'alguns d'elles se objectivam são por vezes limitados pelos direitos que sobre outros recaem. E assim é que não pode, por exemplo, applicar-se simultaneamente um predio á agricultura e á construcção d'uma casa porque é phisicamente impossivel aquella dupla e simultanea applicação.

Eis a razão porque o titular da servidão não pode edificar no predio serviente; o exercicio affirmativo do direito de edificar é embaraçado pelo direito do pro-

prietario a fazer do mesmo predio outros usos, incompatíveis com aquelle exercicio.

Pode, por isso, dizer-se n'uma formula mais clara, que o proprietario do predio serviente ao edificar n'elle, não exerce sómente o direito que transferiu para o titular da servidão, mas outros mais, e como estes não foram por elle alienados conjunctamente com o direito de edificar, claro é que o titular da servidão não pode exercer aquelle na sua forma affirmativa.

«Quando fabbrica il proprietario del fondo servente, *diz GERMANO*, egli non solo si serve d'ell' uso e della corrispondente facoltà di fabbricare, ma si serve ancora di tutti gli altri usi di cui la cosa viene privata per effetto della fabbrica, ed egli può farlo, perchè, avendo la proprietà dell'oggetto, ha il complesso di tutti gli usi e di tutti i diritti relativi.» ¹².

Alem d'isto devemos ainda advertir que a concessão d'aquelle direito ao proprietario dominante é adstricto á utilidade ou proveito do predio dominante; ora essa utilidade resulta simplesmente de não ser exercido na sua forma positiva o direito de edificar no predio serviente. Conceder ao proprietario dominante que edificasse sobre o predio serviente seria, pois, consentir-lhe que usasse em prejuizo do seu predio de um

¹² *Obr. cit.*, pag. 165.

direito que *somente* em seu beneficio fora concedido, o que seria absurdo.

Portanto, ainda mesmo nas servidões negativas se dá a separação de um dos elementos do predio serviente em favor do predio dominante, o que significa que tambem estas servidões são desmembramentos ou fracções da propriedade.

Bem avisado andou, pois, o legislador Portuguez ao declarar as servidões *propriedades imperfeitas*, ou direitos reaes.

21. — E convem desde já advertir que sendo o uso inseparavel da cousa, não pode em rigor dizer-se que na servidão se opera sempre, para a predio dominante, a transferencia de *algum uso* do predio serviente. O que na realidade se transfere é uma ou mais das *utilidades* ¹³ do predio serviente; e a utilidade é uma consequencia do uso, e não o proprio uso. Com effeito o uso é o emprego, é a applicação da substancia da cousa ás necessidades do homem; não pode, por isso, haver uso separado *materialmente* da substancia.

Quando dizemos, portanto, que a propriedade se divide objectivamente claro é que supponmos uma divi-

¹³ «In breve una *trasmissione di utilità* da fondo a fondo: il distacco di un valore da una proprietà, e il conferimento di esso ad un'altra. ecco il contenuto sostanziale della servitù.» (BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 51); SERAFINI, *Pand.*, § 183.

são ideal, como ideal é também a separação entre si dos diferentes usos da coisa. A separação *material* de qualquer uso importaria a divisão correspondente da *substancia* da coisa, o que tornaria impossível o exercício simultaneo dos outros usos de que aquella fracção fosse susceptível. Assim quando eu concedo sobre o meu predio uma servidão de passagem, claro é que não separo em favor do predio dominante uma fracção material do meu predio, pois isso equivaleria a uma venda; concedo apenas a outrem a faculdade de *usar* do meu predio, passando por elle para o predio dominante. É, pois, uma separação ideal.

Ora sendo assim, é bem de ver que na servidão se não opera a transferencia do uso para o predio dominante, porque elle é inseparavel do predio serviente; o que na realidade se dá é a transferencia de uma *utilidade*, como acima dizemos, perdida pelo predio serviente, e adquirida pelo predio dominante. Assim, por exemplo, na servidão de aqueducto, o uso do predio serviente não acresce ao predio dominante; mas o *pro-veito* ou *utilidade* que resulta d'esse uso, em vez de pertencer ao proprietario serviente, acresce ao predio dominante.

É n'este sentido que nós usamos da expressão *transferencia de um uso*.

22. — Mas se a servidão é scientificamente um

direito real, convem confrontal-o com as demais *propriedades imperfeitas* reconhecidas pelo Cod. (art. 2189.^o), não só para averiguar se estas são realmente fracções de propriedade, mas ainda para trazer á luz o caracter especifico da servidão em face d'aquelles direitos.

a) Pela ordem do Codice apparece-nos em primeiro lugar a *emphiteuse* ou *emprasmamento* que não pode considerar-se por forma alguma como direito real visto que ao foreiro pertence o direito de usufruir o predio e dispor d'elle como coisa sua, salvas as restrições estabelecidas na lei para garantia do canon ou foro que ao senhorio directo é devido (Cod. Civ. art. 1673.^o e 1676.^o). Aqui ha, pois, uma propriedade perfeita, embora onerada com uma especie de hypotheca para segurança d'aquelle canon, o que ainda mais se evidencia, não só em face do art. 1671.^o que limita os direitos do senhorio, em caso de não pagamento por parte do foreiro, a haver os foros em divida e os juros desde a mora, mas também em vista da faculdade de *remissão*, ao mesmo foreiro concedida pelo Decr. de 30 de setembro de 1892.

Mas quando mesmo o predio emprasado fosse inalienavel e não remivel nem por isso deveria a enphiteuse considerar-se fracção de propriedade, mas uma simples *locação perpetua* (Cod. Civ. art. 1654.^o), o que exclue a ideia de *desmembração*, implicita na de direito real.

b) O *censo*, que na ordem do Código occupa o segundo lugar, não é também fracção da propriedade. As considerações que deixamos expostas em relação ao emprasamento tem aqui igual cabimento, em vista da sua recíproca analogia (Cod. Civ. art. 1644.º e 1647.º). Sobre o immovel pesa, como n'aquelle, uma especie de *hypotheca* para garantia do *censo* e do capital prestado ao censuario (art. 1649.º), podendo o contracto ser distractado, a arbitrio d'este, pelo reembolso do mesmo capital, nos termos e condições do art. 1648.º do Cod. Civil.

E se quizessemos levar mais longe a comparação poderíamos ainda invocar a *perpetuidade*, que sendo caracter essencial dos direitos reaes, não o é d'esta especie de propriedade (art. 1645.º) ¹⁴.

c) O *quinhão* (art. 2190.º e seg.º), como n'outra parte já dissemos, também não é *desmembramento* da propriedade ¹⁵, mas uma verdadeira *compropriedade*, como o proprio legislador aliás reconheceu no art. 2196.º do Cod. Civ.

d) O proprio *usufructo* não deve rigorosamente ser considerado direito real, visto que nas mãos do usu-

¹⁴ Conf. *supra*, n.º 3, e *infra*, n.º 41.

¹⁵ Conf. *supra*, n.º 5, not. 10.

fructuario reside a *inteira* propriedade, embora limitada a certo praso. Durante o tempo do usufructo pode elle usar a cousa e d'ella dispor como se fôra o proprio dono, salvo o direito que este tem de a receber sem deteriorações findo que seja o mesmo usufructo. É, em rigor, uma *locação* da cousa. E tanto assim que não poucas difficuldades se têm deparado aos escriptores ao pretenderem assignalar a sua relativa differenciação ¹⁶.

Alem d'isto, como fizemos já notar, o usufructo não tem, também, aquelle caracter de *perpetuidade* que deve pertencer a todos os direitos reaes, pela razão de que a parte é sempre da natureza do todo ¹⁷.

E pelo que especialmente respeita ao *uso* e *habitação*, alem de saltar também este mesmo caracter de *perpetuidade* (art. 2253.º e 2241.º n.º 1.º), não podem por outro lado considerar-se propriedades imperfeitas pela razão de que ao seu titular não é licito dispor de taes direitos, alienando-os ou alugando-os, (cit. Cod., art. 2253.º), o que teria necessariamente de succeder se fossem realmente direitos reaes, pois, como ficou dicto, o *abusus*,

¹⁶ Conf. TOULLIER, *obr. cit.*, tom. III, n.º 389 e 390; GERMANO, *obr. cit.*, pag. 173.

¹⁷ *Infra*, n.º 73; Código Civil, art. 2197.º, 2202.º, 2206.º, 2207.º, 2223.º, 2241.º, n.º 1.º, etc.

ou poder de dispor, acompanha sempre todo e qualquer elemento objectivo da propriedade quando esta é fraccionada ¹⁸.

e) A *perpetuidade* falta tambem no direito de *compascuo*, que pode ser remido mediante o pagamento do justo valor do encargo (Cod. Civ. art. 2266) qualquer que seja a natureza do seu titulo constitutivo ¹⁹, e não deve, consequentemente, considerar-se fracção da propriedade.

Chegamos assim, por successivas eliminações, a reconhecer as servidões como unicos direitos reaes por sua propria natureza, ficando por esta forma scientificamente estabelecido o seu caracter especifico em face dos outros direitos.

No entretanto, visto que o legislador Portuguez, seguindo exemplos de fóra ²⁰, considera como reaes

¹⁸ Conf. *supra*, n.º 2.

¹⁹ Duvidou-se se o preceito do art. 2266º do Código Civil comprehendia tambem a hypothese em que o *compascuo* tivesse sido constituido por escripto authentico. A *Rev. de Leg. e de Jur.*, (anno xiv, pag. 313) pronunciou-se pela affirmativa, dizendo que as palavras *titulo particular*, no mesmo artigo empregadas, significam «o fundamento da aquisição, ou causa do direito.»

²⁰ No direito romano primitivamente só os *jura praediorum* foram considerados *direitos reaes*, nas leis das XII Taboas não se falla ainda de outros. O *usufructo*, o *uso* e *habitação* foram creados depois

os direitos que deixamos mencionados, necessitamos determinar, tambem, no campo puramente legal, a caracteristica differencial das servidões.

23. — O que na servidão ha de especifico, em relação ás restantes propriedades imperfeitas mencionadas no Código Civil, resalta nitidamente do confronto entre os caracteres fundamentaes d'aquella e os que a mesma lei a estas attribue.

Ora a servidão, como n'outra parte já dissemos, reúne os seguintes caracteres fundamentaes ²¹:

a) É um direito real, ou fracção de propriedade (art. 2189.º n.º 6); e portanto:

b) É um direito perpetuo (art. 2179.º);

c) É imposta sobre um predio (art. 2367.º),

d) Em proveito d'outro predio (cit. art. 2267.º).

pelos juriseconsultos, da mesma forma que o *penhor*, a *hypotheca* e a *emphyteuse* devem a sua existencia aos Pretores. A razão de serem considerados como direitos reaes encontra-se naturalmente n'uma tal ou qual similitude dos segundos com os *jura praediorum*, e dos ultimos com os segundos. (GERMANO, *obr. cit.* n.ºs 40 e 50)

Os Codigos modernos mencionam tambem diferentes direitos reaes, ao lado das servidões, mas ao passo que estas em todos elles figuram, não se manifesta a mesma conformidade em relação aos outros direitos.

²¹ Conf. *supra*, n.ºs 40 e 43.

O quadro seguinte mostra quaes d'elles são comuns ás outras especies de direitos reaes:

	a) Direito real	b) Perpetuo	c) Sobre um predio	d) Em proveito d'outro predio
1.º <i>Emphyteuse</i>	1	1 (22)	1	
2.º <i>Censo</i>	1		1	
3.º <i>Quinhão</i>	1	1	1	
4.º { <i>Usufructo</i>	1		1	
<i>Uso e habitação</i> . .	1		1	
5.º <i>Compascuo</i>	1		1	
6.º <i>Servidão</i>	1	1	1	1

Vê-se, pois, que a característica diferencial da servidão, como direito real, á face do nosso Codigo, é ser estabelecida *em proveito d'outro predio*.

Urge, por isso, que desde já investiguemos qual seja o verdadeiro alcance e significado d'estas palavras.

Tal será o objecto do paragrapho seguinte.

²² O Cod. Civ. declara este direito *perpetuo*, e por isso assim o consideramos aqui, apesar do preceituado no Decr. de 30 de setembro de 1892, revogado, segundo se diz, pelo de 15 de janeiro de 1895. Não podendo prever, neste assombroso prurido de legislar, qual sera o estado da nossa legislação ao tempo em que este trabalho sahir do prelo (d'aqui por alguns dias) guar me-hei de preferencia pela doutrina do Codigo.

§ 3.º — Do proveito nas servidões

24. A servidão pode confundir-se com alguns direitos pessoais.

25. Criterio para os distinguir. **26-27.** O encargo imposto sobre um predio para favorecer uma industria exercida n'outro, devera considerar-se servidão? Opinião negativa de Laurent; sua refutação. Em proveito da industria podem constituir-se servidões. **28.** O direito de seccar na lage do visinho os fructos produzidos em certo predio não é servidão, nem o direito de fazer o vinho no lagar alheio. **29.** *Quid*, das arvores cujos ramos pendem sobre o predio do visinho? **30.** Ainda hoje são admittidas servidões *amoenitatis causa*. **31.** Mas os direitos de caçar, passear, colher flores, etc., no predio visinho, não constituem servidão. **32.** Nem o direito de impedir que o visinho abra no seu predio uma *taverna, café, prostibulo*, etc. **33.** Nem o direito concedido ao dono de uma casa de ir buscar a outro predio as aguas precisas para as suas necessidades domesticas. **34.** É pelo titulo constitutivo e pela natureza especial do direito que deve decidir-se se este é ou não de servidão. *Quid* em caso de duvida? **35-36.** Opiniões differentes. Deve considerar-se o direito como pessoal e não como servidão, excepto quando só como servidão possa valer. **37.** Não é necessario que o *proveito* do predio dominante seja *certo e actual*, para que a servidão possa existir, basta que seja *possivel*. **38.** A doutrina do Cod. Civ. deve ser, em parte, modificada.

24. — No art. 2267.º o Codigo Civil apenas falla no *proveito ou serviço* do predio dominante, como característica da servidão; mas n'outros artigos emprega, para exprimir a mesma ideia, as palavras *vantagem* (2276.º § 1.º), e *utilidade* (§ 2.º do mesmo artigo e 2267.º *in fine*).

É, pois, condieção indispensavel da existencia da servidão, que d'ella resulte para o predio dominante alguma utilidade. E quando eu digo para o *predio do-*

minante uso de uma ficção jurídica, porque as cousas não são, nem podem ser, sujeitos de direitos; rigorosamente a *vantagem* é para o dono d'aquelle predio. No entretanto a ficção é indispensavel para exprimir a ideia de que este recebe aquellas vantagens na sua qualidade de proprietario, e por intermedio do seu predio.

A servidão sendo uma fracção da propriedade, separada apenas idealmente, claro é que não pode acrescentar ao predio dominante, mesmo porque a propriedade plena não é susceptivel de augmento. Mas o dono d'este predio exerce sobre o predio serviente um direito particular, aproveitando-se das *utilidades* que do mesmo exercicio derivam, e que o predio dominante, por si só, não poderia produzir.

O proprietario dominante encontra-se assim investido n'um duplo direito: o de plena propriedade sobre o seu proprio predio, e o de servidão sobre o predio serviente; direitos completamente distinctos, embora necessariamente ligados entre si.

E porque este ultimo pode ser tambem exercido independentemente d'outro predio, constituindo um direito meramente pessoal, convem fixar o *criterium* que ha de guiar-nos para distinguir os casos em que a limitação da propriedade é feita em proveito d'um predio, constituindo a servidão, d'aquelles em que o é a favor d'uma pessoa. A difficuldade, porem, é grande,

visto que, como dissemos, tanto n'um como n'outro caso, é sempre a *pessoa* que, em definitiva, recebe a utilidade.

25.—Attacando a questão, indica DEMOLOME uma regra, que classifica de muito simples e geralmente segura, formulada nas seguintes palavras:

«Que l'existence de deux héritages appartenants à des maîtres différents est une condition indispensable de la servitude réelle et qu'il faut que la charge, imposée à l'un d'eux en faveur de l'autre, soit telle, passivement et activement, qu'elle suppose nécessairement une relation entre deux héritages, et qu'elle ne puisse pas, en quelque sorte, se concevoir indépendamment de ces héritages.»¹

Por este modo, quando um individuo, que tem certos direitos sobre um predio alheio, não é dono de outro predio², taes direitos não podem considerar-se

¹ DEMOLOME, *obr. cit.*, tom XII, n.º 679, pag. 177.

² Dissentiu-se já na imprensa jurídica, a proposito do art. 456.º do Cod. Civ., se o arrendatario podia ou não constituir uma servidão em favor do predio arrendado. A *Revista de Leg. e de Jur.* (anno XXI, pag. 596) pronuncia-se pela negativa, dizendo que «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.» Esta doutrina é tambem verdadeira para as servidões voluntarias, o que vem ainda confirmar a opinião por nós emitida (*supra*, n.º 19), de que a definição legal de servidão devia ter-se salientado a sua *perpetuidade*.

como de servidão; e não pode também considerar-se tal o direito que o dono d'um predio tem sobre outro predio pertencente a pessoa differente, se o exercicio d'este direito não está intimamente ligado ao predio dominante, de modo que este seja a condição do seu exercicio ³. Como ensina BIANCHI:

«O direito de servidão deve ter uma relação *juridica* com o predio dominante, emquanto pode ser invocado e exercitado somente por quem tenha a qualidade de dono d'aquelle predio; e deve ter ao mesmo tempo uma relação *economica* com o mesmo predio, emquanto a servidão é *predial* somente quando o titular d'ella tenha de usal-a para o predio e *mediante* o predio: isto é, quando o predio seja *instrumento necessario* para o exercicio da servidão, *meio de ligação* do direito de servidão ao dono do mesmo predio» ⁴.

Tal é o conceito implicito nas palavras «em proveito e serviço d'outro predio», empregados no art. 2267.^o Mas se a enunciação do principio é fácil, muitas são as difficuldades que a pratica nos depara quando tractamos da sua applicação.

26. — Na jurisprudencia franceza têm sido muito discutido se deve considerar-se como servidão o en-

³ DEMOLOMBE, *obr. cit.*, n.^o 680 e 681.

⁴ BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 149.

cargo ⁵ imposto n'um predio para favorecer uma industria exercida em outro predio.

Laurent pronuncia-se absolutamente pela negativa, pondo a sua doutrina nos seguintes termos: ⁶

«.... o encargo, quando mesmo onerasse um predio, não serve para utilidade de outro predio, porque o interesse do commercio e da industria é um interesse privativamente pessoal ao commerciante, ou ao industrial, e não um interesse do predio...»

«Um predio não é nem commerciante nem industrial, como uma propriedade é necessariamente agricola; é por aptidões especiaes que uma pessoa se torna industrial ou commerciante: é, pois, para uma profissão especial que se estipula o encargo, que consiste em afastar rivaes; tudo isto é pessoal, e não podem, portanto, resultar d'ahi senão obrigações pessoas ⁷.

Tal opinião, porem, é inteiramente inaceitavel, nos termos geraes em que se acha formulada.

O exercicio da industria n'um predio tem, por vezes, certas exigencias que as utilidades d'esse predio

⁵ Apezar de impropria, usamos d'esta palavra para não alterar a tecnologia, e nem ha n'isso inconveniente depois das reservas que deixamos feitas

⁶ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, pag. 174.

⁷ *Conf.* PARDESSUS, *obr. cit.*, tom. I, n.^o 11 pag. 32, MAZZONI, *Servit.*, n.^o 3, pag. 23

não podem por si só satisfazer. D'ahi a necessidade de recorrer a outros predios, pedindo os auxilios indispensaveis. Não pode dizer-se, de um modo illimitado, que todos estes beneficios constituam servidões prediaes; mas não pode tambem negar-se que, em alguns casos, ás servidões appareçam.

Assim: um moinho, uma fabrica, etc., podem receber as aguas necessarias para a sua laboração atravez de um predio pertencente a dono differente. O encargo imposto n'este predio visa manifestamente o beneficio da industria exercida no predio dominante.

Não haverá aqui uma servidão?

E evidente que sim; a vantagem que o dono do moinho ou da fabrica tira do aqueducto não é pessoal, mas *real*: pertence-lhe somente na qualidade de proprietário d'aquelles engenhos, e por seu intermedio a recebe. Por isso bem pode dizer-se, na phrase do nosso Codigo, que aquelle encargo foi estabelecido em proveito e serviço do mesmo predio.

A affirmação de Laurent, de que um predio não é nem commerciante nem industrial, carece de fundamento, pois é certo que um estabelecimento destinado exclusiva, ou principalmente, ao exercicio de uma industria, é tão necessariamente industrial, como um predio rustico é necessariamente agricola, ⁸ e por isso

⁸ BLANCHI, *obr. cit.*, pag. 151.

pode, como este, receber vantagens de um predio differente.

«Nous pensons, escreve DEMOLOMBE, qu'il faudrait regarder comme une vraie servitude prédiiale le droit qui serait établi, dans l'intérêt d'une fabrique de poterie ou de briques, ou d'une tuilerie, ou d'un four à chaux, de prendre dans le fonds voisin l'argile et la pierre calcaire, qui devraient être converties en objets destinés à être vendus, *ut venurent*; car la tuilerie ou le four à chaux, etc., est alors véritablement l'héritage dominant, pour l'exploitation duquel la concession a été établie» ⁹.

E olhada a questão sob um ponto de vista mais restricto, em relação ao direito patrio, encontramos a confirmação d'esta doutrina no art. 456.º do Codigo Civil que expressamente permite a constituição da servidão legal de aqueducto «em proveito da agricultura ou da *industria*.»

27. — As considerações que ficam expostas têm por igual applicação quando o encargo revista uma forma *negativa*. Assim é que deverá considerar-se tambem servidão, contrariamente ao que opina Laurent ¹⁰

⁹ DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, n.º 684, pag. 181-182. Conf. COEPOLLA, *De servit.*, tom. I, cap. XII, n.º 1, PARDESSUS, *obr. cit.*, tom. I, n.º 11, pag. 32 e seg.; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 247, nol. 7, BORSARI, *obr. cit.*, tom. II, art.º 531, § 1071, BLANCHI, *obr. e leg. cit.*

¹⁰ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, pag. 149 e 150.

a obrigação imposta a um proprietario de não fazer no seu predio uso de uma determinada industria, cujo exercicio fosse prejudicar outro predio, ou este prejuizo se manifestasse pela emanação de vapores prejudiciaes á saude ou á vegetação, ou por actos perigosos para a vida, etc. Todas estas limitações do predio serviente redundam em vantagem do predio dominante, aproveitando a todos os seus proprietarios, presentes e futuros, visto que a realisação por parte do proprietario serviente dos actos prohibidos arrastaria consigo a diminuição das utilidades produzidas pelo predio dominante; e a servidão apparece sempre que do encargo imposto n'um predio resulta *proveito* para outro predio pertencente a dono differente, ou seja industrial ou agricola o fim a que o mesmo fundo é essencialmente destinado.

28. — Não concordam tambem os escriptores sobre se deve ou não considerar-se servidão o direito de seccar os fructos de certo predio na eira do vizinho.

Invocando a auctoridade de Neracio, que considerava servidão real o direito de recolher os fructos na casa rural do vizinho, conservando-os abi ¹¹, e afferrados á tradição romana, sustentam alguns que tal direito deve considerar-se ainda hoje como *servidão*.

¹¹ *Idem Neratius etiam ut fructus in vicini villa cogantur coacti que habeantur . . . constitui posse scribit* (L. 3 § 1.º D. De sero praed. urb.).

Mas a auctoridade d'aquelle escriptor não poder mandar a natureza das cousas; e n'aquella relação juridica falta o character proprio da servidão: a vantagem ou proveito de um predio.

Na verdade pode o proprietario ter interesse; e receber mesmo grandes vantagens, em se aproveitar da lage vizinha do seu predio; mas esta vantagem recebe-a *directamente* do predio onerado, e não por *intermedio* do seu proprio.

Produzidos e colhidos os fructos, qualquer que seja o seu destino, nenhum proveito d'elles resulta já para o predio que os produziu; bem seccos ou mal seccos, vendidos por alto preço ou ao desbarato, tudo isso são vantagens ou prejuizos de seu dono, com os quaes o predio nada tem. A *produção* do predio não melhora, as vantagens que produzia serão as mesmas, sejam ou não os seus fructos seccos na eira vizinha. Colhidos elles colhidas estão, tambem, as vantagens do predio; todas as utilidades que o dono posteriormente receber dos mesmos fructos, decerto não é na sua qualidade de proprietario, nem por *intermedio* do seu predio ¹².

¹² GERMANO, *obr. cit.*, pag. 230. DEMOLOMBE parece adoptar parecer contrario, pois considera servidão o direito de fazer o vizinho produzido n'um predio no lagar do vizinho, caso em que são igualmente bem cabidas as observações que no texto se fazem. (*obr. cit.*, tom. XII, pag. 179)

29. — Deve, porem, considerar-se servidão o encargo imposto sobre o predio vizinho de supportar que os ramos das arvores pendam sobre elle, porque aquelle onus traduz-se para o dono das arvores em utilidades que derivam naturalmente da maior producção das mesmas arvores, ou da sombra agradável que produzem:

30. — E quando o encargo seja estabelecido com o fim unico de tornar mais agradável ou aprasivel outro predio¹³, deverá considerar-se tambem como servidão?

Sem duvida alguma. As expressões *proveito, vantagem*, etc., comprehendem todo o augmento de valor economico de um predio; e um augmento de valor resulta na verdade das commodidades e *aprasibilidade* do mesmo predio¹⁴. «Ce qui est beau et agréable, escreve LAURENT, est par cela même avantageux»¹⁵. Por isso pode dizer-se, de um modo geral, que a servidão existe não só no caso em que haja um melhoramento material ou pecuniario do predio, mas ainda quando esse melhoramento é simplesmente voluptuario.

E n'este ponto estão de accordo os escriptores mo-

¹³ Por exemplo o direito concedido ao proprietario de um predio de trazer aguas do predio vizinho para regar um jardim.

¹⁴ BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 154.

¹⁵ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, pag. 168, n.º 144.

dernos, e até os juriseconsultos romanos que tambem admittião servidões *amoenitatis causa*¹⁶.

Quando porem se desce aos casos concretos, afim de fazer applicação d'este principio, as divergencias apparecem. O prazer ou *amenidade* são, na verdade, gosados sempre pelo possuidor da cousa; a difficuldade está em determinar os casos em que o encargo tem por fim immediato augmentar as commodidades, ou a amenidade do predio, constituindo verdadeira servidão, e quaes aquelles em que somente visa o gozo pessoal do seu proprietario.

O criterio director já por nós foi indicado¹⁷ e com elle devemos dizer aqui que só existe servidão quando o sujeito do direito recebe aquellas vantagens por intermedio do predio dominante. Por outras palavras: embora o gozo derive do uso do predio serviente, é indispensavel na servidão que o seu titular o receba *directa e immediatamente* do predio dominante.

Munidos d'este principio analysemos mais detidamente algumas das hypotheses em que as divergencias dos escriptores principalmente se accentuam.

31. — O direito de caçar n'um determinado predio, concedido ao proprietario d'outro predio, tem sido

¹⁶ «Hoc jure utimur ut etiam non ad irrigandum, sed *peccoris causa, vel amoenitatis, aqua duci possit.*» (L. 3, D. De aqua quotidiana)

«An supra ea ligna porticum ambulatorium facere liceat.» (L. 3 D. Si servitus inducatur).

¹⁷ *Supra*, n.º 25.

por alguns considerado direito pessoal ¹⁸, servidão predial por outros ¹⁹, e, segundo uma terceira opinião, pode revestir qualquer dos dois aspectos: é servidão quando tal direito foi concedido em vantagem de um parque destinado especialmente para a caça, e pessoal em qualquer outro caso ²⁰.

A nosso ver tal direito é em ambos aquelles casos ²¹ pessoal. As vantagens que para o individuo resultam da caça não podem ser-lhe *transmittidas* pelo seu predio. Do facto de eu caçar no predio alheio não resulta augmento de utilidade para o meu proprio ainda quando destinado a parque venatorio; pois se pode dizer-se que não caçando eu no predio visinho teria de caçar no meu, isso não basta para provar que este diminuiria de valor. Demais, é caçando no meu parque que recebo as utilidades que d'elle podem advir-me; e essa

¹⁸ DEMOLOMBE, *obr. cit.* tom. XII, n.º 686, PARDESSUS, *obr. cit.*, tom. I n.º II.

¹⁹ TOUILLIER, *obr. cit.* tom. II, n.º 538; AUBRY ET RAU, *obr. cit.* tom. III, pag. 62, not. 5, e outros citados por DALLOZ, *Rep.* verb. *servitude*.

²⁰ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 146, pag. 171; BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 155. Confr. MAZZONI, *Servitù*, tom. II, n.º 8; BORSARI, *obr. cit.*, tom. II, art.º 616, § 1259.

²¹ Deveríamos, talvez, dizer: *é sempre pessoal*, pois a única hypothese em que tal direito poderia tomar o caracter de servidão é de tal modo extraordinario que mal pode conceber-se. Seria aquelle em que a caça no predio visinho tivesse por fim destruir animaes daninhos, cuja existencia nas proximidades do predio dominante fosse prejudicial a este, já pela destruição das searas, já pela falta de segurança para os seus habitantes. Mas em tal caso a destruição dos animaes não seria propriamente um *prazer* venatorio, caso de que aqui tractamos,

caça durará pelo mesmo numero de dias, ou eu cace no predio visinho ou não.

Onde está pois a utilidade do predio dominante?

« Ces sortes de droits, dit D—, ont pour object direct et principal, non pas l'utilité ni l'agrément du fonds lui-même, considéré en soi et comme fonds, mais avant tout l'agrément individuel de la personne » ²².

E no mesmo caso estão a faculdade de passear, colher flores, banhar-se, etc., no predio alheio, concedido aos proprietarios de certo predio.

32. — O mesmo dizemos das servidões *negativas* que têm igualmente por fim directo o prazer ou *commodidade* do proprietario de certo predio. N'este caso estão a prohibição feita ao proprietario visinho de abrir no seu predio um *café*, *taverna*, *prostibulo*, etc., a fim de não ser incommodado o dono do primeiro.

Em qualquer d'estes casos a utilidade é *directamente* transmittida pelo predio onerado ao sujeito do direito; mas não ha augmento das utilidades do chamado predio dominante, não ha proveito ²³.

²² DEMOLOMBE, *obr. e log. cit.*

²³ « Il silenzio, e la quiete, escreve GERMANO, non sono affatto requisiti di vantaggio di una casa. potranno esserè dei desiderii personali di coloro che la abitano ma non apportano utilità al fondo. » *Ob. cit.*, tomo I, n.º 154, pag. 227).

Da servidão deriva sempre para o seu titular alguma utilidade. Mas como? Por uma de duas formas: ou accrescentando-se alguma utilidade ás que o predio dominante produzia, ou não as diminuindo. Assim: quando adquiro a servidão de aqueducto para irrigação do meu predio, que não tinha agnas, recebo a utilidade d'esta servidão *directamente* no meu predio, pela melhoria da sua producção. Augmentaram, pois, as utilidades que do meu predio anteriormente recebia.

Ao contrario, se imponho no predio visinho a servidão *altius non tollendi*, a utilidade que d'esta servidão me vem recebo-a ainda no meu predio, *directamente*, *continuando* a gosar as vantagens que me produzia, mas que desapareceriam de todo, ou pelo menos diminuiriam, se o meu visinho elevasse a sua casa.

Portanto a utilidade da servidão é sempre recebida pelo seu titular *directamente* do predio dominante.

Á face d'isto parece-nos que não podem considerar-se servidões as limitações do direito de propriedade a que acima nos referimos.

Deriva d'ellas augmento nas utilidades do predio dominante? Ou, mais rigorosamente, produz o predio dominante utilidades que antes não dava? Claro é que não. As vantagens que o proprietario dominante procura assegurar-se são exclusivamente *pessoaes*; adquiriu, para si, direito sobre um dos usos do predio visinho, mas esse direito não é exercido em proveito do

seu proprio predio. Não constitue, pois, servidão, sob este ponto de vista.

Mas d'aquella limitação da propriedade visinha resultará ao menos para o predio dominante, a conservação de vantagens que o exercicio dos direitos limitados diminuiria?

Á resposta negativa apresenta-se n'esta hypothese com o character de evidencia. A cousa produzirá as mesmas vantagens quer no predio vizinho se abra um eafé, ou se feche um lupanar.

É, por isso, opinião nossa que não podem constituir-se servidões sobre os usos que acima ficam indicados, embora alguns escriptores se tenham pronunciado em sentido contrario ²⁴.

33. — Á face d'estes principios não pode tambem considerar-se servidão o direito concedido pelo dono de uma fonte aos habitantes de uma casa visinha de irem alli tirar agua para as suas necessidades domesticas; ou pelo dono d'um bosque, de irem alli buscar a lenha precisa para se aquecerem; porque n'estes casos tambem as vantagens são meramente *pessoaes*, nada tendo com o predio habitado pelos titulares d'aquelles direitos.

²⁴ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 150, pag. 176 PARDESSUS, *obr. cit.*, tom. I, n.º 11, pag. 31.

Assim o entenderam TOULLIER ²⁵, mas DEMOLOMBE, seguindo COEPOLLA ²⁶, pronuncia-se em sentido contrario.

« Nós julgamos, escreve elle, que similhantes direitos podem ser validamente constituidos como servidões reaes, activa e passivamente; pois a verdade é que elles se referem principalmente á propria utilidade da casa, que facilitam a sua habitação, assegurando-lhe a agua, e a lenha que forem necessarias a quem n'ellas habitar, cousas que talvez só muito longe, com grandes difficuldades e despezas, poderiam ser obtidas » ²⁷.

O criterio por nós anteriormente apresentado mostra quanto é inaceitavel a doutrina de DEMOLOMBE. Os habitantes da casa recebem as vantagens que naturalmente resultam do uso da fonte e do bosque, *directamente* d'estas cousas; as utilidades que a casa produzia não foram augmentadas com o seu uso. Logo não são, nem podem ser, *servidões* aquelles direitos. A separação de um dos usos da coisa constitue, indubitavelmente, um *direito real*; mas para que a servidão appareça, necessario se torna que o titular do direito o exerça em proveito ou vantagem d'outro predio; isto é:

²⁵ TOULLIER, *obr. cit.*, tom. II, pag. 358.

²⁶ «... quod potius sit servitus realis, quia debetur fundo, licet personae commoditas quaeratur» (*Tract.*, II, cap. IV, n.º 5).

²⁷ DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, pag. 180 n.º 683.

ou modificando as condições economicas d'esse predio, accrescentando-lhe utilidades que não tinha, ou conservando-lhe vantagens que podiam ser-lhe tiradas se não fôra aquella restricção. Já o dissemos, e não é demais que o repitamos aqui.

Ora nas hypotheses consideradas os direitos concedidos aos habitantes da casa, são exercidos no proveito pessoal e immediato d'essas pessoas, sem intervenção da mesma casa. A agua, por exemplo, pode ser bebida na fonte, ou no caminho; e ninguem dirá que ao exercitar-se assim um d'aquelles direitos se leve *vantagem* á casa, condição indispensavel para a existencia da servidão.

E nem mesmo colhe a razão, por alguns apresentada em relação á segunda parte do problema, de que o direito de colher a lenha constitue uma servidão, porque todos os proprietarios da casa se aproveitarão d'elle ²⁸, pois realmente esta circumstancia é uma consequencia da *servidão*, e argumentar com ella para demonstrar a existencia d'aquella é cabir n'um circulo vicioso.

Não queremos com isto dizer que taes direitos não possam legalmente existir, mas simplesmente que a sua natureza exclue a ideia de servidão, tendo, por-

²⁸ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 145, pag. 169, PARDESSUS, *obr. cit.*, tom. I, n.º 11, pag. 28-31.

tanto de reger-se por outras normas. Em nossa opinião constituem direitos de uso, regulados nos artt. 2254.º e seg.º do Cod. Civ. ²⁹

34. — Ha, pois, nas cousas certos usos que não podem ser objecto de servidões, pela razão de que d'elles não pode resultar, em caso algum, proveito para um predio; mas sobre outros usos não só é licito estabelecer servidões, mas ainda outros direitos em proveito exclusivo das pessoas. É pelo titulo respectivo e pela natureza do direito, que têm de determinar-se, n'este ultimo caso, se se tracta de uma servidão, de um simples direito de credito, ou de um direito de uso; e casos ha em que nenhuma duvida pode a tal respeito levantar-se, ou seja porque o pensamento das partes tenha sido clara e cumpridamente expresso, ou seja porque a falta de um predio dominante ou a particular natureza do direito tornem de todo o ponto impossivel a existencia da servidão. Mas quando estas condições se não dão, as difficuldades apparecem, e convem, por isso, procurar o *critério* para decidir n'um ou n'outro sentido.

²⁹ A circumstancias de ficar o exercicio d'este direito dependente da *residencia* na casa nada prova tambem, por que prova demais, pois com igual argumento se demonstraria que o direito de colher flores, passear, etc., a que acima nos referimos, igualmente constituem servidões, o que ninguem ainda se lembrou de affirmar. Conf *supra*, n.º 31.)

A difficuldade não passou desapercibida aos romanos; e MAZZONI, reportando-se a uns textos de PAPINIANO e de PAULO ³⁰, pôz as seguintes regras, com o fim de resolver a questão:

1.ª) Quando a concessão é directa e respeita principalmente á pessoa, deve considerar-se o direito como meramente pessoal, mormente se entre o concedente e o concessionario existia uma certa affeição;

2.ª) Quando a concessão é directa e respeita principalmente ao predio, deve considerar-se servidão predial.

Taes regras, porem, não resolvem a duvida, pois o que na realidade procura determinar-se é se a concessão respeita directamente ao predio, ou á pessoa de seu dono, para assim considerár o direito como pessoal, ou como servidão. É, por isso, necessario procurar n'outra parte o critério, o que afinal se reduz a estabelecer uma presumpção ³¹.

35. — Baseando-se no art. 1162.º do Cod. Civ. Fr. que manda interpretar um contracto duvidoso no sentido favoravel ao que contrahi a obrigação, DEMO-

³⁰ L. 4, D. *De servit praed. in b*; L. 6, D., *De servitute legata*, L. 37, D., *De servit praed. rust.* Conf GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, n.º 159.

³¹ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 151, pag. 179.

LOMBE pronuncia-se pela concessão pessoal de preferência á servidão, na hypothese por nós considerada.

«Ce que l'on peut dire toutefois, escreve ella, c'est que, dans le doute, il convient, en générale, de décider que la concession est personnelle plutôt que réelle, parce que la liberté des fonds est favorable, et que l'obscurité d'une clause doit être interprétée en faveur du promettant plutôt que du stipulant, *qui potuit legem apertius dicere*» ³².

Com elle concorda ROMAGNOSI ³³; mas em sentido contrario se pronuncia COEPOLLA ³⁴.

GERMANO, ³⁵ seguindo a RICCI ³⁶ entende, porem, que deve adoptar-se a seguinte regra: se a utilidade que o predio dominante recebe é superior ao prejuizo soffrido pelo predio serviente, deve considerar-se constituida uma servidão; mas se, ao contrario, é maior o prejuizo soffrido pelo predio serviente do que as vantagens que do encargo derivam para o predio dominante, deve considerar-se antes como sendo um direito pessoal. E isto pela razão de que nas convenções se deve presumir sempre o melhoramento e nunca o damno.

³² DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, n.º 689, pag. 187-188.

³³ ROMAGNOSI, *Condotta delle Aque*, § 399.

³⁴ COEPOLLA, *Tractatus*, II, cap. IV, n.º 5.

³⁵ GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, pag. 234.

³⁶ RICCI, *Corso di diritto civile*, tom. II, n.º 275.

36.— Tambem entendemos, com DEMOLOMBE, que, em caso de duvida, deve considerar-se de preferéncia o direito como pessoal e não como servidão. A propriedade presume-se sempre livre de encargos, e d'ahi vem que a presumpção do encargo menor deve sempre prevalecer. Tal é o principio, relativamente á interpretação dos contractos, estabelecido no § 1.º do art. 685.º.

E nem se diga que tal criterio é inteiramente arbitrario, porquanto só a lei pode estabelecer presumpções, e desde que ella o não fez, fica no arbitrio do juiz investigar da intenção das partes ³⁷; a verdade é que tal doutrina se acha implicita no character excepçional da servidão, que nunca se presume, incumbindo ao respectivo titular a prova da sua existencia. Se essa prova se não fez, se o titular do direito não demonstrou que elle tinha *todos* os caracteres da servidão, claro é que não pode, nem deve, reconhecer-se a existencia d'esta; e portanto ha de considerar-se a concessão como direito de uso ou de credito.

Dado, porem, o caso em que a concessão seja nulla como direito pessoal, deverá considerar-se servidão se como tal poder valer, pois não pode presumir-se que as partes quizessem celebrar um acto, cuja nullidade

³⁷ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 151, pag. 179.

deviam conhecer, porque com a ignorancia da lei não pode em caso algum argumentar-se ³⁸.

37.—E para concluir este paragraho devemos ainda acrescentar que a constituição da servidão não está subordinada á *certeza e actualidade* das vantagens que d'ella resultam para o predio dominante. É indispensavel que haja *proveito* ou *utilidade* para este predio; mas essa utilidade pode ser *futura* ³⁹, pode mesmo ser *incerta*. As palavras *proveito* ou *serviço de outro predio*, do art.º 2267, devem ser tomadas no seu mais lato significado. Sempre que haja utilidade para o predio, ha servidão; e a utilidade existe logo que haja *possibilidade* da satisfação de uma necessidade ⁴⁰. Ao contractar com o meu visinho que elle não levantará mais alto a sua casa, ou que elle não explorará agua no seu predio de modo a cortar as veias que brotam no meu, a *utilidade* que eu recebo não é certa, pois não sei se o meu visinho tencionava ou não abrir poços,

³⁸ N'este sentido, LAURENT, *obr e log cit.*

³⁹ *Futuro quoque edificio, quod nondum est, vel imposui, vel adquiri servitus potest* (L. 23 § 1.º D., *De servit. praed. urb.*)

⁴⁰ Para que haja *utilidade* é necessario 1.º a existencia de uma *necessidade* concreta, 2.º a existencia de uma coisa com determinadas propriedades structuraes e funcionaes para poder satisfazê-la, 3.º a accessibilidade ou disponibilidade d'essa coisa, na quantidade precisa para satisfazer a necessidade. (Conf. PANTALEONI, *Principia de Economia Pura*, parte 1.ª § 2.º)

ou levantar mais alto a sua casa; é futura e incerta, mas nem por isso deixa de ser *utilidade*. Eu fico assim seguro de que continuarei a gosar as vantagens que o exercicio legitimo do direito de propriedade do meu visinho poderia tirar ou diminuir ao meu predio ⁴¹.

Mas poderei constituir servidão de passagem para o meu predio embora elle tenha já um accesso facil para a rua publica, e eu não deva provavelmente usar d'ella?

Pela affirmativa se pronunciam alguns escriptores ⁴²; mas á face do nossoCodigo Civil parece-nos que outra deve ser a solução. Com effeito o art. 2313.º do Cod. Civ. e 551.º e seg.º do Cod. do Proc. Civ., mostram que a servidão só deve constituir-se em caso de necessidade, cessando, a requerimento do proprietario serviente, logo que ella desapareça. Ora, se a servidão acaba com as necessidades que tinha por fim satisfazer, como é que seria possivel constituil-a quando taes necessidades não existem? Se falta a necessidade, não pode haver *proveito*, e sem este é impossivel a servidão, (Cod. Civ., art. 2267.º)

⁴¹ GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, pag. 215, DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, pag. 188.

⁴² PARDESSUS, *obr. cit.*, n.º 14; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII pag. 188, GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, pag. 215

38. — Mas se á face do nosso Codigo basta a existencia de qualquer utilidade do predio dominante para que a servidão possa constituir-se, seja-me licito exprimir o voto de que n'esta parte deve ser modificada a lei. A servidão, como limitação do direito de propriedade, só devia permittir-se quando d'ella derivasse uma *utilidade maior*, ou seja, quando os beneficios colhidos pelo predio dominante fossem maiores do que os que seriam colhidos pelo proprietario serviente se tal limitação não existisse. Em tal caso, mas só n'elle, haveria uma razão economica justificando a excepção á regra geral da propriedade plena.

§ 4.º — Dos caracteres essenciaes da servidão

39. Razão d'ordem. **40.** A servidão é um direito *absoluto, exclusivo, e perpetuo*. **41.** *Perpetuidade da causa*. **42-43.** A servidão não pode consistir em *fazer*. O direito romano, e o art. 2277.º do Cod. Civ. Port. **44.** A servidão só pode recair sobre os *immoveis* **45-46.** Mas não sobre cousas *nullius*, opiniões em contrario **49-55.** Nem sobre as *ruas publicas* e outros bens *fóra do commercio*, opiniões em sentido contrario: sua refutação. **56-57.** *Cont.* Mas a Administração deve indemnizar os proprietarios confinantes com esses logares dos prejuizos que soffrerem por effeito de alterações nos mesmos feitas **58-59.** *Cont.* E sobre as *fontes publicas*? Significado legal e usual d'esta expressão. **60.** *Cont.* Sobre as aguas *superfluas* das fontes publicas não podem hoje adquirir-se direitos. **61.** *Cont.* Mas outra era a doutrina anterior ao Codigo; e os direitos então adquiridos devem ser respeitadas. **62-66.** *Cont.* As aguas *sobejas* não estão *fóra do commercio*; condições em que podem ser adquiridas. **67.** Entre dois predios do mesmo dono não pode haver servidão. **68.** *Cont.* Mas pode o dono de dois predios constituir servidão a favor ou sobre um d'elles, ao alienar o outro. **69.** *Cont.* Ou ao ahenal-os ambos a diferentes pessoas Doutrina contraria de Mazzoni, sua refutação **70.** *Cont.* Servidões constituidas por *destinação do pae de familia*. **71-72.** *Cont.* Mas sobre ou a favor de propriedade commum pode estabelecer-se servidão a favor ou sobre predio pertencente a um dos condôminos. **73-74.** *Indivisibilidade*; sua noção. **75.** *Cont.* Subjectivamente considerados todos os direitos são indivisiveis. **76-77.** *Cont.* As servidões, objectivamente consideradas, podem ser divisiveis ou indivisiveis. Opiniões em sentido contrario, sua refutação. **78.** *Cont.* A *indivisibilidade* da servidão, segundo a opinião predominante, refere-se ao *direito* em si, independentemente do seu objecto, falsidade d'este conceito. **79-80.** *Cont.* Noção legal de *indivisibilidade*, o artigo 2269.º do Cod. Civ. Port. **81.** *Cont.* Dividido o *predio dominante*, a servidão transforma-se em tantas servidões distinctas, quantas as fracções. **82-83.** *Cont.* Extensão de cada uma d'estas novas servidões. **84-85.** *Cont.* Effeitos da divisão do

predio serviente. 86. *Cont.* A indivisibilidade da servidão não impede que esta possa estabelecer-se entre predios dos quaes um pertence a qualquer comproprietario do outro. 87-88. A servidão somente pode existir entre *dois* predios, incorreções do Cod. Civ. Port. a este respeito. 89. Poderá haver servidões sem predio dominante? 90. Os dois predios devem ser *determinados*. 91. Mas podem não ser *vismhos*. 92-93. A servidão é inseparavel dos predios a que activa ou passivamente pertence. 94. Conclusão.

39. — Demonstrado que a servidão é um *direito real*, constituido em *proveito ou serviço de um predio*, necessario se torna desenvolver agora os conseqüentarios que de cada um d'aquelles principios naturalmente derivam, pondo assim em plena luz os caracteres proprios da servidão ¹. Tal é o escopo que n'este paragra-pho nos propomos.

40. — Como *fracção da propriedade* participa a servidão da mesma natureza d'esta, devendo, porisso, mencionar-se entre os seus caracteres essenciaes o *absolutismo*, o *exclusivismo*, e a *perpetuidade* que tambem o são d'aquella (Cod. Civ. artt. 2169.º e 2188.º) ². Consiste o primeiro na faculdade de dispor da cousa; o exclusivismo no poder de impedir que outra pessoa d'ella tire qualquer vantagem ou serviço; e a perpetuidade ou *irrevogabilidade* na permanencia d'aquelles poderes sem limitação de tempo, *in perpetuum*, não podendo ser

¹ Conf. *supra*, n.º 13.

² Conf. *supra*, n.º 3.

d'elles privado, o proprietario dominante, contra sua vontade, por facto de terceiro. Pertencem, pois, todos aquelles poderes ao titular da servidão, que d'ella consequentemente pode dispor, usal-a perpetuamente, e reivindicar-a qualquer que seja o seu possuidor.

Mas convem lembrar desde já que não sendo o direito de propriedade de tal modo absoluto que não soffra restrições, tambem na servidão o exercicio d'aquelles poderes encontra os limites que naturalmente derivam da natureza propria da instituição, ou da lei. E assim é que este direito, por exemplo, não pode ser alienado separadamente do predio a que é inherente, a não ser em favor do proprietario serviente (Cod. Civ., art. 2279.º, n.º 3) ³.

Não deve, porem, confundir-se a *perpetuidade do direito*, com a *perpetuidade da causa*, a que os romanos ligaram uma tão grande importancia, mas cujo verdadeiro conceito não foi ainda sufficientemente esclarecido pelos interpretes, que graves divergencias ainda separam. D'ahi a diversidade de opiniões sobre se ainda hoje deve ou não mencionar-se a *causa perpetua* entre os caracteres essenciaes da servidão.

41. — Os modernos romanistas, na sua maior parte, concordam em que a perpetuidade da causa si-

³ Conf. *infra*, n.º 92.

gnificava que o predio serviente devia prestar ao dominante uma vantagem de tal modo duradoura que aproveitasse indefinidamente a todos os successivos proprietarios do mesmo predio ⁴.

Referia-se, assim, a perpetuidade á *duração e permanencia da vantagem* que forma a essencia da servidão; e por isso se entendia que esta não podia constituir-se nem a termo, nem sob condicção ⁵.

Mas contra similhante doutrina se pronuncia, entre outros, GERMANO. Para este a *causa* da servidão é a força productora do uso que constitue o seu objecto; se esta força é *natural* ou *espontanea*, temos a *causa perpetua*; se a força é *artificial* temos uma causa temporaria.

Exemplificando: uma cisterna pode ter *causa perpetua* se é destináda a receber as aguas da chuva, não só porque ella tem idoneidade para conter a agua, mas ainda porque esta vem naturalmente do ceu: *at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur* ⁶; e pode ter *causa temporaria* se é destinada a ser cheia de agua pela mão do homem, porque embora a cisterna seja

⁴ Conf. ELVERS, *obr. cit.*, § 47, pag. 151 e seg.; VAUGEROW, *obr. cit.*, § 340, not. 1, WINDSCHEID, *obr. cit.*, § 209, not. 7 e 8, MOLITOR, *obr. cit.*, n.º 35, SERAFINI, *obr. cit.*, § 80.

⁵ *Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia: quando volam) constitui possunt.* L. 4, D. de servit... Conf. BIANCHI, *obr. cit.*, artigo 5.º.

⁶ L. 28, D. De servit. praed. urb.

idonea para receber a agua, é necessario o facto do homem para a encher: *neque enim perpetuam causam habet quod manu fit.* A perpetuidade da causa na servidão consistiria, portanto, na *aptidão perpetua* da cousa para produzir o uso que constitue o objecto da servidão, e na producção effectiva e *natural* do mesmo uso, embora essa producção não fosse perene ⁷.

Esta nos parece, tambem, a opinião mais accetavel; e por isso consideramos a perpetuidade como caracter accidental das servidões, pois muitas ha em que o predio serviente não é idoneo para produzir *perpetuamente* as utilidades que constituem o seu objecto (*arenae fodiendae, gretae eximendae, etc.*).

Os civilistas modernos estão quasi todos concordes n'esta doutrina, excluindo a causa perpetua, apesar do seu mal definido significado, de entre os caracteres essenciaes da servidão ⁸.

⁷ GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, n.º 89.

⁸ DALLOZ, *Repert. verb. servitude*, n.º 41; SOLON, *obr. cit.*, n.º 13; PARDESSUS, *obr. cit.*, n.º 5, DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, n.º 702-703; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 247, not. 13-14, LAURENT, tom. VII, n.º 154; MAZZONI, *Serv.*, tom. II, n.º 9; RICCI, *obr. cit.*, tom. II, n.º 277; DE-FILIPPIS, *Corso di diritto civ.*, tom. III, n.º 227.

O nosso PASCHOAL condemnava ja esta exigencia dos romanos, como uma subtiliza incompativel com os nossos costumes, *nam servitus itineris, viae, actus, pecoris ad aquam appulsus, aquae haustus, fumi, cloacae, cael., similem causam non habent* (Inst. § 3.º, tit. XIII); mas foi censurado por LOBÃO (*Not. cit.*, tom. III, pag. 548), o seu implacavel critico, que entendia por forma differente a perpetuidade da causa. Do aviso d'este foi tambem LIZ TEIXEIRA (*Curso de Direito Civil Portuguez*, tom. III, pag. 253-254).

42. — Da realidade passiva da servidão resulta, igualmente, que esta não pode traduzir-se, em relação ao predio serviente, na obrigação de praticar quaesquer factos em favor do predio dominante: *servitus in faciendo consistere nequit*. Não em relação ao proprio predio, porque a materia é inerte; e não em relação ao proprietario serviente, porque o vinculo da servidão liga apenas os predios, sem referencia directa ás pessoas.

Na verdade, se da alienação total de um predio não deriva para o alienante obrigação alguma pessoal, como poderia essa obrigação apparecer no caso em que a alienação seja tão somente parcial, constituindo a servidão?

«Elle (a servidão) n'est qu'une restriction au droit du propriétaire, escreve DEMOLOMBE, qui consent: soit, par exception à son droit absolu, à s'abstenir d'un acte quelconque sur son fonds, dans l'intérêt d'un fonds voisin; soit, par exception à son droit exclusif, à tolérer que le propriétaire de ce fonds exerce sur son propre fonds un droit quelconque. S'abstenir, tolérer, tels sont, effectivement, les seules devoirs du propriétaire du fonds servant»⁹.

Esta doutrina vem já do direito romano, onde, todavia, se punha, como excepção a esta regra, um

⁹ DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, n.º 676, pag. 175.

preceito, que as modernas legislações ampliaram, como em seguida vamos ver.

43. — PAULO disse, na verdade: «*Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, nom eum qui imponere vellet. . . . Si ea res quae servit, et tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat*»¹⁰. E no mesmo sentido se manifestou tambem ULPIANO¹¹.

Os Codigos modernos¹² não se limitaram, porem, a manter esta obrigação do proprietario serviente conservar, e refazer á sua propria custa, o muro ou pilar sobre o qual se apoiava o edificio visinho, na servidão *oneris ferendi*¹³; ampliaram este preceito, permitindo que aquelle proprietario tome sobre si o encargo de correr com as despesas necessarias para a conservação das servidões, de qualquer natureza que estas sejam. Mas a regra, que em Roma era obrigatoria, transformou-se modernamente em facultativa.

Esta mesma doutrina é expressa no art. 2277.º do Cod. Civ. Port. pelas seguintes palavras:

«Se o dono do predio serviente se houver

¹⁰ L. 33, D. *De servit. praed. urb.*

¹¹ L. 6, § 2, D. *St servit. vindic.*

¹² *Francez*, art. 699.º; *Napolitano*, art. 620.º, de *Vaud*, art. 659.º; *Sardo*, art. 659.º, da *Luiziana*, art. 770.º, *Hollandez*, art. 736.º, *Italiano*, art. 643.º, *Argentino*, art. 3042.º

¹³ LIZ TEIXEIRA, *obr. cit.*, tom. III, pag. 246.

obrigado no respectivo titulo, a custear as obras necessarias, poderá eximir-se d'este encargo, abandonando o seu predio ao dono do predio dominante » ¹⁴.

Constituirá, porém, este preceito uma verdadeira excepção ao principio que acima deixamos formulado?

Entendemos que não. A servidão não se confunde com as obras necessarias para o seu uso e conservação; são cousas completamente distinctas. Aquella não pode, em caso algum traduzir-se n'uma prestação pessoal, em *fazer*, por ser isso inteiramente incompativel com a sua natureza particular; mas nada obsta a que as obras necessarias para o seu exercicio, embora geralmente a cargo do proprietario dominante, possam ser feitas pelo proprietario serviente, não a titulo de servidão, mas como obrigação accessoria da servidão, e, portanto, inteiramente dependente da existencia d'esta ¹⁵.

Mas não pode aquelle encargo dizer-se uma obrigação *pessoal*, visto que a faculdade por lei concedida ao proprietario onerado de se desonerar, pelo

¹⁴ Foi copiado do *Proj. Hespanhol* de 1851, art. 543.º, ultima parte. No actual Codigo Civil de Hespanha não se encontra disposição equivalente.

¹⁵ Conf. BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 184, DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, pag. 176, n.º 677.

abandono do seu predio, lhe dá um caracter differente ¹⁴.

O estudo mais desenvolvido da materia terá, porém, lugar quando nos occuparmos dos *direitos e obrigações do proprietario serviente*.

44. — O Cod. Civ. determinando, no art. 2267.º, que a servidão deve recair sobre um *predio*, excluiu das servidões as cousas *moveis*, evitando assim, no campo legal, uma questão que a theoria por vezes se tem proposto, resolvendo-a, todavia, no mesmo sentido.

E com razão. A servidão presuppõe a existencia permanente e duradoura das cousas sobre que recae, e os moveis, por sua propria natureza, pela rapidez da sua circulação, pela facilidade com que desaparecem ou se transformam, tornavam inteiramente impossivel a existencia d'uma relação jurídica que é de sua essencia perpetua.

Só os immoveis, pois, podem ser sujeito, activo ou passivo, ¹⁵ da servidão; e nem todos, mas somente os

¹⁴ «La obligacion, diz GÓYENA, no es puramente personal, sino real que afecta solamente al poseedor ó detentor de la cosa.» (*Obr. cit.*, pag. 468).

O moderno Codigo da Republica Argentina estabelece, porem, doutrina contraria, dando aquella obrigação caracter inteiramente pessoal, no seu art. 3042.º, assim redigido: «Si el poseedor de la heredad serviente se hubiese obligado a hacer obras ó gastos para el ejercicio o conservacion de la servidumbre, tal obligacion solo afectara á él y á sus herederos, y no al que sea poseedor de la heredad serviente.»

¹⁵ As palavras *objecto da servidão*, e *sujeito passivo da servidão* costumam geralmente empregar-se sinonymicamente para designar

que o são por sua propria natureza, pois é esse o significador da palavra *praedio*. De onde naturalmente deriva o principio de que não pode ser uma servidão sujeito d'outra servidão: *servitus servitutis esse non potest* ¹⁶.

Mas poderão constituir-se servidões sobre todas as cousas immoveis?

Eis o que nos cumpre averiguar.

45. — A duvida apresenta-se principalmente em relação ás cousas *nullius* e ás que estão fóra do commercio. Em quanto ás primeiras, pequena é a sua importancia, porque, no estado adiantado da nossa evolução economica, poucas são as cousas que não tenham dono, e, pelo que particularmente nos diz respeito, a questão perde todo o interesse desde que ao Estado pertencem todos os immoveis que poderiam considerar-se *nullius*.

No entretanto é de razão passar em rapida revista o problema, considerado theoricamente.

o predio serviente. No entretanto BIANCHI nota que aquellas duas expressões correspondem a ideias diferentes. Para indicar o sujeito passivo de um direito, pergunta-se *quis debeat*; o objecto d'este direito é o *quid debeat*. N'estes termos claro é que o predio serviente é o sujeito passivo da servidão; o seu objecto e aquella particular utilidade que constitue propriamente o seu conteúdo (*obr. cit.*, pag. 145).

¹⁶ DEMOLOMBE, XII, n.º 670 D., pag. 167, *obr. cit.*; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 349, not. 1, pag. 69. LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 129, pag. 430, PACHICI-MAZZONI, *Servit.*, tom. II, n.º 6; BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 140, e *La regola servitus servitutis... nel diritto vigente* (*Rom. Ital. per la scienza giuridica*, tom. II, fasc. 1).

46. — Entre os juristas allemães, que mais largamente tem estudado a questão, apressam-se divergentes as opiniões.

Considerando a servidão como uma limitação da propriedade, pretendem alguns, a cuja frente se acha BOCKING, que sendo inconcebivel uma limitação sem limitado, repugna á razão a existencia de servidões independentemente da propriedade. Ora uma coisa *nullius* não é propriedade, porque não ha propriedade sem sujeito: logo não pode sobre ella constituir-se servidão ¹⁷.

Contra esta opinião, porem, se insurge ELVERS ¹⁸ e WINDSCHEID ¹⁹ que consideram a limitação do fundo serviente, não como um elemento constitutivo da servidão, mas somente como um dos seus effeitos possiveis, pois que as faculdades que a constituem não se oppõem somente ao proprietario do predio serviente, limitando o seu direito, mas tambem a qualquer terceiro.

D'aqui deduzem que o conceito da servidão é inteiramente independente da propriedade do fundo serviente, por forma que devem manter-se inalteradas as servidões constituidas sobre um predio, ainda depois

¹⁷ A questão, como é bem de vér, só pode referir-se ao predio serviente.

¹⁸ ELVERS, *obr. cit.*, § 4.º, III. pr., pag. 30-31.

¹⁹ WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 200, not. 3, *in fine*, e § 201, not. 1.

d'este ser abandonado; podendo igualmente adquirir-se qualquer servidão sobre um predio *nullius* por meio da occupação ²⁰.

Esta doutrina, porem, é manifestamente inaceitavel.

47. — No direito civil portuguez claro é que não podem constituir-se servidões sobre cousas *nullius*, não só pela razão de que ao Estado pertencem todos os immoveis que appareçam sem dono ²¹, não existindo, por isso, entre nós, bens immoveis *nullius*, mas ainda porque, quando assim não fosse, o preceito expresso do art. 2267.^o, exigindo que os predios dominante e serviente pertençam a *donos* differentes, implicitamente exclue a possibilidade de uma tal relação entre predios d'os quaes só um, ou nenhum, tenha dono.

Mas ainda mesmo no campo dos principios é esta a unica solução racional.

Com effeito, como n'outra parte fica dicto, é da essencia da servidão a existencia de uma relação juridica entre dois predios. Ora uma tal relação não pode existir, evidentemente, senão entre duas entidades ju-

²⁰ Conf BIANCHI, *obr cit.*, pag. 112.

²¹ «Não reconhece o Cod direito de occupação senão sobre os moveis, porque os immoveis não occupados, que não são baldios municipaes ou parochiaes, reputam-se do estado.» (DIAS FERREIRA, *Cod. Civ Ann.*, tom. I, (2.^a ed.), pag. 277). É certo, porem, que os baldios são propriedade commun, e não podem, por modo algum, considerar-se *nullius* como o illustre jurisconsulto parece indicar.

ridicas; e seria na verdade forçar o significado natural d'esta expressão, considerar tal um immovel *nullius*, que, emquanto tal, existe apenas como uma cousa material, e não como objecto de qualquer direito.

Se mesmo fosse possivel, como apregoam os escriptores que combatemos, prescindir das relações de propriedade, attendendo apenas ao facto material da vantagem que um predio pode prestar a outro, nenhuma razão de ser teria já o principio, que os romanos traduziram na expressão *nulla res sua servit*, sempre mantido nos diversos estadios evolutivos d'esta instituição, e que hade continuar a existir, porque em si consubstancia um dos elementos essenciaes da servidão. Mas decerto não aceitam aquelles escriptores esta illação dos seus principios, porque não é possivel conceber a existencia de servidão entre dois predios do mesmo dono ²².

Regeitando esta doutrina, não regeitamos, porem, implicitamente as conclusões que seus auctores d'ella deduzem, como á primeira vista poderia parecer.

Na verdade acceitamos, como verdade inatacavel, que ainda mesmo depois do abandono do predio ser-

²² «A veder nostro, scrive BIANCHI, la stessa ragione che rende necessaria, pel concetto di servitù, l'appartenenza dei due fondi a proprietari diversi, vale identicamente per ritenere necessario che amendue i fondi siano oggetto *attuale* di proprietà, appunto perché la sola materialità di un vantaggio ricavato da un fondo per un altro non basta a costituire, legalmente, una servitù.» (*Obr.*, *cit.*, pag. 112)

viente, continuará o dono do predio dominante gosando os mesmos direitos que sobre elle tinha anteriormente a esse facto, e dos quaes o não pode em caso algum esbulhar a occupação d'esse predio por um terceiro, pela razão de que esses direitos, que não foram abandonados, não podiam ser objecto de occupação.

Taes direitos, porem, não constituem já a servidão, mas têm um caracter inteiramente differente: são uma modalidade especial do direito de propriedade, que o dono do predio dominante fica tendo, tambem, sobre o predio abandonado. Não existe a servidão, porque esta, sendo, como é, um direito real, não pode existir sobre predios *nullius*, pela impossibilidade logica e juridica de conceber uma fracção de propriedade, onde a propriedade realmente não existe. Mas desde que o immovel fosse occupado por pessoa differente do proprietario dominante, a relação reapareceria com a sua primitiva natureza.

E o que deixamos dicto tem por egual cabimento relativamente á aquisição de novas servidões sobre cousas *nullius*. Tambem n'este caso o dono do predio chamado dominante exerce sobre o predio *nullius*, n'uma das suas infinitas modalidades, o direito de propriedade, adquirido pela occupação; mas a servidão somente apparecerá quando os restantes usos da coisa sejam occupados por differente pessoa.

Portanto, em relação aos seus effeitos, coincide a

doutrina por nós acceita com a da escola que combatemos; mas ficam de pé as divergencias enquanto aos seus respectivos fundamentos juridicos ²³

48. — Mais opportuna é, e por sem duvida mais difficil, a outra questão que deixámos enunciativa ²⁴ relativamente á possibilidade de estabelecer a servidão sobre bens fóra do commercio.

A difficuldade começa, no campo theorico, pelas divergencias que entre os escriptores se accentuam sobre o verdadeiro conceito d'aquella especie de cousas ²⁵; e porisso necessario se torna desde já delimitar o nosso campo de acção, pela determinação do significado que aquellas palavras deve ser attribuido.

O Cod. Civ. Port. define cousas fóra do commercio «as que não podem ser objecto de appropriação» (art. 370.); e declara muito explicitamente que ellas não podem ser objecto de posse (479 e 482 n.º 3), nem de prescrição

²³ Conf. BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 113.

²⁴ *Supra*, n.º 43.

²⁵ Alguns auctores consideram fóra do commercio todas as cousas que por qualquer razão não podem entrar no patrimonio dos particulares (SERAFINI, *obr. cit.*, tom. I, § 13, MAZZONI, *Inst.*, tom. II, n.º 121). Para outros, somente entram n'esta categoria aquellas cousas que podendo, por sua propria natureza, ser individualmente possuidas, todavia são pela lei declaradas inalienaveis (AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. II, § 171, LAURENT, *obr. cit.*, tom. VI, n.º 2). De modo que, para os primeiros, seriam cousas fóra do commercio o ar, a luz, o mar, etc., que os segundos consideram alheias a esta distincção (*res communes nec sunt in commercio, nec extra commercium*) Conf. BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 114, not. 14.

(506), nem de compra e venda (1553 n.º 3), nem, finalmente, de contracto algum (art. 671.º n.º 1).

D'aqui podemos desde já inferir que a natureza da propria instituição não permite que sobre os immoveis d'esta especie se estabeleçam servidões, as quaes implicam sempre a possibilidade da alienação de uma parte, e portanto da totalidade, do predio serviente.

Mas a questão necessita de mais largo desenvolvimento.

49. — As cousas podem estar fóra do commercio, diz o art. 371.º, por sua natureza, ou por disposição da lei. Estão fóra do commercio, por sua natureza, acrescenta o art. 372.º, aquellas que não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente, e por disposição da lei, aquellas que a mesma lei declara irredusíveis a propriedade particular.

Para a primeira d'estas categorias a doutrina que fica enunciada é manifestamente verdadeira, porque não podendo esta classe de cousas entrar no dominio particular dos individuos, por impossibilidade phisica de serem appropriadas, claro é que jamais poderiam ser objecto de servidão, visto ser esta uma fracção da propriedade. A tal respeito nem mesmo é possível a discussão.

Mas com relação ás cousas que somente por impossibilidade legal deixam de entrar no patrimonio in-

dividual, a solução não se apresenta com um tal character de evidencia.

A esta classe pertencem as *cousas publicas*, de que a todos é licito aproveitar-se, mas sobre as quaes nenhum individuo tem direito exclusivo (Cod. Civ. art. 380.º). Entre ellas podemos especialisar, pela importância que n'esta materia têm, os rios, as estradas, as ruas, e as fontes publicas ²⁶

Poderão sobre estas cousas constituir-se servidões?

50. — Na sua maior generalidade a questão pode offerecer um aspecto que convem desde já considerar, para a reduzir aos seus verdadeiros limites.

É bem de ver que sobre esta especie de bens não poderão em caso algum estabelecer-se servidões que contrariem a natureza d'esses mesmos bens, que embaracem ou impossibilitem a sua função propria, porque um tal direito jamais poderia ser concedido por quem é legalmente incumbido de regular aquella

²⁶ As cousas que formam parte do dominio patrimonial do Estado, ou d'outras pessoas moraes, como são os edificios destinados a repartições publicas, ou a quaesquer serviços determinados, e aquelles bens em que a F. N. succede na falta de outros herdeiros, os chamados bens *proprios nacionaes*, ficam naturalmente fora da classificação, porque estas cousas não são legalmente irredusíveis a propriedade particular. Apenas a sua alienação esta dependente de um processo especial, por lei estabelecido, o que é differente.

Sobre estas claro é que podem tambem estabelecer-se servidões; a forma como, dil-o-hemos quando tractarmos dos modos de aquisição das servidões.

mesma função. E nem sequer poderia, na falta de concessão expressa, invocar-se a prescrição, porque esta se baseia n'uma *presumida* concessão, e d'este que esta é legalmente inadmissível, a prescrição carece de fundamento.

Fica, pois, limitado o problema aquellas servidões que poderiam estabelecer-se, em harmonia com o destino dos mesmos bens. Taes seriam, por exemplo, as servidões de vista, e de passagem, impostas sobre uma estrada, em proveito d'uma casa com ella confinante.

E devemos ainda acrescentar que não se duvida tão pouco do direito que possa assistir ao dono da casa para praticar aquelles factos; apenas se discute a natureza particular d'esse direito, e, como immediata consequência, a obrigação para o Estado ou corporações publicas de o indemnizarem dos prejuizos que para elle resultem de qualquer alteração, pela auctoridade feita, no estado ou na função d'aquellas cousas ²⁷.

²⁷ Os escriptores concordam em que, existindo embora a servidão, não pode o particular oppor-se, em nome d'este direito, a qualquer alteração que a Administração julgue necessaria ao bem da collectividade. O interesse publico, representado por esta, deve prevalecer sobre o interesse particular, e porisso ninguem duvida de que a Administração pode fazer todas as alterações que julgue convenientes; sómente se discute se essas mudanças obrigam a indemnisar, e a que título, os particulares com ellas prejudicados, por serem assim privados d'uma utilidade que o estado anterior das cousas lhes assegurava,

51. — Tanto em França, como em Italia, a questão tem sido largamente debatida, não tendo os escriptores chegado ainda a accordo.

Antes de emitir o nosso parecer, ouçamos as razões que por um e outro lado se têm produzido:

1) A natureza especial dos bens do dominio publico, dizem os que sobre taes bens não admitem servidão, a sua inalienabilidade, é obstaculo insuperavel a que um particular adquira sobre elles propriedade plena, ou menos plena, porquanto se acham, vinculados *na sua totalidade* a um destino publico.

2) As vantagens, pois, colhidas pelos particulares dos bens do dominio publico, conformemente ao seu destino, não resultam de um particular direito d'aquelles, limitando a propriedade do solo sobre o qual se exerce, mas derivam do uso commum d'aquelles bens, que a todos os cidadãos é permittido. São actos que se exercitam *jure civitatis* e não *jure proprietatis*, e por isso tanto podem ser em favor de uma pessoa, como em favor de um predio.

Ora este uso geral que todos os individuos têm das causas publicas é inteiramente subordinado á faculdade, que á auctoridade pertence de administrar os mesmos bens, não tendo, portanto, qualquer dos que d'elles gozam direito a ser indemnizado da perda d'esse gozo, quando a mesma auctoridade julgue con-

veniente para os interesses geraes mudar o estado ou a função d'aquelles mesmos bens.

3) Alem d'isso, tem a auctoridade publica o direito e o dever de administrar os bens do dominio publico pelo modo mais conveniente ao bem geral, podendo em nome d'este interesse modificar de qualquer forma as suas circumstancias. Os prejuizos que aos particulares resultem do exercicio d'este direito não devem ser ressarcidos, pela regra *neminem ledit qui jure suo utitur*.

4) Em face do exposto não podem ter aqui applicação os principios que regulam a expropriação por utilidade publica, visto que esta somente tem logar quando para o Estado passam direitos pertencentes aos particulares, o que aqui se não dá.

5) E finalmente, os inconvenientes gravissimos que naturalmente resultariam de se adoptar o principio contrario, deviam bastar para este ser posto de parte, ainda quando as razões expostas não levassem a essa conclusão ²⁸.

52. — A estes argumentos contrapõem, porem, outros escriptores os seguintes:

1) A inalienabilidade d'esta classe de bens não tem um character absoluto, é antes relativa a certa ordem de motivos que determinaram o legislador a pol-os fóra

do commercio; e por isso não deve ser obstaculo ás convenções e concessões que não contrariem aquelles motivos. Assim como os bens dotaes, que em regra são tambem inalienaveis, podem ser alienados nos casos em que não se contrariam os motivos que determinaram o legislador a dar-lhes aquelle character, da mesma forma a inalienabilidade dos bens do dominio publico não deve obstar a que sobre elles se concedam direitos especiaes aos particulares, quando estas concessões se não opponham ao destino publico dos mesmos bens, antes sejam com este compatíveis.

2) Os actos exercidos pelos proprietarios confinantes sobre as ruas publicas, etc., resultam d'um quasi-contracto, ou d'uma tacita convenção, entre elles e a Administração, sujeitando-se os primeiros ao alinhamento para os seus edificios, e aos demais encargos que pelos regulamentos lhes são impostos, em troca das vantagens que para elles resultam do uso da coisa publica.

Não poderá, pois, dizer-se que o proprietario, ao abrir janellas e portas, na sua casa, sobre a rua publica, não procedesse *jure proprietatis*, exercendo assim, nos limites traçados pela lei, e por convite d'esta, o seu direito de edificar, mas obrasse somente por mera tolerancia da Administração, ou *jure civitatis*. Deve portanto ser indemnizado sempre que, pela mudança do logar, lhe advenha prejuizo.

3) Quanto ao direito, ou ao dever, da Adminis-

²⁸ Conf. BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 119-121.

tração, de modificar o estado dos logares publicos de harmonia com o bem geral da sociedade, não pode a sua existencia ser contestada; mas não deve por modo algum, acceitar-se, como verdadeira, a conclusão que d'este principio se pretende tirar, porquanto o exercicio de qualquer direito está sempre adstricto á condição de não offender o direito de outrem. Ora: áquelle direito da Administração contrapõe-se o direito do particular, delimitando-se os dois reciprocamente, e só em harmonia com isto é applicavel o tal brocardo juridico: *neminem ledit qui jure suo utitur*.

4) Portanto, se no conflicto entre o interesse geral da sociedade e o interesse do particular, este tem de ceder, não é menos certo que os prejuizos por elle soffridos lhe devem ser resarcidos pela collectividade, por não ser justo que aproveitando todos os individuos dos beneficios resultantes das novas obras, só um soffra os damnos que das mesmas derivam. Ha, pois, uma perfeita similhança entre este caso, e os demais em que tem logar a expropriação por utilidade publica.

5) Relativamente aos inconvenientes praticos d'esta doutrina, elles não são muito de reccar, desde que se evitem abusos, attendendo na indemnisação dos prejuizos á compensação que por vezes os mesmos proprietarios recebem com a inovação feita. Alem de que, adduzir os inconvenientes d'um principio não é, precisamente, negar a sua veracidade.

6) E, finalmente, costuma invocar-se ainda a auctoridade do Direito Romano²⁹, onde já era reconhecida esta doutrina, não menos imperiosamente reclamada pela boa fé e pela equidade, do que pelos interesses geraes da sociedade.

« Comment! escreve DEMOLOMBE, des propriétaires auront élevé, à grands frais, des bâtimens sur une rue ou une place, et l'Administration pourrait, après cela, obstruer impunément leurs issues et leurs jours, de manière à faire, comme dit Proudhon, de leurs maisons, *autant d'obscurs cachots!* Cela n'est pas évidemment tolérable! »³⁰

53. — Como se vê, na discussão que rapidamente deixamos registrada, são confundidas n'uma só as duas questões relativas: á possibilidade de estabelecer servidões sobre os logares publicos; e á legitimidade da indemnisação quando a auctoridade administrativa, em satisfação do bem geral, mude o estado d'aquelles logares, privando os proprietarios confinantes das vantagens que até ahí recebiam.

²⁹ Este argumento é invocado por DEMOLOMBE, (obr. cit., tom. XII, pag. 196), mas na verdade com pouco criterio, segundo afirma GROER (Teoria delle obbligaz., tom. V, pag. 184). É certo haver no Digesto um título, *Ne qui in loc. pub. vel it. fiat* (XLII, 8) que parece ter relação com esta materia, mas é opinião dos commentadores que ahí somente se tratava dos damnos causados por obras dos particulares, sem prevenir a hypothese de um conflicto entre os particulares e a auctoridade publica (VOET, Ad Pandect., Lib. 43, tit. 8).

³⁰ DEMOLOMBE, obr. cit., tom. XII, pag. 196.

No entretanto ellas podem e devem ser estudadas separadamente, porquanto, se é certo que do facto de se considerarem como sendo propriamente de servidão, os direitos d'aquelles proprietarios, sobre as cousas do dominio publico, deriva naturalmente a necessidade de indemnisação sempre que taes direitos sejam offendidos, o mesmo não acontece já na hypothese inversa, pois esta necessidade pode tambem existir — e julgamos que existe — ainda quando tal servidão realmente não haja.

Por isso tractaremos separadamente as duas questões, comquanto sómente a primeira diga especialmente respeito á materia d'este trabalho.

54. — Sem discutir a indole particular do direito ³¹

³¹ E já antiga entre os escriptores a questão de saber se o Estado e as entidades administrativas têm ou não um verdadeiro direito de propriedade sobre os bens de uso publico, emquanto dura este mesmo uso. A opinião predominante, tanto em Italia, como em França, sustenta que aquelles bens não pertencem em propriedade a pessoa alguma, tendo a Administração sobre elles um simples poder de vigilancia e policia. (PROUDHON, *Dom. Pub.*, tom. I, pag. 204-207; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. IX, pag. 457, AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. II, § 169, LAURENT *obr. cit.* tom VI, n.º 4, DUCROQ, *Cours de droit administratif*, tom. II, pag. 77, FOOZ *Le droit administratif belge*, tom. IV, pag. 39 e 40, MAZZONI, *Dei beni*, tom. I, n.º 71, BORSARI, *obr. cit.*, tom. II, § 829; RICCI, *obr. cit.*, tom. II, pag. 44, BIANCHI, *obr. e log. cit.*)

O nosso Código Civil, no art. 380.º, attribue ao Estado a propriedade das cousas publicas, afastando se assim d'aquella opinião. Esta doutrina a qual mais ou menos parece adherir a *Rev. de Leg. e de Jur.*, Anno XIII, pag. 145 e 146) é defendida, entre outros, por GABBA, *obr. cit.*, pag. 94, e SCIALOJA, no *Fóro Ital.*, VI, I, pag. 1116.

que á Administração pertence, sobre as cousas do dominio publico, é certo que da propria natureza d'estas cousas resulta para cada individuo a faculdade de usar d'ellas, conformemente ao seu destino. Ora é bem de ver que dentro d'estes limites, traçados entre nós pelos artt. 380.º e 381.º do Cod. Civ., cada particular exercerá o seu direito por forma diversa, conforme a diversa situação em que se encontra. «Usa de uma estrada publica, escreve BIANCHI, e tem direito a usar d'ella, aquelle que por lá passa, ou n'ella passeia, e aquelle que edifica uma casa a ella contigua, e para lá abre portas e janellas; uso puramente pessoal e accidental o primeiro: uso permanente, ligado á propriedade de um immovel, o segundo» ³².

Ê, pois, da propria natureza d'estas cousas, ou antes da lei, onde aquella foi reconhecida, e não de mera concessão das auctoridades administrativas, ou de convenção tacita, como alguns pretendem, que deriva para os individuos o direito de usarem das cousas publicas. Tal concessão não podia existir porque as attribuições da Administração se limitam a regular, a disciplinar, o uso que os cidadãos fazem do solo publico em harmonia com seu destino ³³. E não pode, alem d'isso acceitar-se a ideia d'uma convenção tacita,

³² BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 131.

³³ Cod. Civ., art. 380.º *in fine*.

como quer DEMOLOMBE ³⁴, porque não é lícito á Administração conceder um direito, que não poderia recusar, pela razão de que, superiormente a ella, a lei o concede a todos os individuos.

É pois da lei que deriva o direito dos individuos usarem das cousas do dominio publico; e, sejam ou não proprietarios confinantes d'esses bens, a natureza do seu direito é sempre a mesma, embora seja diferente a forma porque especialmente se exerce.

55. — Do que fica dicto resulta naturalmente a solução negativa para o primeiro problema que nos propozemos: a servidão não pode ser constituida sobre bens do dominio publico. Os actos praticados pelos proprietarios sobre aquelles bens entram na *função* propria e legal dos mesmos bens, o que é incompativel com a natureza da servidão que, como bem diz um escriptor ³⁵, suppõe sempre um serviço que faz cóntraste com a função propria e livre do predio serviente, e ao lado do qual fica ainda a este um campo de acção para a sua utilidade particular.

Considerando aquelles direitos dos proprietarios confinantes como exprimindo relações de servidão, ne-

nhuma razão ha para que os mesmos escriptores deixem de chamar tambem *servidão pessoal* ao uso que das cousas do dominio publico fazem quaesquer outros individuos, visto ser o mesmo o fundamento e a natureza do seu direito; e sendo assim, como n'estes diferentes usos se exgota a função d'aquellas cousas, teríamos em tal caso uma propriedade toda decomposta em direitos reaes, o que é logica e juridicamente inadmissivel.

Não pode pois, a juizo nosso, constituir-se servidão sobre cousas do *dominio publico*, porque tendo todos o direito de usar d'ellas consoante o seu destino, é impossivel o seu desmembramento, e sem desmembramento não ha servidão. Qualquer que seja a forma porque os individuos se sirvam d'estas cousas procedem simplesmente *jure civitatis* e não *jure proprietatis*, como seria mister para que a servidão existisse.

56. — Mas a doutrina por nós accета não exclue de modo algum a obrigação de pagar, aos individuos prejudicados com a mudança operada no estado dos logares publicos, a justa indemnisação dos seus prejuizos.

É certo que não lhes assiste um direito de servidão sobre a coisa publica; mas as mudanças operadas pela Administração foram esbulhal-os de *direitos adquiridos*, exigindo-lhes um sacrificio superior ao que na

³⁴ DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, pag. 196.

³⁵ BLANCHI, *obr. cit.*, pag. 142.

repartição proporcional dos encargos pelos cidadãos deveria justamente pertencer-lhes. Como acertada e lucidamente o exprimiu GABBA:

«Il privato cittadino non tanto appare un danneggiato che pretende e ottiene resarsimento, quanto piuttosto un socio che riceve dagli altri socii il congluaglio di ciò che egli trovasi avere conferito nell'interesse comune, al di là della parte che gli sarebbe spettata.»

E nem se diga que por serem aquelles actos dos cidadãos exercidos apenas *jure civitatis*, elles não têm sobre taes bens nenhum direito individual, cuja offensa seja de attender; porquanto se taes direitos se dizem de uso geral precisamente porque pertencem a todos, certo é que elles não teriam valor real se ao mesmo tempo não fossem proprios de cada individuo, decompondo-se assim n'outros tantos direitos particulares. Como diz um escriptor, é precisamente o complexo d'estes direitos individuaes que constitue o direito geral.

55. — Mas sendo assim, pode objectar-se, a indemnisação não é somente devida aos proprietarios confinantes com o terreno publico, mas a todos os cidadãos, porque todos elles foram prejudicados com a mudança no estado das cousas, visto não poderem continuar a exercer o seu direito.

Esta objecção, porem, é mais apparente do que real.

Em primeiro logar a *generalidade* dos individuos, a quem era permittido o uso d'aquellas cousas, não soffre realmente prejuizo, porquanto ás mudanças operadas pela Administração tem por fim precisamente augmentar o goso e a commodidade geral. E onde não ha prejuizo não ha indemnisação. Mas quando mesmo assim não fosse, tal indemnisação jámais poderia ser pedida pelos que não são proprietarios confinantes dos logares publicos, porque as obras feitas n'esses logares os não esbulham de direitos adquiridos, unicos que juridicamente devem ser respeitados ou attendidos.

Com effeito o uso que elles fazem das cousas publicas, como n'outra parte já foi dicto (supra n.º 54) é pessoal e accidental; o seu direito exerce-se, pois, intermittentemente, por actos pessoaes de goso. De modo que as mudanças operadas n'esses logares, se não permitem que elles continuem a exercer os mesmos actos de goso, preparam-lhes todavia um goso maior, visto que taes alterações, como acabamos de dizer, têm sempre por fim augmentar as commodidades publicas. Mas de taes factos não resulta, de modo algum, offensa para actos de goso já realisados, ou-seja de direitos adquiridos.

O contrario, porem, acontece com os proprietarios confinantes. Estes exercem o seu direito por uma forma

estável e permanente, dando aos seus predios a disposição mais adequada para utilizar todas as vantagens que o terreno publico pode trazer-lhes. A mudança no estado d'este terreno, pois, vae ferir actos de gozo já realísados, verdadeiros direitos adquiridos, que devem sempre respeitar-se.

Sob o ponto de vista economico as diferenças são ainda mais salientes; ao passo que os prejuizos soffridos pelos primeiros — se taes prejuizos houvesse — se traduziriam, na maior parte das vezes, n'um simples incommodo pessoal, para os proprietarios confinantes, podem resultar enormes perdas materiaes pela depreciação dos seus predios ³⁶.

Por isso entendemos que aos proprietarios confinantes, e só a elles, deve ser concedida indemnisação pelos prejuizos soffridos com as mudanças que a Administração julgar conveniente fazer nos bens do dominio publico ³⁷.

³⁶ Esta doutrina é largamente exposta por BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 134.

³⁷ SOLON, *Serv.*, n.º 409 e seg.; PROUDHON, *obr. cit.*, tom. II, pag. 369; PARDESSUS, *obr. cit.*, n.ºs 40-41; SOURDAT, *De la responsab.*, n.º 434; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XII, n.º 698; AUBRIET RAY, *obr. cit.*, tom. II, 6; MANCINI-PISANELLI-SICIALVIA, *Comment. Cod. Proc. Civ.*, (Napoles; 1877), tom. V, 686; GABBA, *obr. cit.*, pag. 79; GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, 97; BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 133, not. 20, etc.

Contra. DURANTON, *Cours de droit civil*, (Bruxellas, 1841), tom. III, 295 e 297, *in fine*; MARCHESI, *Se possa competere indennità ai proprietari fronteggianti le strade pubbliche*, etc (Catania, 1868); RIGHINI, *Voto al municipio di Milano* (1862).

58.— E agora que estudámos, d'um modo geral, a doutrina, não passaremos adiante sem abordar uma questão, de grande frequencia entre nós, e que os tribunaes tem resolvido contradictoriamente.

Sobre as fontes publicas poderá estabelecer-se servidão?

Claro é que a duvida não respeita propriamente á faculdade, para qualquer individuo, de se utilizar das aguas da fonte com prejuizo do uso publico; mas somente se apresenta em relação ás aguas que excederem as necessidades publicas.

A solução do problema depende, porem, da previa determinação do significado juridico da expressão *fontes publicas*, e esse será, portanto, o nosso primeiro cuidado.

59.— A jurisprudencia considera *fontes publicas* todas as que se encontram sob a administração do Estado ou de qualquer corporação publica ³⁸. No entretanto parece-nos que o Cod. Civ. Port. não autorisa inteiramente esta doutrina. Com effeito o confronto dos artt. 380.º e 381.º do citado Codigo mostram que ha duas especies de fontes destinadas ao uso pu-

³⁸ *Acc. da Rel. do Porto*, de 2-III-1883; *Sentença de 1.ª inst.*, de 7-VIII-1882; *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno XVI, pag. 279 e 297, etc.

blico ³⁹: as *fontes publicas* (art. art. 380.º n.º 3) e as fontes ou poços construídos á custa dos concelhos ou paróchias (art. 381.º n.º 2), e que podemos denominar *fontes communs*, visto que o seu uso só é permitido aos habitantes da respectiva circumscripção, ao passo que das primeiras a *todos* é licito utilizar-se ⁴⁰. E se é certo que umas e outras estão fóra do commercio, não podem, ainda assim, reger-se ambas pelos mesmos principios, como se tem pretendido. Convem, por isso, accentuar as diferenças legalmente estabelecidas entre as duas especies.

Attendendo simplesmente ao art. 380.º parece dever inferir-se d'elle que são publicas todas as fontes *appropriadas* ou *produzidas* pelo Estado e *corporações publicas*, e mantidas debaixo da sua administração, das quaes a todos é *licito* utilizar-se. Compreender-se-hiam assim n'esta categoria as *fontes ou poços construídos á custa dos concelhos e paróchias*, uma vez que satisfizessem á ultima condição do artigo — poderem ser utilizadas por todos —. Por esta forma, facil era estabelecer o criterio para distinguir entre si as *fontes publicas* e as *communs*: se a todos fosse licito aprovei-

³⁹ Além d'estas ha tambem as *fontes particulares* ou *nascentes*, que formam parte integrante do predio onde nascem, e a cujo dono exclusivamente pertencem (Cod. Civ., art. 444.º e seg.) D'estas não nos occupamos aqui.

⁴⁰ Esta mesma doutrina foi mantida no Decr. de 4 de dezembro de 1892, art. 1.º e 2.º

tar-se das suas aguas; seriam publicas; no caso contrario, seriam communs.

Mas, como é bem de ver, uma tal formula envolve manifestamente uma petição de principio ⁴¹.

Necessário, por isso, se torna buscar outro criterio que possa livrar-nos d'este embaraço; e a combinação dos dois artigos pode muito bem fornecer-o, uma vez que as palavras do art. 380.º se entendam limitados pelas do art. 381.º Sendo assim devem considerar-se publicas as fontes produzidas ou apropriadas pelo Estado; e communs as que foram construídas pelos concelhos e paróchias. Quando, porem, não for possível determinar por conta de quem correram as despesas, ou quando realmente o direito tenha sido adquirido pela prescripção, considerar-se-hão publicas ou communs, conforme as pessoas que d'ellas realmente se utilizam.

E na verdade só assim poderemos estabelecer a distincção. Com effeito tanto na definição de fontes publicas, como na de fontes communs o Código fez expressa referencia, ainda que pouco claramente, a estes tres elementos: á sua *construcção*, á sua *administração*, e ao *gozo* das suas aguas. Já vimos que não

⁴¹ Com effeito: quaes são as fontes de que a *todos* é licito utilizar-se?

A resposta só pode encontrar-se no art. 380.º — são as publicas. E quaes são as *fontes publicas*?

São aquellas de que *todos* podem utilizar-se.

pode encontrar-se no ultimo d'elles a base da classificação, por involver uma petição de principio; vejamos, pois, os outros elementos.

Não é tambem quanto á sua administração que as duas especies de fontes se separam, porque a nossa legislação colloca tanto umas como outras debaixo da administração das camaras municipaes ⁴².

E quando mesmo assim não fosse tambem aqui se encontraria a mesma difficuldade que fica notada em relação ao goso das aguas. Este criterio envolveria uma verdadeira petição de principio.

Portanto, como acima dizemos, só no primeiro d'aquelles elementos se encontra a verdadeira base da classificação ⁴³.

A nosso juizo, pois, não podem nem devem confundir-se as fontes publicas com as fontes communs.

⁴² Cod. Adm. de 1886, art. 117.º n.º 12, e 118 n.º 22, e Decr. de 6 d'agosto de 1892.

⁴³ O Direito antigo não pode fornecer-nos elementos alguns para fazer a distincção, porque anteriormente ao Cod. Civil não havia *aguas communs* (DIAS FERREIRA, *Cod. Civ. Port. Annot.*, vol. 1 (2.ª ed.) pag. 308); todas as fontes que não fossem meramente particulares, eram publicas, e o seu uso permittido a todos. LOBÃO (*Tractado Compensatorio das Aguas*, § 50) procurando determinar as fontes publicas, exprime-se assim: «São publicas as fontes. 1.º quando estão em logar publico, e as aguas para ellas tambem provem de logar publico, porque as aguas seguem a natureza do seu alveo: muito mais se o publico aproveita das suas aguas para os usos communs porque do uso commum se infere a publicidade. E sem duvida alguma quando a fonte está sujeita a Inspecção do Almotacé, e se reforma por collecta publica. 2.º quando as aguas provenientes de predios particulares constituem as fontes publicas em logares publicos, etc.

Ja lá appareciam, tambem, os mesmos tres elementos.

Mas a questão que nos propomos estudar diz por igual respeito a ambas aquellas espécies e por isso, embora usemos somente da expressão *fontes publicas*, por ser a que geralmente se emprega na linguagem jurídica, as conclusões a que chegarmos respeitirão egualmente ás fontes *communs* ⁴⁴.

§§. — Desde que a questão se acha limitada ás aguas que sobejam de uso publico (*supra* n.º 40), só temos a estudar as formas particulares porque estas aguas podem ser aproveitadas pelos particulares, investigando da legitimidade d'esse aproveitamento.

Ora as aguas das fontes podem ser consideradas, antes de chegarem ao reservatorio onde o publico as apreheude, já nos conductos ou veias subterraneas, onde naturalmente correm; já em aqueducto artificialmente construido; podem ser consideradas n'esse mesmo reservatorio; e finalmente depois de o terem abandonado ⁴⁵. Em cada um d'estes tres momentos differentes

⁴⁴ No art. 431.º do Cod. Civil falla-se tambem de fontes destinadas ao uso publico, abrangendo n'esta expressão tanto as publicas como as *communs*. (*Accordões do Rel. do Trib. de 4-v-88* em *Boletim dos Tribunaes*, anno v, pag. 52) e de S. T. J., de 19-7-91 (ap. cit. *Boletim*, anno vi, pag. 365.) Conf. DIAS FERREIRA, Cod. Civ. Annot., vol. 1, pag. 319. A *Rev. de Leg.* chega mesmo a affirmar que a *todos* e heito aproveitar-se das fontes *communs*, mas não apresenta razões da sua opinião (anno cix, pag. 527).

⁴⁵ Para simplicidade chamarei algumas vezes *superfluas* as aguas excedentes das necessidades publicas, nos dois primeiros momentos; e *sobejas* ás que abandonarem o reservatorio onde o publico se abastece.

as aguas podem ser particularmente aproveitadas, mas são diversas as considerações que em cada um dos casos cabem ⁴⁶.

1) Para o primeiro caso temos o art. 451.º do Cod. Civil que não permite a ninguém alterar ou diminuir, por qualquer forma, as aguas de *fonte publica*. E porque a este preceito geral se não fez excepção alguma, não é lícito duvidar de que, ainda mesmo que aquellas aguas sejam em excesso para as necessidades publicas, não pode qualquer particular aproveitar-se de parte d'ellas, cortando-as no seu predio, quando ellas por ahi corram naturalmente, ou desviando-as do aqueducto por onde sejam conduzidas.

As palavras: *por qualquer forma*, abrangem ambas aquellas modalidades da primeira hypothese, como é manifesto, e já foi entre nós decidido ⁴⁷.

Bem justo é o preceito d'este artigo. Nada mais variavel do que as necessidades publicas, e, por isso, aguas, que hoje seriam superabundantes, poderiam amanhã, por muito variadas circumstancias, tornar-se

⁴⁶ Esta distincção era já feita por Lobão, no dominio da legislação antiga. No § 54 das *Aguas* escreveu elle o seguinte.

•En faço differença entre o caso de se pretender por algũ particular ou tirar agua da fonte publica privativamente, em todo ou em parte, na Fonte mesma, ou no Aqueducto, que a ella conduz, e o caso de qualquer que tem predios adjacentes á Fonte publica, se utilizar das aguas que sobejão da Fonte publica, e isto de tempo antigo.

⁴⁷ *Acc. da Rel. de Lisboa*, de 4-v-89 (no *Boletim dos Trib.*, anno v, pag. 44).

insufficientes. E a esta razão de utilidade pratica, outra pode juntar-se, de não menor importancia, por alguns escriptores posta em relevo ⁴⁸: é a natureza da propria agua, que torna impossivel a aquisição de direitos de propriedade sobre ella. Com effeito, se toda a massa da agua que constitue a fonte, é destinada ao uso publico, não perde esta natureza pelo simples facto de nem toda servir, n'um dado momento, para esse uso; como acontece com as ruas e praças publicas que, sendo embora demasiado largas para as necessidades actuaes da collectividade, nem por isso podem ser, em parte, aproveitadas exclusivamente por qualquer individuo. Como diz MAZZONI, se a agua não serve para os usos publicos, tem a *potencialidade* de servir logo que maiores necessidades appareçam.

E sendo assim, não podem invocar-se sobre estas aguas quaesquer direitos de propriedade, embora baseados em concessões das auctoridades administrativas, porque taes concessões são precarias, e não podem produzir effeitos contra a disposição da lei.

2) E o que deixamos dicto tem applicação tambem á segunda hypothese considerada. Não pode qualquer individuo aproveitar-se das aguas de reservatorio destinado ao uso publico, para fins diversos d'aquelles a

⁴⁸ TROPLONG, SCIALOJA, MAZZONI, GERMANO, etc.

que são legalmente applicadas; e por isso jamais sobre taes aguas poderia allegar-se um direito de propriedade, ou de servidão ⁴⁹.

§1. — Outro, porém, era o direito anterior ao Código Civil; as fontes publicas não tinham immuni-
dades que valessem contra a vontade do Soberano, o qual, a despeito da particular natureza d'estas cousas, tão cheias de favores e privilegios pelos antigos, que os proprios Romanos as veneravam ⁵⁰, podia conceder sobre ellas servidão. Os praxistas, tanta vez em des-
acordo, estão n'este ponto conformes. AROUCA affirma expressamente aquelle direito; e LÔBÃO, referindo-se ao seu parecer escreveu as seguintes palavras:

«.... considerada a fonte como de *Regali-
bus Principis* (o que sonharam alguns DD, re-
feridos por AROUCA e eu não vejo no Livro dos

⁴⁹ Verdade é que o S. T. A. já decidiu que o *domínio é posse* das fontes publicas reside nas pessoas que das suas aguas se utili-
sam (Resol. de 3-v-32, no *Direito*, anno XV, pag. 375 e 376). Mas tal dou-
trina é manifestamente erronea, contraria aos principios da sciencia,
e á letra expressa da lei (Conf. *supra* n.º 54, not. 31).

⁵⁰ «.... según S. THOMAZ, y RAZIS las cosas, en que mas la
salude humana consiste, depues del aire, es la limpieza, y pureza
de las agoas, mucho mas que en la de los mantimentos: Las quales,
según de CAYO AMERINO, refiere PEDRO GREGORIO, rasan salud a los
Enfermos; e según ARISTOTELES, no hay cosa mas nociva que el agua
de mal olor. Y por esto los antiguos tanto estudio e cuidado puzieron
en la eleccion y conservacion de las agoas. y los Romanos, como
refere FRONTINO, veneravan las fuentes, etc.» (BOYADILL', *Polít.*, L. 3,
C. 6, n. 16, cit. por LÔBÃO, *Notas a Mello*, 1.º vol., pag. 377).

Feudos debaixo do Titulo—*Quæ sunt Regalia*,
nem, na Ord. L. 2. T. 26.) será sim precisa
Regia Faculdade: Mas esta não se concede ja-
mais, como tenho visto, sem ser ouvido o povo;
e sem hum escrupuloso exame da Causa publica,
em termos que o povo não fique com o mais
leve prejuizo na minima falta de huma cousa
tão necessaria á vida ⁵¹.

As proprias Camaras algumas vezes fizeram conces-
sões d'esta natureza; mas não tinham para isso direito
algun, e por isso taes concessões eram consideradas
precarias, se não fossem confirmadas pelo Monarcha ⁵².

Deverão ainda hoje respeitar-se os direitos adqui-
ridos n'estas condicções?

⁵¹ LÔBÃO, *Aguas*, § 54.

⁵² A Provisão Regia de 22 de novembro de 1803, em que se
confirma a concessão feita por uma Camara a um particular para
derivar de um aqueducto publico certa quantidade de aguas para
commodidade e formosura de sua quinta, e abastecimento de uma
fonte destinada ao uso publico, confirma expressamente esta dou-
trina. Eis o seu texto:

«E deferindo ao seu requerimento, não obstante a falta de provisão
micha da de outro direito para a Camara conceder aguas do seu districto,
anda com o pretexto de utilidade publica, e de alguns vizinhos; visto
o que constou das informações que se houveram do actual corregedor
da camara e do seu antecessor, as respostas dos officiaes que presente-
mente servem na camara da referida cidade, e da nobreza e o povo
d'ella, e o que tambem respondeu o meu procurador da coroa que egual-
mente mandei ouvir; e attendendo especialmente a que o requerente se
achá, ha mais de quinze annos, ha posse da mencionada agua, tirada
a sua custa do aqueducto publico, em distancia de um oitavo de legua,
mais a beneficio dos habitantes do districto em que reside do que de si
proprio, porque hõ se aproveitá da necessaria para ystir de sua casa:
Hei por bem confirmar a licença dada ao supplicante para a condução
de um annel de agua do aqueducto publico para commodidade e for-
mosura da sua quinta, ficando o mesmo supplicante e seus successores
obrigados ao concerto de toda a obra feita para a referida condução,
etc.» (Res. de Leg. e de Jur., anno XIII, pag. 341).

Sem duvida alguma. Assim o determina o art. 8.º do Cod. Civil reconhecendo que a lei não tem effeito retroactivo ⁵³

62. — Mas a questão reveste uma importancia especial no ultimo aspecto em que fica enunciada, pela frequencia com que se nos depara na pratica, e porisso a estudaremos com mais demora.

3) A jurisprudencia patria é quasi concorde em não reconhecer direitos privativos sobre os sobejos das aguas das fontes publicas, ou elles se fundem em concessão das corporações administrativas, ou na prescripção ⁵⁴, baseando-se em que as fontes publicas estão fóra do commercio, e não podem, por isso, os sobejos ser adquiridos pelos particulares, a não ser pelo modo especial estabelecido nas leis de desamortisação.

No entanto, se a doutrina é, em parte, verdadeira, o seu fundamento pode bem ser contestado.

Não ha duvida de que as *fontes publicas* estão fóra do commercio; ainda ha pouco o repetimos (*supra* n.º 50).

⁵³ N'este sentido se pronuncia tambem a illustrada redacção da *Rev. de Leg. e de Jur.* (anno o log cit.) baseando-se no art. 438.º do Cod. Civil. Mas, a meu ver, tal artigo não tem aqui applicação, pois não se refere a fontes publicas.

⁵⁴ *Accordões do S. T. A* de 4-III-76 (no *Direito*, anno VIII, pag. 426); de 30-VIII-78 (no *Direito*, anno XI, pag. 112, e na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno XVII, pag. 235), de 3-XI-75 (na cit *Rev.*, anno XI, pag. 621). Contra — *Acc. da Rel. do Porto*, de 13-XII-81 (na *Rev* cit., anno XXII, pag. 171), *Direito*, anno V, pag. 247.

Mas poderão considerar-se como fazendo parte da fonte as aguas que d'ella sahiram e não mais ahi voltarão?

Poderão dizer-se destinadas ao uso publico as aguas sobejas, sahidas da fonte, e que a tal uso não poderiam realmente ser applicadas, ainda mesmo quando d'ellas houvesse necessidade?

Parece-me bem que não. A funcção propria das cousas de uso publico é serem utilizadas pelo publico; ora designar com aquelle nome agnas que realmente não podem já servir para um tal fim, é estabelecer uma verdadeira contradicção entre a propria cousa e o seu nome. A agua, desde que abandonou a fonte publica, não pode mais considerar-se como parte d'essa fonte; e esta, somente esta, é que está fóra do commercio.

Assim como em certos casos as aguas particulares, ao sahirem abandonadas do predio em que brotaram, perdem o seu character, transformando-se em correntes de uso commum, o mesmo tambem acontece com as que se escôam de uma fonte publica. E se assim não fosse como justificar o aproveitamento, embora precario, d'estas aguas, por parte dos proprietarios, em uses agricolas ou industriaes?

As cousas do dominio publico só podem ser usadas por modo consentaneo com o seu destino, de fórma a não contrariar a sua funcção propria ⁵⁵. Ora a funcção

⁵⁵ *Conf. supra*, n.º 50.

própria das fontes publicas é servirem para os usos domesticos; todos o reconhecem. Em que titulo se legitima, pois, um uso d'essas cousas, incompativel com aquella mesma funcção?

E no entretanto, na doutrina dominante, não se duvida de que tal uso seja legitimo!

Mais ainda: declaram-se estas aguas fóra do commercio, mas affirma-se que as camaras podem alienal-as nos termos das leis que regulam a venda dos bens patrimoniaes, sem reparar que as cousas que estão fóra do commercio não podem por fórma alguma ser alienadas!

Em minha opinião, pois, os sobejos das fontes publicas não estão fóra do commercio. Desde que as aguas, abandonando o reservatorio onde podiam ser aprehendidas para os usos domesticos, se tornaram incapazes de servir para esses usos, perderam a sua anterior natureza, transformando-se em *bens patrimoniaes*⁵⁶, ou em *bens particulares*, conforme correm sobre predios d'aquella ou d'esta natureza, porque, como accessorios do terreno em que estão, seguem a natureza do principal.

⁵⁶ Isto mesmo se deduz, por analogia, da lei de 6 de junho de 1864, (art. 14.º) e dec. de 31 de dezembro do mesmo anno, em que se declara que as estradas e ruas municipaes são do domínio publico, transformando-se em propriedades municipaes logo que deixem de ter o primitivo destino.

Consideraremos separadamente cada uma d'estas hypotheses.

63. — No primeiro caso, isto é: quando os sobejos correm sobre bens patrimoniaes, podem ser alienados, como seus accessorios, pela fórma especial determinada nas leis de desamortisação, constituindo-se assim sobre aquellas cousas uma verdadeira servidão, que tem os mesmos sobejos por objecto.

Mas a prescripção não pode ser invocada para fundamentar a aquisição d'um tal direito, posteriormente á promulgação do Codigo Civil, porque, quanto esta especie de bens seja prescriptivel, não o são as aguas que n'elles brotam, por força do art. 444.º § un., com referencia ao art. 439.º do mesmo Codigo; doutrina que é tambem verdadeira quando as aguas correm sobre predio particular.

Hoje, portanto, não póde adquirir-se por prescripção o direito a usar privativamente dos sobejos das fontes publicas; e de nada valem, tambem, as concessões n'este sentido feitas pelas corporações administrativas, desde que se não tenham observado as formalidades especiaes que a lei prescreve para a venda dos seus bens patrimoniaes⁵⁷.

⁵⁷ Conf. *Rev. de Leg. e de Jurispr.*, anno xv, pag. 435.

Mas com relação ao uso d'esses sobejos desde tempos anteriores á vigencia do Codigo Civil deverá admittir-se a mesma doutrina?

O artigo 438.º resalvou os direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação, por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença e prescrição; mas esta somente será attendida quando reuna todos os requisitos exigidos no § un. do mesmo artigo.

Resta, portanto, averiguar se os sobejos podiam ou não ser particularmente apropriados no dominio da legislação previgente, pois só em taes condições o artigo 438.º pode ter applicação.

Os praxistas não concordam a este respeito. AROUCA sustentou que a ninguem era licito extrahir aguas da fonte publica para o seu predio sem a Regia Faculdade; mas LOBÃO pronunciou se em sentido contrario, affirmando o direito de preocupação sobre as aguas sobejas.

« Eu não acho differença, escreve elle, entre as aguas de uma fonte publica e que, quando vagas, podem, as que decorrerem superflua-mente, utilizar os predios visinhos, e entre as aguas de um rio publico: se estas admittem preocupação, quando não resulta algum dos prejuizos publicos e particulares dinumerados nos §§ 38 e seg.º, similhantemente os sobejos e transbordantes da fonte publica, já desnecessarios para os usos publicos; e que não vão formar a diverso sitio outra fonte publica. E assim

como n'este Reino não é necessaria Faculdade Regia para extrahir as aguas do rio publico... similhantemente não é necessaria para qualquer se utilizar para o predio visinho da agua transbordante da fonte publica; principalmente tendo do uso d'ella uma posse immemorial⁵⁸.

Esta opinião prevaleceu, e por isso ainda hoje devem respeitar-se os direitos adquiridos ao tempo da publicação do Cod. Civ., sobre os sobejos das fontes publicas, e que possam legitimar a prescrição com algum dos titulos especificados no § un. do art. 438.º do mesmo Codigo⁵⁹.

Mas convem desde já advertir que estes direitos adquiridos não impedem que as corporações administrativas modifiquem o estado da fonte, ou a mudem para outro lugar, independentemente da vontade do proprietario⁶⁰, que assim deixará de usar dos sobejos, porquanto as duas cousas são de natureza differente, e conservam-se, quanto ao direito, inteiramente independentes. Os sobejos não são a agua da fonte, e só

⁵⁸ LOBÃO, *Aguas*, § 55.

⁵⁹ Veja o *Direito*, anno v, pag. 247.

⁶⁰ O S. T. A. (*Resol* 3-v-82, no *Direito*, xv, pag. 375, e na *Rev. dos Trib.*, 1.º pag. 191) decidiu que as camaras não era permitido mudar parte das aguas de uma fonte publica para outra fonte, afim de beneficiar uma povoação differente, por isso mesmo que d'ahi resultava prejuizo para os individuos que da primeira se aproveitavam. Esta doutrina é, a meu ver, inaceitavel, porque são precisamente aquellas corporações, dentro das suas attribuições, os unicos juizes dos prejuizos e beneficios publicos.

aqueles foram prescriptos; desde que taes sobejas não haja, o direito cessa naturalmente, como cessaria se a fonte mesmo, sendo particular, seccasse, ou fosse modificada por modo tal que o exercicio da servidão não podesse ter logar. O mesmo acontece nas servidões estabelecidas sobre as aguas remanescentes de qualquer nascente particular, em que a existencia do encargo não obsta a que o dono da nascente use das aguas livremente, em vantagem do seu predio, consumindo-as todas, modificando a cultura, ou deixando mesmo de o regar ⁶¹.

64. — Se a fonte, em vez de nascer em terreno publico ou commum, está n'um predio particular, as aguas sobejas, sabindo do reservatorio, tornam-se desde logo particulares, como pertença que são do mesmo predio. Ellas deixam de ser, d'esde esse momento, destinadas ao uso publico, pela impossibilidade de se lhes dar uma tal applicação, e por isso perderam, com a mudança de destino, sua primitiva natureza.

As pretensões que as corporações administrativas se arrogam sobre o regulamento d'estas aguas, são, porisso, de todo o ponto injustificaveis. E tanto mais quanto é certo que, em grande parte dos casos, as fontes nas condições apontadas foram primitivamente

⁶¹ Em sentido contrario: *O Direito*, anno v, pag. 247.

particulares, tornando-se publicas pela prescrição. Ora é bem de ver que assentando esta sobre os actos de posse praticados pelos habitantes da circumscrição administrativa, ou por quaesquer cidadãos indistinctamente, não podia conferir-lhes faculdades superiores ás que por elles foram até então exercidas.

E quaes eram essas faculdades?

O aproveitamento das aguas sobejas?

De certo não; elles simplesmente se aproveitavam das aguas precisas para os seus usos domesticos. Logo não pode o dono do terreno ser juridicamente privado das aguas sobejas da mesma fonte pelo simples facto d'esta se tornar publica. Admittir o contrario seria reconhecer a prescrição de direitos em favor de quem jamais os tinha possuido, o que é manifestamente absurdo. *Tantum praescriptum quantum possessum*.

E d'aqui resulta tambem que, n'este caso particular, não podem as entidades administrativas mudar a fonte para outro logar sem previamente indemnisarem o legitimo dono dos sobejos dos prejuizos que d'aquella mudança possam advir-lhe; nem tão pouco dar ás aguas uma applicação differente da que desde tempos immemoriaes lhes tenha sido dada, pela razão de que os principios que regulam a prescrição das servidões são igualmente applicaveis ao modo d'essas servidões (Cod. Civ. art. 2280.º § 1.º).

Assim é que se eu tenho direito, adquirido pela

prescrição, a usar das aguas d'uma fonte particular para as minhas necessidades domesticas, não posso fazer d'ellas outro uso, como regar plantas, etc.⁶², porque um direito não comporta necessariamente o outro. Ora se isto succede quando é adquirente um particular, porque não hade ser tambem assim quando o é uma collectividade?

Accaso terá esta mais regalias, sob aquelle ponto de vista, do que têm os particulares?

Claro é que não

A propriedade, serviente, portanto, no caso em que a fonte se tornasse publica por prescrição, somente é limitada pelo direito que ao publico pertence de se utilizar das aguas precisas para os seus usos domesticos⁶³. Tudo o que fór além d'isto é uma verdadeira expropriação, que em si encerra a obrigação correlativa de compensar os prejuizos causados.

65. — Outra é, porem, a solução quando a fonte tenha sido adquirida por convenção, ou por *expropriação*.

No primeiro caso os direitos da collectividade serão determinados pelo titulo da aquisição. O proprietario

⁶² Acc. Rel. Porto de 13-VI-1873 (na Rev. de Leg. e de Jur., anno VII, pag. 239).

⁶³ Acc. Rel. do Porto, de 25 de novembro de 1881 (na Rev. de Leg. e de Jur., anno XII, pag. 29), especialmente a 4.ª tenção. Contra: Rev. de Leg. e de Jur., anno XV, pag. 200.

alienou *uma parte* dos seus direitos, e só d'essa parte fica impedido. Se fez expressa reserva dos sobejos da fonte, hão de ser-lhe garantidos, e d'elles, como de qualquer outro direito, só pode ser privado mediante previa indemnisação.

E não tem cabimento n'esta hypothese a observação, que acima deixamos feita, relativamente á nullidade da alienação, ou da concessão, d'estas aguas, feita pelas corporações administrativas sem a estrepulosa observancia das leis de desamortisação, porquanto aqui não ha realmente concessão alguma em favor do proprietario: este aproveita-se dos sobejos porque n'esta qualidade lhe pertencem, e não por favor da Administração. Com effeito, nos termos do artigo 444.º do Cod. Civ., o proprietario é senhor de todas as aguas que no seu predio brotam; ora para a construção da fonte publica elle alienou somente *uma parte* d'essas aguas, aquellas que fossem necessarias ao uso publico; logo todas as que sobejarem d'esse uso continuarão a pertencer-lhe, independentemente de qualquer concessão das entidades administrativas, visto que estas não poderiam dispor d'aquillo que nunca lhes pertenceu.

Quando, porem, a constituição da fonte tenha sido precedida de *expropriação*, não tem o proprietario direito a ser indemnizado se porventura a Administração mudar a fonte, ou transformar a sua primitiva applica-

ção — fazendo d'ella, por exemplo, um lavadouro publico — porque a expropriação abrange não só as aguas todas, mas até o terreno em que nascem⁶⁴. Pertence-lhe o uso dos sobejos; enquanto as entidades administrativas se não aproveitarem d'elles, ou os não alienarem por forma legal, pois que, fóra d'este caso, não poderia outra pessoa aproveitá-los, por lhe não ser permitido requerer a adjudicação de aqueducto sobre o predio em que os sobejos correm, em vista de não ter direito ás mesmas aguas (Cod. Civ., art. 456.^o)⁶⁵.

66. — Do estudo que deixamos feito sobre esta importante materia resultam, pois, as seguintes conclusões:

⁶⁴ *Resol. do Min. do Reino*, de 3-VIII-75 (no *Direito*, anno VIII, pag. 343). « A expropriação só pode ser autorisada quando versa sobre alguma propriedade rustica ou urbana, em todo ou em parte, não é, porem, admissivel quando se tracte de algum direito incorporeo, como por exemplo uma servidão, porque não ha na Lei de 23 de julho de 1850 disposição que auctorise similhantes expropriações, e sem disposição explicita da lei seriam ellas actos arbitrarios » *Cod. Admin. Annot.* (1865) pag. 49. Conf. *Manculão*, *Aponl. Jurid.* §. 108, pag. 274.

⁶⁵ Ha um caso particularissimo em que os sobejos das fontes não pertencem, tambem, ao predio em que as mesmas estão; e quando as aguas caem da fonte directamente sobre o predio vizinho. N'esta hypothese a regra por nos enunciada tem ainda applicação: estes sobejos pertencerão ao dono do predio em que correm como seus accessorios. Mas não lhe será licito reclamar indemnisação quando d'elles seja privado, pela razão de que elle não tinha o direito, mas a obrigação de os receber (Cod. Civ., art. 2252.^o) e portanto somente deveria ser indemnizado quando da recepção das aguas lhe adviesse prejuizo, se ellas não brotassem espontaneamente do solo, (cit. *Cod.*, art. 456).

1) Ninguém pode aproveitar-se, para usos agricolas ou industriaes, das aguas *superfluas* das fontes destinadas ao uso publico, nem mesmo com auctorisação das entidades administrativas que têm por missão regular o seu uso; e por consequência:

2) *Sobre as fontes publicas não podem hoje estabelecer-se servidões*; mas devem ser mantidas as constituidas, anteriormente ao Código, por concessão regia;

3) As aguas *sobejas* tornam-se accessorio dos predios em que correm abandonadas, adquirindo a mesma natureza d'estes; e portanto:

a) Se correm sobre bens do *dominio publico* podem ser livremente apreveditadas por qualquer pessoa, como se fossem de *enxuros*;

b) Se correm sobre bens *patrimoniaes* do Estado ou das corporações publicas, podem ser usadas, ou alienadas, nos mesmos termos em que estes bens o podem ser;

c) Se correm sobre *bens particulares*, pertencem exclusivamente aos donos d'estes mesmos bens.

4) Sempre que os interesses geraes o reclamem, tem a Administração direito de privar dos sobejos, pela

mudança da fonte, ou pela transformação de seu destino, os que d'elles se utilisam, sem obrigação de os indemnisar, excepto:

α) Quando a fonte foi adquirida por prescrição; porque em tal caso pertencem os sobejos ao dono do predio onde ella brota, se outrem os não tiver legitimamente adquirido nos termos do art. 438.º do Cod. Civil;

β) Quando a fonte foi adquirida por convenção, se o proprietario se tiver reservado direito a elles;

γ) Quando a Administração os tenha legalmente alienado, nos casos, e pela forma que lhe é permitido fazel-o.

67. — Não pode a servidão, alem d'isto, constituir-se sobre um predio proprio; dil-o expressamente o art. 2267.º do Cod. Civil Portuguez, e deriva tambem da circumstancia de ser a servidão um direito real.

Com effeito toda a fracção ou desmembramento importa uma divisão, phisica ou ideal, da propria coisa, e por isso a servidão, como fracção da propriedade, é incompativel com a integridade d'este mesmo direito. Não pode conceber-se que um individuo, que tem, como proprietario, a plenitude dos direitos sobre a

coisa, possa ainda gosar sobre ella mais um direito, o de servidão.

«Le utilità cui questi (o proprietario) ritragga da un fondo suo a profitto di un altro parimenti suo, ~~escreve~~ BIANCHI, rientrano nella pienezza e libertà di uso inerente al diritto di dominio; costituiscono un diritto confuso con quello di proprietà, non da questa distinto» 66.

Esta doutrina foi já reconhecida pelos Romanos 67; d'isso dão testemunho os aforismos, n'outro logar ci-

66 BIANCHI, *Obr. cit.*, pag. 187. CONF. ELVERS, *Die rom. Servitutentheorie*, § 14, pag. 125; MOLITOR, *obr. cit.*, n.º 11; WINDSCHIED, *obr. cit.*, tom. I, § 200, n.º 4; PARDESSUS, *obr. cit.*, n.º 16; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XI, n.º 693; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 247, n.º 2, b; LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, n.º 142; MAZZONI, *Serv.*, tom. II, n.º 1; RICCI, *obr. cit.*, tom. II, n.º 284; DE FILIPPIS, *obr. cit.*, tom. III, n.º 226. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, (MASSÉ e VERGÉ) tom. II, § 332, IV; GERMANO, *obr. cit.*, tom. I, pag. 142.

67 Encontram-se, todavia, no *Digesto* duas leis, cuja interpretação tem dado logar a duvidas, procurando alguns auctores sustentar, baseando-se n'ellas, que o Direito Romano permitia, em alguns casos, que sobre a coisa propria se constituissem servidões.

Essas leis dizem o seguinte:

A primeira.

«Nemo enim propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is, qui cedit, et is, cui cedatur, in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit.» (L. 39, D. De serv. praed. urb.)

E a segunda:

«Per plurimum praedia aquam ducis, quoquo modo imposita servitute, nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuius, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere. pacto enim, vel stipulatione intervenientibus, et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium

tades de PAULO⁶⁸ e de AFRICANO⁶⁹: *Nulli res sua servit, e Nullum praedium ipsum sibi servire potest.*

Quaesquer que sejam pois os serviços prestados por um predio a outro do mesmo dono, a servidão não existe, e pode o proprietario fazer desaparecer, sempre que queira, a relação que entre si os liga, creal-a de novo, para depois a tornar a supprimir,

ipsum sibi servire, neque servitus fructus constitui potest.
(L. 33 § 1, D. de servit. praed. rust.).

Ora n'estas passagens se bem entendermos as hypothèses ahí reguladas, reconheceremos que realmente não ha offensa ao principio por nós enunciado.

Na verdade a lei primeiro citada prevê o caso em que duas pessoas se obrigam reciprocamente a não levantar mais as suas casas. Evidentemente aqui não ha apenas uma servidão, mas duas; e cada predio é ao mesmo tempo dominante e serviente em relação ao outro, pertencente a dono differente. O facto de serem constituídas no mesmo acto não lhes modifica a natureza propria. E assim é que se um dos proprietarios renunciar ao direito que sobre o predio do outro tem acaba uma das servidões, mas a outra subsiste porque é independente da primeira.

Com relação a segunda lei, admittindo mesmo que o direito concedido ao dono do predio atravessado pelo aqueducto, de heber da agua que por elle passa, é de servidão, reconhecer-se-ha facilmente que tambem ahí ha duas servidões: a de *aqueducto*, em que o predio atravessado é serviente, e dominante aquelle que recebe as aguas, e a de *aguas haustus*, em que é serviente o predio onde as aguas nascem, e dominante aquelle por onde passa o aqueducto. Este ultimo predio, portanto, é serviente com relação a primeira servidão e dominante com relação a segunda. De modo que, se o predio para onde vão as aguas na servidão de aqueducto, deixar de as aproveitar durante o tempo preciso para que se dé a prescripção, não se extinguirá com a servidão de aqueducto, a servidão *aguas haustus*, d'ella inteiramente independente.

⁶⁸ L. 26 D. De servit. praed. urb.

⁶⁹ L. 33, § 1.º D. De serv. praed. rust.

porque em todos esses actos exerce apenas o seu direito de propriedade.

Mas essas relações, estabelecidas entre os dois predios, embora sejam meramente de facto enquanto permanecem no patrimonio da mesma pessoa, podem todavia transformar-se em relações juridicas, constituindo verdadeiras servidões, quando os dois predios vierem a separar-se em relação ao dominio.

Esta transformação, porem, somente pode operar-se pela vontade, manifesta ou presumida, dos proprietarios dos dois predios.

68. — Entre os casos em que essa vontade se manifesta expressamente podemos citar aquelle de que nos falla ULPIANO⁷⁰:

«Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur; vel contrà, ut traditae retentis aedibus serviant... Idem erit et in praediis rusticis. Nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere, tradendo.»

A servidão resulta, n'esta ultima hypothese, da vontade expressa do vendedor, que podia alienar na sua integridade o direito que sobre os dois predios

⁷⁰ L. 6. D. Communia praediorum.

lhe pertencia, ou somente parte d'elle. E, comquanto pareça que a vontade do comprador intervem também na sua constituição, essa intervenção não existe realmente.

Na verdade se a servidão fica constituída sobre o predio alienado, é porque o vendedor somente transferiu para o comprador uma parte da propriedade, e não todos os direitos que sobre aquelle predio lhe pertenciam. O verdadeiro objecto do contracto foi, portanto, não a totalidade dos elementos da coisa vendida, mas somente aquelles que o vendedor se não reservou ao constituir a servidão. Ora a vontade do comprador apenas se manifestou, e era essencial, sobre o *objecto* do contracto, e por isso bem pode dizer-se que, rigorosamente, a servidão foi n'este caso constituída pela simples vontade do vendedor.

O mesmo não succede já no caso em que a servidão recáia sobre o predio que continúa em poder do vendedor. Aqui, como é bem de ver, o *objecto* do contracto abrange não só o predio dominante, mas ainda aquelle particular uso do predio serviente, que fórma o conteúdo da servidão. Por consequencia se a vontade dos pactuantes ha de recahir sobre *todo* o objecto do contracto, claro é que, n'esta hypothese, abrange também a servidão.

69. — Esta doutrina é egualmente applicavel

quando o proprietario vende, a pessoas diferentes, os dois predios, pois também n'este caso a servidão apparece logo que uma das cousas passou para o comprador; e a venda do outro predio não pode já altera-la; embora os dois contractos sejam feitos no mesmo acto.

No entretanto a opinião contraria encontrou guarida na obra do illustre MAZZONI, que a tal respeito se exprime assim:

« Se, porem, o proprietario aliena ambos os predios a pessoas diversas não poderá no acto da alienação impôr sobre um d'elles qualquer servidão em favor do outro: pois que a servidão só poderia começar a existir no momento em que a propriedade passa para os dois adquirentes, isto é, precisamente n'um momento em que o alienante não pode impôr a servidão sobre um, em favor do outro, porque os dois predios lhe não pertencem já » ⁷¹.

⁷¹ MAZZONI, *Cod. Civ. Italiano Commentato*, tom. III, n.º 7. Em favor d'esta opinião costuma invocar-se a auctoridade do direito romano, citando uma passagem de ULPIANO, da citada L. 6. D. *Communia praediorum*, que diz assim.

Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque adquirere alienis dedibus servitutem, neque imponere potest.

Mas uma tal interpretação é justamente combatida por GERMANO (*obr. cit.*, pag. 144). Com effeito o texto não diz que a venda seja feita a duas pessoas diferentes, e nada auctorisa, portanto, a suppôr que ULPIANO não quizesse referir-se apenas ao caso em que ambas as casas fossem adquiridas pela mesma pessoa.

Assum interpretado o texto enunciará uma verdade. E a palavra *simul* parece auctorisar esta opinião, porque dois predios se

Mas esta doutrina é manifestamente falsa.

É certo que a servidão somente começa a existir quando os dois predios se separam emquanto ao domínio, e portanto quando o proprietario primitivo não tem já sobre elles direito algum; mas isso não obsta a que ella realmente appareça, no caso sujeito, por vontade do vendedor e do proprietario dominante.

Na verdade a constituição da servidão por esta fórma importa uma dupla alienação:

a) do predio dominante, e do uso do predio serviente que forma o objecto da servidão;

b) do predio serviente, diminuido d'aquelle mesmo uso.

Portanto a vontade do comprador d'este ultimo predio não intervem, como dissemos, na constituição da servidão, porque o objecto d'esta não entra no conteúdo do seu contracto, que é restricto aos restantes usos do predio.

Alem de que uma tal hypothese difficilmente ap-

podem ser transferidos conjunctamente, quando o sejam para a mesma pessoa.

Qualquer que fosse, porem, o sentir de ULMANO, á face do nosso Cod. Civil, e no campo da sciencia, só é verdadeira a opinião que acima enuthimos: de que a servidão pode, n'este caso, ser legitimamente constituida.

parecerá na pratica, pois, embora feitas n'um mesmo acto, as vendas são, em regra, successivas, tccaindo assim na hypothese por nós considerada no numero anterior.

70. — Casos ha, porem, como dissemos, em que não tendo o proprietario dos dois predios, que simultaneamente passam para donos differentes, manifestado *expressamente* a vontade de os ligar *jtre servidões*, a lei estabelece essa presumpção, transformando em verdadeiras *servidões* as relações puramente materiaes que entre os mesmos predios existiam:

O art. 2274.º do nosso Cod. Civil reconhece esta ordem de servidões, constituidas, segundo a phrase consagrada, *por destinação do pae de familia*. Eis as suas proprias palavras :

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

Não é aqui logar appropriado para fazer a exegese

d'este artigo, e a critica da sua doutrina, que será desenvolvida quando tractarmos dos diversos modos por que se constituem as servidões. Por agora basta assinalar que a servidão só apparece quando os dois predios deixam de pertencer ao mesmo dono ⁷², e que, portanto, esta especie de servidões não faz excepção ao principio acima enunciado: *nulli res sua servit* ⁷³.

71. — Mas, se a servidão não pode ser constituida sobre cousa propria, parece não dever admitir-se a sua existencia quando o dono de um dos predios seja condomino (*pro indiviso*) do outro. E realmente assim o têm alguns entendido, dizendo que uma tal servidão seria contraria não só á regra que deixamos enunciada, mas até ao principio da indivisibilidade das servidões, de que em seguida nos occuparemos.

Com effeito, argumentam, o predio commun, ainda

⁷² Em sentido contrario, o sr. A. DE SEABRA, no jornal *O Di-reito*, anno xvii, pag. 145, e anno xviii, pag. 241 e 386.

⁷³ Tanto a doutrina franceza como a italiana concordam em que o fundamento d'este preceito é o presumido consentimento tacito dos proprietarios successivos na constituição da servidão. Mas recentemente um illustre magistrado italiano, TARTUFARI, combate esta geral opinião, sustentando que a transformação do serviço material que um predio prestava a outro em verdadeira servidão se opera por força da propria lei, que assim legitima as relações juridicas que necessariamente teriam de estabelecer-se entre os proprietarios dos diversos predios nas condições apontadas. É sempre a destinação do pae de familia que continua a sua acção, mudando apenas o seu conceito juridico (*De gli effetti del possesso*, tomo 1, pag. 191-197).

que materialmente indiviso, pode idealmente dividir-se, pertencendo uma das suas partes ao dono do predio serviente; e como a servidão é indivisivel, podendo cada proprietario dominante usar d'ella inteiramente, teriamos assim uma servidão entre predios do mesmo dono, o que é inadmissivel.

E nem mesmo pode dizer-se que a servidão somente existe em relação aos condominos de um dos predios que não são proprietarios do outro, porque seria isso affirmar a *divisibilidade* da servidão, contra o preceito expresso da lei, e os ensinamento da sciencia.

Portanto: ou se ha de admitir que a servidão é divisivel; ou que se podem constituir servidões entre predios do mesmo dono; ou que no caso de compropriedade a servidão não pode existir. Ora as duas primeiras affirmações são inadmissiveis por contrarias á propria natureza da instituição; logo somos forçados a concluir que não podem existir servidões entre predios nas condições apontadas ⁷⁴.

A maioria dos escriptores, porem, pronuncia-se em sentido contrario ⁷⁵, com sobejas razões, segundo cremos.

⁷⁴ N'este sentido PACIFICI-MAZZONI, *Servitù*, tom. II, not. 7.

⁷⁵ PARDESSUS, *obr. cit.*, n.º 17; SOLON, *obr. cit.*, n.º 6; DEMOLOMME, *obr. cit.*, tom. XII, n.º 696; AUBRY e RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 247, not. 10; BIANCHI, *obr. cit.*, n.º 67; GERMANO, *obr. cit.*, n.º 104; DELVINCOURT, *Cod. Civ.*, not. ao art. 686.º; ZACHARIAE, *obr. cit.*, tom. II, pag. 194.

72. — A existência de servidão entre dois prédios um dos quaes pertence, em propriedade ao consocio do outro não offende o principio *nulli res sua servit*, que não tem aqui applicação. Na propriedade commum a individualidade do comproprietario desapparece na sombra da sociedade constituida por todos elles (Cod. Civ., art. 2179.º, 2117.º, etc.), é, pois, esta entidade somente, e não cada um dos membrós que a compõem, que tem de ser tomada em attenção nas relações entre os dois prédios. Ora é bem de ver que, sendo assim, a servidão póde legitimamente constituir-se sem offensa da regra que prohibe as servidões sobre coisa propria ⁷⁶.

Demais as razões que fundamentam e justificam este principio são inteiramente inapplicaveis no caso em que um dos prédios seja commum. Como acima dissemos ⁷⁷, não pode conceber-se servidão entre prédios do mesmo dono pela razão de que no direito de propriedade se comprehende a faculdade de applicar em beneficio de um d'elles todos os serviços que o outro possa prestar-lhe, não havendo assim lugar a um novo titulo para justificar este direito. Ora na comproprie-

⁷⁶ No direito romano, segundo affirmar GERMANO (obr. cit., n.º 104) era também accettata esta doutrina, mas outros escriptores se pronunciam em sentido contrario (DONELLI, *Comm.*, Lib. XI, Cap. IX, n.º 27, MOLITOR, *Les servitudes en droit romain*, n.º 11; STURZENEGGER, *Das Wesen der Particularien*, etc., tom. II, § 38, pag. 215).

⁷⁷ *Supra*, n.º 67.

dade não se dá o mesmo, porque o condomino apenas pode exercer, conjunctamente com os outros seus consortes, os direitos que pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que tem na propriedade commum (Cod. Civ., art. 2176.º), e entre esses direitos não se comprehende o de usar de outro predio em beneficio do predio commum, a não ser que sobre elle esteja constituida servidão, porque não pertence igual direito aos restantes comproprietarios. Ora se não podiam ser exercidos *jure proprietatis* os direitos que constituem a servidão, é evidente que esta tem realmente razão de existir.

Ficamos, por esta forma, reduzidos a averiguar somente se a indivisibilidade é um dos caracteres essenciaes da servidão, e, em caso affirmativo, se esse caracter torna a propriedade commum insusceptivel do vinculo *servitutis* ⁷⁸.

Isso passaremos desde já a fazer.

73. — A indivisibilidade das servidões é um dos pontos em que mais profundas divergencias se manifestam entre os escriptores: discordancias emquanto á noção de indivisibilidade e discordancias emquanto á sua applicação em materia de servidões.

Necessario se torna, por isso, precisar o conceito

⁷⁸ Conf. *infra*, n.º 86.

juridico d'aquella expressão, antes de averiguar se a natureza da servidão reclama um tal requisito.

74. — Dividir é separar em partes; mas juridicamente só é divisível o que pode ser decomposto em partes da mesma natureza do todo, menores somente em quantidade. D'aqui resulta que a divisibilidade, no campo do direito, só é possível quando se realizem simultaneamente as seguintes condições :

a) que as partes resultantes da divisão constituam entidades distintas, da mesma natureza do todo, subsistindo por si mesmas;

b) que cada uma d'estas partes tenha uma extensão menor do que tinha a coisa dividida ⁷⁹.

Esta separação em partes, no entretanto, nem sempre pode operar-se *materialmente*; a divisão pode existir *idealmente*, sem que tenha realisação concreta ⁸⁰.

⁷⁹ BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 206.

⁸⁰ Ha duas especies de divisões *civis*, escreve POTHIER, uma que se faz de partes reaes e divididas, a outra que se faz em partes intellectuales e indivisas. Quando se divide uma geira de terra em duas partes, pondo um marco no meio, é uma divisão da primeira especie: as partes da geira que são separadas uma da outra pelos marcos, são partes reaes e divididas. Quando um homem, que era proprietário d'aquella geira, morre, e deixa dois herdeiros, ficando

É o que acontece na compropriedade, em que cada um dos socios, tendo aliás sobre a coisa um direito proprio, não pode todavia dispor de uma parte certa e determinada da mesma coisa (Cod. Civ., art. 2477.º), o que mostra que não ha parcella alguma, por mais pequena que seja, sobre a qual um dos condôminos exerça direitos exclusivos, pois sobre cada uma d'essas parcellas minimas tem cada socio o seu direito de propriedade ⁸¹. E esta distincção é indispensavel por que cousas ha que não podem soffrer a primeira divisão, e que são, todavia, intellectualmente divisíveis. POTHIER cita como exemplos um cavallo e um jarro de prata ⁸².

A noção de *indivisibilidade*, portanto, importa a impossibilidade de dividir a coisa, material ou intellectualmente ⁸³, em partes da mesma natureza do todo.

Estará a servidão n'estas condições?

Eis o que nos cumpre averiguar.

proprietarios cada um de metade indivisa, eis uma divisão da segunda especie: as partes que resultam d'esta divisão, e que pertencem a cada um dos herdeiros, são partes indivisas, que não são reaes, nem subsistem senão *in jure et intellectu*. (Tr. das Obrig., § 289.)

⁸¹ Conf. DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. XXVI, n.º 544, AUBRY et RAU, *obr. cit.*, tom. II, § 167, e tom. IV, § 301; LAURENT, *obr. cit.*, tom. XVII, pag. 366; BOSSARI, *Comm. Cod. Civ.*, tom. II, n.º 148, MAZZONI, *Cod. Civ.*, tom. III, n.º 148, VITA-LEVI, *Della Comunione*, n.º 3-6, BIANCHI, *obr. e loc. cit.*

⁸² POTHIER, *obr. e log. cit.*

⁸³ As cousas indivisíveis, diz POTHIER, são aquellas que não são susceptíveis de partes reaes, nem de partes intellectuales, taes são a maior parte dos direitos de servidão predial, *quae pro parte acquiri non potest*. (*Obv. e log. cit.*)

75. — Na servidão, como em todas as relações jurídicas, podemos e devemos distinguir dois termos: o elemento subjectivo ou a *faculdade*, e o elemento objectivo, ou seja a coisa sobre a qual a mesma faculdade se exerce. O primeiro d'estes elementos, qualquer que seja a natureza da relação jurídica, não pode evidentemente dividir-se: a *faculdade*, o *poder*, a que falte uma qualquer parte, deixa de ser poder ⁸⁴.

* A divisão, escreve BIANCHI, suppõe que as partes têm uma extensão, um quantitativo inferior ao do todo originário; e um tal conceito é absolutamente inapplicavel ao direito, tomado isoladamente do seu objecto; pois em verdade um direito, como tal, não é mais do que uma faculdade de acção, e não pode conceber-se que a uma pessoa pertença um terço, ou um quinto de faculdade ⁸⁵.

Ao disentir-se, portanto, a divisibilidade ou indivisibilidade da servidão, claro é que a questão fica, sob este ponto de vista, restricta á divisibilidade ou indivisibilidade do seu particular objecto. Não ha direitos divisíveis, diz um escriptor, o que ha é direitos com objecto divisível ⁸⁶.

⁸⁴ Conf. *supra*, n.º 2.

⁸⁵ BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 217.

⁸⁶ BIANCHI, *obr. e loc. cit.*

76. — Para os que reconhecem como unico objecto da servidão o uso do predio serviente, excluindo assim do seu conteúdo os productos da coisa ⁸⁷, a indivisibilidade d'aquella apparece como immediata consequencia da indivisibilidade do mesmo uso. Ora que este é indivisivel não pode daviadar-se porque o uso constitue um *facto*, e os factos não podem dividir-se: ou se realisam plenamente, ou não existirão ⁸⁸.

⁸⁷ GERMANO sustenta que, em direito racional, é inadmissivel a constituição de servidões sobre os fructos ou productos da coisa, porque estes, enquanto ligados ao solo, não podem prestar utilidades ao predio dominante, e depois de separados constituem coisas moveis, e como taes são, por sua propria natureza, insusceptíveis de relações de servidão. E opina, em conclusão, que, em vez de servidões, devem antes taes relações considerar-se como verdadeiros contractos de compra e venda dos productos do chamado predio serviente, embora sujeitos á condicção de serem applicados em serviço, ou proveito, d'um predio determinado. (*Obr. cit.*, tom. I, pag. 197-201)

Affigura-se-nos esta doutrina inaceitavel. Como fica dicto, a essencia da servidão está na transmissão de uma qualquer utilidade de um para outro predio, pertencentes a diversos donos. Ora é manifesto que essa transmissão se opéra realmente nas servidões que se traduzem, em relação ao predio dominante, no direito de extrahir do serviente certos fructos ou productos (*aquae haustus, cretae ezamendae*, etc.) E não podem considerar-se simples vendas d'esses productos, porque a circumstancia particular da *inherencia* do direito e do encargo aos dois predios, por esta relação vinculados, mostra que bem outra é a sua natureza.

Mas como a questão é de somenos importancia, tendo um caracter meramente especulativo, pois o proprio GERMANO concorda em que no campo do direito positivo taes relações não podem deixar de considerar-se servidões; e como, por outro lado, a opinião d'aquelle illustre magistrado, mesmo no campo doutrinal, permanece isolada, pois, que nós saibâmos, só RICCÍ parece tel-a accettato tambem (*obr. cit.*, tom. II, pag. 459), a estas braves linhas nos limitaremos, mais para affirmar a nossa convicção, do que para rebater a opinião contraria.

⁸⁸ L. 19, D. *De usu et habitatione*. Nesta ordem de ideias, es-

Mas a doutrina predominante aceita servidões constituídas sobre os productos da cousa, já reconhecidas no direito romano (*aquae haustus, arenae fodiendae, cretae excavandae*, etc.), e como não pode duvidar-se de que estes productos são susceptíveis de divisão em partes da mesma natureza do todo, mormente sendo em quantidades determinadas, a divisibilidade d'estas servidões é por isso mesmo incontestavel. Mas a par d'estas ha, também, servidões constituídas sobre o uso das cousas, e estas, pela razão dicta, deverão considerar-se indivisíveis.

Isto mostra que uma regra absoluta não pode, de modo algum, dar a solução verdadeira do problema. Podemos, pois, a este respeito formular as seguintes regras:

a) As servidões, fundadas sobre o *usus* são *indivisíveis*.

b) As servidões fundadas sobre o *fructus* podem ser *divisíveis*.

É a rigorosa applicação das palavras de Paulo: *Frui pro parte possumus; uti pro parte non possumus*⁸⁹.

creve BIANCHI: «Se una servitù prediale abbia per suo oggetto un fatto (positivo o negativo), sarà perciò stesso indivisibile, sarà invece divisibile, quando abbia per oggetto una quantità di cose o prodotti da percepire sul fondo servente.» (*Obv. cit.*, pag. 225).

⁸⁹ L. 5 D. De usufructu.

77. Mas ainda mesmo entre os que reconhecem o *fructus* como elemento objectivo da servidão, muitos ha que proclamam a *indivisibilidade* como um dos seus caracteres essenciaes. Para alguns d'estes, porém, o conceito da indivisibilidade é differente do que deixarmos assignalado, e por isso os seus argumentos não têm cabimento n'esta discussão. Ouçamos, por agora, aquelles que, collocados sob o nosso ponto de vista, se affastam das conclusões por nós acceitas.

MAYNS, cingindo-se ás ideias de DONELLO,⁹⁰ pronuncia-se pela indivisibilidade, raciocinando assim:

O objecto da servidão é *soffrer* ou *não fazer* qualquer cousa; ora é evidente que nenhuma d'estas manifestações de submissão pode dividir-se; e portanto a servidão é indivisível.

Alem d'isto, considerada activamente, a servidão implica uma qualquer manifestação do uso da cousa gravada; ora o uso d'uma cousa exclue toda a ideia de divisão, e desde que o seu objecto é indivisível, a servidão deve também assim considerar-se⁹¹.

Esta argumentação, porém, não convence.

⁹⁰ Comment. Lib. xv, Cap. 6, N.º 5 « Quod ad servitutes attinet, usufructus dividi potest, utpote consistens in commodis fruendi; quae percepta dividi possunt. Ceterae servitutes sunt individuae... quia et usus et servitutes omnes praediorum consistunt in usu rei solo et tractatione, ad fructuum autem et emolumentum alicujus perceptionem extra necessitatem utendi non perveniunt. Hic autem usus indivisus est. »

⁹¹ MAYNS, Cours de droit romain, tom. 1.º, § 124 n.º 6.

Em primeiro lugar MAYNS pretende determinar o conteúdo da servidão considerando-a pelo seu lado passivo, adoptando assim um criterio falso, porque as limitações do predio serviente não são mais do que uma consequência dos direitos do proprietario dominante, os quaes, por conseguinte, constituem o verdadeiro conteúdo da servidão.

Mas quando mesmo o seu ponto de vista fosse verdadeiro, elle levaria naturalmente a considerar o usufructo igualmente indivisivel, porque tambem o proprietario n'este caso sómente é obrigado a *soffrer*. E no entanto os proprios romanos consideraram sempre esta instituição como divisivel: *ususfructus dividi potest*, disse DONELLO, e o mesmo MAYNS o reconhece.

Quanto ao segundo argumento, a sua resposta fica dada no que anteriormente escrevemos. Considerar o uso como objecto unico de todas as servidões, é desconhecer a natureza de algumas d'ellas, que têm evidentemente por objecto uma determinada quantidade dos fructos ou productos da coisa.

E isto é tão manifesto que WINDSCHEID, communicando nas ideias do citado romanista, procura vencer a difficuldade com um engenhoso artificio.

« O fundamento da indivisibilidade das servidões, escreve elle, é o mesmo do direito de uso: ellas não podem converter-se em dinheiro, e ellas dão um producto realmente divisivel; e nem

mesmo dão um producto divisivel as que consistem n'uma certa quantidade de fructos do predio serviente, porque estes devem ser applicados para a maior vantagem do predio dominante ⁹².

A ideia lançada pelo illustre escriptor allemão, se não prova inteiramente a indivisibilidade das servidões, encerra, no entretanto, um certo fundo de verdade. Casos ha em que a necessidade de applicar em proveito do predio dominante os fructos que constituem o objecto da servidão torna indivisivel uma coisa por sua propria natureza divisivel.

E assim é que tendo o dono d'um predio direito a tirar da fonte do vizinho uma certa quantidade de agua, que, depois de fazer laborar uma fabrica, vae fertilisar o resto do predio, dividido que seja este por diversos herdeiros, a servidão, que era de sua natureza divisivel, deverá considerar-se n'este caso indivisivel, se a repartição da agua pelas diversas sortes tornasse impossivel a realisação do fim a que a mesma era destinada.

Mas este caso particular não auctorisa de modo algum a estabelecer uma regra geral applicavel a todas as servidões, pois raras vezes taes circumstancias se darão, e, fóra d'ellas, a utilidade do predio dominante

⁹² PAND., § 209, n.º 8. CONF. MOLITOR, *Les obligat. en droit romain*, tom. I, §§ 36 e 37; SAVIGNY, *Le droit des obligat.* (GÉRARDIN), tom. I, § 30, pag. 347.

não impede a divisão da servidão. Assim: se a agua, no exemplo que deixamos apontado, for destinada na sua totalidade á irrigação do predio, dividido este, pode tambem dividir-se a servidão, sem que desapareçam ou diminuam as vantagens recebidas pelo predio dominante, em cada uma das suas parcellas.

Esta divisão das servidões são frequentes vezes realisadas na pratica, quando, por effeito de partilhas, se divide o predio dominante.

78. — A doutrina predominante, porem, sem determinar precisamente os termos do problema, acceita a indivisibilidade da servidão como facto indiscutivel, immitando POTHIER ⁹³, e reproduzindo as suas razões.

« Les droits de servitudes réelles, escreven elle, sont indivisibles, et ne sont pas susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles; car il répugne qu'un héritage ait pour partie sur l'héritage voisin un droit de passage, un droit de vue, ou quelque autre droit de servitude, et il repugne pareillement qu'un héritage en soit chargé pour partie. L'usage d'un droit de servitude peut bien être limité à certains jours, à certaines heures ⁹⁴; mais ce droit, dont l'usage

⁹³ « POTHIER, escreve LAURENT, s'exprime avec un ton de certitude qui semble exclure toute doute, » (*Obr. cit.*, n.º 156, pag. 184)

⁹⁴ *Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum partinet constitutae servitutis* (L. 4, D. § 2.º *De servitutibus*).

est ainsi-limité, est un droit entier de servitude, et non une partie de droit» ⁹⁵.

Como se vê a obrigação é aqui tomada subjectivamente, em relação ao *direito*, considerado em si mesmo, independentemente do seu *objecto*. E sob este ponto de vista a doutrina é verdadeira, como dissemos. Mas isto não é demonstrar a *indivisibilidade da servidão*, porque, como o mesmo POTHIER ensina, «uma obrigação pode dividir-se, e é dividua, quando a coisa devida, que faz a materia e objecto d'ella, é susceptivel de divisão» ⁹⁶. E n'esta mesma confusão cahiram os demais escriptores, que á opinião de POTHIER se acostaram ⁹⁷.

⁹⁵ *Coutume d'Orleans, Introduction au titre des servitudes*, tit. xxi n.º 3. E desenvolve a mesma doutrina no *Traité des oblig.*, n.º 291.

⁹⁶ *Traité des oblig.*, n.º 289. Conf. *supra*, n.º 75.

⁹⁷ Aceitam a *indivisibilidade*, como caracter essencial e geral das servidões, alem dos ja citados PAILLIET, not ao art. 700.º (no *Tratado de LALAURE*), ZACHARIAE, *obr. cit.*, § 247, not. 9; DURANTON, *Cours de droit français*, tom. v, pag. 466 e seg.º; MARCADE, *obr. cit.*, II, 575; DEMOLOMBE, *obr. cit.*, tom. xii, n.º 701; AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 247, n.º 3; MAZZONI, *Serv.*, tom. II, n.º 2, e *Inst.*, tom. III, n.º 167; RICCI, *Dir. Civ.*, tom. II, n.º 277; GIORGI, *Teoria delle oblig.*, tom. I, 230; MELUCCI, *Teoria delle oblig. solidali*, n.º 30 bis, not. (a), pag. 65; GERMANO, *obr. cit.*, pag. 184.

Consideram a *indivisibilidade* como caracter accidental da servidão DUMOULIN, *De dividuo et individuo*, tom. III, 290; LALAURE, *obr. cit.*, LIV. I, Cap. I e Cap. XI, Distinct. 3; PARDESSUS, *Serv.*, n.º 23 e seg.º; SOLON, *Des servit. réelles*, n.º 15, pag. 51 (Paris, 1837); TOULLIER, *obr. cit.*, tom. VII, pag. 783; BIONDA, *La giurispr. delle serv. pred.* (Torino, 1847), pag. 23; BORSARI, *Comm. Cod. Civ.*, tom. II, §§ 1069 e 1256; BELLAVITE, *Note critiche al Cod. Civ. Ital.* (Padova, 1875), pag. 229; BIANCHI, *obr. cit.*, n.º 63.

Apontar esta confusão é, pois, refutar a sua doutrina.

79. — No entretanto é preciso reconhecer que no meio da incerteza que envolve o conceito exacto da indivisibilidade das servidões, apparece uma formula que até agora temos deixado de parte, para maior clareza, mas que precisamos de analysar mais detidamente. LAURENT exprime esse novo aspecto da indivisibilidade nas seguintes palavras:

«Les servitudes (réelles) sont encore indivisibles en ce sens qu'elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elles affectent chaque partie de l'héritage servant» ⁹⁸.

Ora é bem de vêr que, sob este ponto de vista, a indivisibilidade da servidão não respeita propriamente ao seu objecto, e pode este ser divisivel, sem que a servidão perca aquelle character de *indivisibilidade*, que é antes relativo ás condições de inherencia do direito, e do encargo, ao sujeito activo, e passivo, da servidão.

Olhada por este prisma a indivisibilidade, ella é na verdade consequencia necessaria da natureza propria da servidão, que, no dizer dos escriptores, é activa e passivamente, uma *qualidade* dos predios, e portanto

⁹⁸ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VII, pag. 185.

inherente a estes ⁹⁹, no seu todo, e em cada uma das suas partes ¹⁰⁰.

80. — O nosso legislador accitou esta mesma doutrina ao redigir o art. 2269.º do Cod. Civil, nos seguintes termos:

«As servidões são indivisiveis: se o predio serviente for dividido entre varios donos, cada porção ficará sujeita á parte da servidão que lhe cabia; e, se o predio dominante for dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança.»

Respeita a ultima parte do artigo especialmente aos direitos e obrigações dos proprietarios dos predios dominante e serviente, e por isso n'outro logar a estudaremos com mais vagar. No entretanto algumas palavras diremos aqui a seu respeito, começando por fazer notar a incorrecção, bem manifesta, com que foi redigida a segunda parte do artigo, em contradicção com a primeira.

Com effeito o legislador não se limitou a proclamar a indivisibilidade da servidão, deixando ao interprete as illações d'aquelle principio. Segundo na es-

⁹⁹ *Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent.* (Inst. II, tit. III, § 1.º)

¹⁰⁰ DERMOLOMBE, *obr. e log. cit.*, e auctores por elle referidos; BIANCHI, *obr. cit.*, n.º 66, pag. 226.

teira do Código Civil Francez, e supprindo as suas lacunas, fez, na ultima parte do artigo, a sua immediata applicação aos casos em que os predios dominante e serviente sejam divididos entre varios donos, declarando que, no primeiro caso, «cada porção ficará sujeita á parte da servidão que lhe cabia.» Ora é bem de ver que recaindo a servidão, antes de dividido o predio serviente, *por inteiro*, sobre todo elle, e sobre cada uma das suas partes — pois n'isso consiste precisamente a noção legal de indivisibilidade — dizer que, feita a divisão, cada porção do predio fica sujeita á parte da servidão que *lhe cabia*, é exprimir um conceito errado, incompativel com a indivisibilidade da servidão, primeiramente affirmada.

Vejam,os, porem, qual deva ser a influencia da divisão de qualquer dos predios sobre a servidão que entre si os liga.

§1. — Dividido, o predio *dominante*, por varios individuos, a servidão, que era inherente a todo elle, ficará pertencendo tambem, evidentemente, a todos os coproprietarios. — se tal nome pode dar-se-lhes ¹⁰¹. É este o conceito que o Código Civil exprime ao declarar que, em tal caso, cada consorte poderá usar

¹⁰¹ Os escriptores costumam admitir duas especies de copropriedade: *pro diviso*, e *pro indiviso*; mas a primeira especie não pode, rigorosamente, merecer tal nome.

da servidão, sem alteração nem mudança (art. 2262, *in fine*).

Mas a servidão continuará *unica*, sendo gosada em commum pelos diversos consortes; ou, contrariamente, transformar-se-ha, pelo facto da divisão do predio dominante, em tantas servidões distinctas, quantas as suas fracções?

A questão foi já finamente examinada pelos juristas consultos romanos ¹⁰², que se pronunciaram pela segunda opinião; e, á excepção de PANDECTOS ¹⁰³, os modernos escriptores perfilharam aquella doutrina.

A opinião de que a servidão se conserva em *commum* entre todos os consortes é, na verdade, contraria á propria natureza d'esta instituição. A servidão, como accessorio do predio, não pode ter existencia propria, independente d'aquelle. Não pode, por isso, comprehender-se que subsista como coisa commum, quando a compropriedade do *principal* cessou, pela separação do predio em differentes partes, que por si constituem outros tantos predios distinctos. Fica, portanto, cada

¹⁰² «Si divisus est fundus inter socios regionibus, quoad servitutem attinet, quae si fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit» (L. 8, § 1.º D. Quomod. servit. amit.). «Si aedes meae serviant aedibus LUCII TITII et PUBLI MEVII... non una servitus TITIO et MEVIO debebatur, sed duae» (L. 32 pr. D. De servit. praed. urb.).

¹⁰³ «La servitude, dit-on, reste en commun, et que chacun des copropriétaires du fonds, quoique divisé, reste copropriétaire de la servitude...» (Obr. cit., tom. 2, n.º 64).

um dos consortes com uma servidão distincta, em favor do seu quinhão, a qual por sua vez pode consequentemente ser extinta, ou modificada, independentemente de qualquer das outras.

O Código Civil, porém, ao empregar as palavras «*usar da servidão*», no cit. art. 2269.^o, parece levar á opinião contraria, considerando todas as fracções do predio dominante ligadas ao serviente por uma unica servidão. E mais convence d'este proposito o emprego da palavra *consorte*¹⁰⁴, que traz inherente a ideia de *propriedade commun* (cit. Cod. art. 2176.^o); para designar cada um dos novos proprietarios dominantes, dando assim a entender que a antiga servidão permanece unica, no dominio de todos os donos do predio.

Mas o art. 2281.^o mostra por forma indubitavel, que tal não foi o pensamento do legislador, embora a

¹⁰⁴ Esta incorrecção por parte do legislador portuguez devia ter sido evitada, pois não eram desconhecidas as duvidas que o emprego da palavra *copropriétaire*, no art. 700.^o do Cod. Civ. Fr., tinha originado. Na verdade este artigo, depois de estabelecer a regra de que cada porção do predio dominante fica com direito á servidão, faz a sua applicação n'estas palavras:

«Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.»

Ora como as palavras *les copropriétaires* parecem suppor a divisão e o gozo em commun, sustentaram alguns auctores que o art. 700.^o se referia effectivamente á *compropriedade pro indiviso* (DUCAUROUX, BONNIER, e ROUSTAING, cit. por DEMOLOMBE, *obr. cit.*, vol. XII, pág. 361, n.^o 856). Esta opinião não prevaleceu, mas o legislador portuguez não devia empregar n'este artigo uma palavra que podia originar entre nós duvidas analogas ás que em França foram levantadas.

sua linguagem seja incorrecta. Com effeito esse artigo diz o seguinte:

«Se o predio dominante pertencer a varios *indivisamente*, o uso que um d'elles fizer da servidão impedirá a prescripção relativamente aos outros.»

«§ unico. Se, por excepção legal, a servidão não poder prescrever contra algum dos proprietarios dominantes, aproveitará o favor da lei a todos os outros.»

Ora o fundamento d'esta doutrina encontra-se na particular natureza do direito de *compropriedade pro indiviso*, em que a individualidade dos condôminos desaparece para dar logar á *sociedade*¹⁰⁵.

N'estas condições o exercicio da servidão por parte de um dos socios é feito em nome e por conta de todos, e por isso a todos aproveitam as vantagens que do mesmo legalmente resultem. O § un. por seu lado, encontra nas mesmas razões a sua justificação.

Sempre que haja *compropriedade pro indiviso*, surge a necessidade de applicar estes principios, e portanto, se a divisão do predio dominante deixasse subsistir em commun a servidão que lhe era devida, o Código não poderia estabelecer o preceito do cit. art. 2281.^o simplesmente para o caso em que o predio dominante

¹⁰⁵ Conf. *supra*, n.^o 72.

pertence a varios *indivisamente*, como o mesmo artigo se exprime, mas tambem para o caso em que o predio dominante se ache *dividido* por varios.

82. Mas se a divisão do predio dominante em varias porções dá origem a outras tantas servidões distinctas, resta determinar qual seja o objecto e extensão de cada uma d'ellas.

Convem, todavia, advertir desde já que um principio fundamental determina o limite das nossas investigações: os encargos do predio serviente não podem ser augmentados; ou, como diz o nossoCodigo Civil, a servidão deve conservar-se sem alteração nem mudança (cit. art. 2269.).

Difficuldades, porem, apparecem quando se procura determinar o verdadeiro alcance da regra, em alguns casos particulares, como em seguida veremos.

83. A questão precisa de ser considerada sob um duplo aspecto, já em relação ás servidões que têm um objecto *indivisivel*, já com respeito ás que tem objecto *divisivel*.

4) Quando o objecto da servidão é *indivisivel* cada um dos novos proprietarios só poderá, evidentemente, exercel-a na sua totalidade, *in solidum*, como antes da divisão do predio dominante.

Portanto, cada uma das novas servidões, a que a divisão deu origem, tem o *mesmo objecto e a mesma extensão da servidão originaria* ¹⁰⁶. Assim, acontece na servidão de passagem, em que cada um dos novos proprietarios tem os mesmos direitos que lhe pertenciam anteriormente á divisão.

Na verdade, diz um escriptor, desde que o objecto da servidão não pode ser dividido, impossivel seria attribuir a cada um dos porcionarios uma quota *parte* da mesma servidão; portanto ou se ha de adjudical-a na sua integridade, ou não a adjudicar. Esta segunda solução é inadmissivel, porque importava a destruição do direito, como consequencia da divisão do predio; portanto só pode e deve a servidão ser *attribuida* na sua *integridade* a cada uma das porções em que o predio foi dividido ¹⁰⁷.

2) Quando, porem, a servidão tem *objecto divisivel*, será este dividido pelos novos predios dominantes em proporção das suas necessidades.

Pode, todavia, acontecer que a divisão origine maior numero de necessidades nos predios dominantes, por modo que, sommadas as de todos elles, o total exceda as necessidades que a servidão tinha por fim satisfazer anteriormente á divisão.

¹⁰⁶ BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 343.

¹⁰⁷ STEINLECHNER, *obr. cit.*, § 37, pag. 199-200; apud BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 344, not. 9.

Deverá n'este caso exigir-se do predio serviente uma mais consideravel prestação ? ¹⁰⁸

As divergencias dos escriptores são grandes; e nem isso admira desde que não conseguiram chegar a accordo sobre outra questão, que precede aquella na ordem logica: se o exercicio e a extensão da servidão deve ou não considerar-se limitada pelas necessidades do predio dominante, *quae ellas erant ad tempus em que a mesma foi constituida*, ou se, contrariamente, variam com essas necessidades.

Pela affirmativa se pronunciam, entre outros, DEMOLOMBE ¹⁰⁹, MAZZONI ¹¹⁰, AUBRY ET RAU ¹¹¹, e DEMOULIN ¹¹²; mas pugnam pela opinião contraria, LAURENT ¹¹³, BIANCHI ¹¹⁴, BORSARI ¹¹⁵, etc.

¹⁰⁸ Claro é que a questão não tem lugar quando esta prestação consiste n'uma quantidade certa e determinada, mas sómente quando a servidão é delimitada apenas pelas *necessidades do predio dominante*.

¹⁰⁹ « ... La servitude ne dérive que du consentement expresse ou tacite, suivant les cas, du propriétaire du fonds servant; or ce propriétaire n'a évidemment consenti à la servitude que pour le service et l'exploitation du fonds dominant, tel qu'il l'a vu au moment où la servitude a été établie » (*Obr. cit.*, tom. XII, n.º 856)

¹¹⁰ MAZZONI *Serv.*, tom. II, n.º 124.

¹¹¹ AUBRY ET RAU, *obr. cit.*, tom. III, § 253, 5.º

¹¹² « Ad modum et exigentiam loci dominantis, quae erat tempore constitutae servitutis, non autem ut possit notabiliter augeri, multo minus extendi ad villas, latifundia postea quaesita et annexa per dominantem... » (*Obr. cit.*, part. III, n.º 83)

¹¹³ LAURENT, *obr. cit.*, tom. VIII, n.º 262.

¹¹⁴ BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 345.

¹¹⁵ BORSARI, *obr. cit.*, tom. II § 1323, pag. 902.

A questão será discutida n'outro lugar; mas não occultaremos que preferimos a doutrina dos ultimos, principalmente pela consideração, apresentada por LAURENT, de que a servidão é constituida em beneficio do predio, e as necessidades *actuaes* são antes necessidades pessoais do proprietario, do que necessidades da cousa.

E n'esta ordem de ideias entendemos tambem que se as necessidades do predio dominante augmentarem com a divisão, o predio serviente deve soffrer o correspondente augmento nos encargos, como uma consequencia natural, e prevista da servidão, visto que a compropriedade *pro indiviso* é uma excepção, e a divisão da propriedade a regra geral.

As necessidades do predio dominante, que são variaveis de momento para momento, exigem, em geral, uma correspondente variabilidade no encargo da servidão. E este preceito, applicavel sempre que haja augmento de necessidades do predio dominante, por uma causa que devesse ser prevista no momento em que foi constituida, comprehende tambem o caso em que esse augmento resulte da divisão do mesmo predio.

Nem obsta a esta doutrina as ultimas palavras do citado art. 2269.º que manda usar da servidão sem alteração *nem mudança*, pois na verdade a servidão não foi alterada, nem mudada, porque o aggravamento do encargo somente existe em relação a um momento

anterior, e não em absoluto, porquanto, sendo o uso do predio serviente adstricto ás necessidades do predio dominante, os limites d'esse encargo, são indeterminados, e não podem, portanto, dizer-se excedidos em quanto se não fór além das necessidades do mesmo predio, considerado na sua totalidade, e em cada uma das suas partes.

84. — A divisão do *predio serviente* dá origem a tantas servidões distinctas quantas as porções em que foi separado, pelas mesmas razões e da mesma forma que succede com a divisão do predio dominante¹¹⁶. A divisão correspondente do encargo pelos porcionarios é, porem, differente conforme a servidão era prestada por todo o predio ou por uma parte d'elle somente.

No primeiro caso ainda precisamos distinguir: se a servidão tem objecto divisivel, ou se ao contrario é indivisivel.

No segundo caso é preciso tambem distinguir: se só a parte que presta a servidão é a ella obrigada; ou se todo elle é adstricto ao encargo, embora a servidão se exerça simplesmente n'um dado ponto.

As soluções são differentes em cada um d'estes casos.

¹¹⁶ Conf. *supra*, n.º 81.

85. — α) Quando a servidão recae sobre todo o predio, cada uma das suas fracções continuará a sofrer-a effectivamente, com a differença, porem, que, sendo indivisivel o seu objecto, sobre cada um dos novos predios pesará uma nova servidão, igual em objecto e extensão, á que pesava sobre todo o predio antes de dividido. É o que succede por exemplo, nas servidões negativas.

Mas se o objecto de servidão era divisivel, então o encargo, pesando embora sobre todas as fracções, é mais restricto, na sua extensão, para cada uma d'ellas. É o que succede quando a servidão tem por objecto uma certa quantidade de fructos do predio dominante. Cada uma das novas servidões terá por objecto uma porção apenas d'esta prestação, proporcional á relativa extensão do mesmo predio.

β) Quando a servidão recae apenas sobre uma parte do predio, não tendo as restantes obrigação de a supportar, a divisão não desloca o encargo, que continuará pesando sobre essa porção.

Deve, porem, notar-se que n'esta particular hypothese só a parte sujeita á servidão é o seu verdadeiro sujeito passivo, e não todo o predio, devendo, portanto, applicar-se-lhe os principios por nós expostos, quando essa porção seja por sua vez dividida.

Sendo, porem, todo o predio obrigado á servidão,

embora esta se exerça n'um ponto determinada d'elle, ficará pesando sobre a porção correspondente e em cargo de soffrer a mesma servidão; mas cada uma das restantes fracções não ficará, por este facto, desembaraçada do mesmo encargo; pela razão de que se a servidão por qualquer circumstancia não poder continuar a exercer-se no ponto primitivamente assignado, poderá o proprietario dominante exercel-a sobre qualquer das outras fracções, da mesma forma que succederia se o predio estivesse indiviso. Por outras palavras: sobre cada um dos novos predios ficará pesando uma servidão correspondente; embora n'um dado momento se exerça apenas sobre um d'elles; primitivamente designada para esse fim ¹¹⁷.

Concluamos, pois, de tudo o que fica dicto, que sobre cada uma das fracções do predio serviente ficará pesando uma nova servidão, da mesma natureza da que pesava sobre o predio enquanto indiviso, embora n'alguns casos menos extensa do que esta. Assim devem entender-se as palavras do art. 2269.º do nosso Código Civil *«cada porção ficará sujeita á parte da servidão*

¹¹⁷ É discutivel se as porções sobre as quaes se não exerce a servidão podem pela prescripção ser desoneradas do seu encargo. Partindo da consideração de que depois da divisão do predio serviente, são inteiramente distinctas as servidões que pesam sobre cada um dos novos predios, pronuncia-se *DEMOUMPRE* (obv. cit., n.º 203, pag 408) pela affirmativa.

Reputamos esta opinião inaceitavel, porque iria prejudicar o predio dominante. Discutl-a-hemos, porem, quando estudarmos os diversos modos porque a servidão se extingue.

que lhe cabia», cuja incorrecção, no entretanto, não podemos deixar de lamentar.

86. — E agora, para concluir esta materia, só nos resta fazer sentir que a *indivisibilidade* da servidão não impede que esta seja estabelecida sobre um predio commun.

Enquanto dura a compropriedade a servidão não se divide: os consocios exercem-na *in solidum* como representantes da *sociedade*. Isso resulta da propria natureza da servidão que é constituída sobre um predio e em beneficio de outro, e não sobre ou a favor dos seus respectivos proprietarios.

O art. 2281.º do Código Civil confirma esta doutrina ¹¹⁸, sobre a qual nos dispensamos de mais largos commentarios, em vista do accordo da jurisprudencia a tal respeito.

87. — O caracter distinctivo da servidão, como direito real, é ser constituída em *proceito de um predio*; já precedentemente o demonstrámos ¹¹⁹. D'este principio resulta, como immediata consequencia, que a existencia da servidão só é possivel quando existam *dois predios* separados em relação ao dominio.

¹¹⁸ Conf. *supra*, n.º 81.

¹¹⁹ Conf. *supra*, n.º 23.

Pode, todavia, perguntar-se se o vínculo da servidão somente é possível entre dois predios; ou se, contrariamente, n'uma mesma servidão é possível a existencia de *varios* predios, dominantes ou servientes.

A resposta encontramol-a expressa no art. 2276.º § 4.º do Código Civil, em que o legislador reconheceu a existencia de *diversos predios dominantes* na mesma servidão; e que também admite multiplicidade de predios servientes deduz-se dos artigos 456.º, 458.º, 459.º e varios outros do mesmo Código.

No campo da doutrina também alguns escriptores se tem pronunciado n'este sentido ¹²⁰

Os principios que deixamos estabelecidos precedentemente levam, porem, á solução contraria.

Com effeito admittir a existencia de diversos predios dominantes importa o reconhecimento de um *condominio pro indiviso*, por parte dos donos d'esses predios, sobre a servidão. Tal *condominio*, porem, só pode dar-se, conforme acima dissemos, como *consequencia* da *compropriedade* do predio dominante ¹²¹; e na *hypothese* que estamos considerando a *compropriedade* não existe.

Por outro lado, a servidão, no seu aspecto passivo, traduz-se n'uma limitação, ou desmembramento

do predio serviente; e não ha duvida de que *cada um dos predios* soffre esse desmembramento, quando de todos elles colhe vantagens o predio dominante.

Affirmar, portanto, que pode uma mesma servidão ser devida ou recahir sobre diversos predios, é negar a sua *indivisibilidade*, no sentido em que legal e ordinariamente esta se entende, sacrificando ás apparencias a realidade das cousas.

87. — Descendo á analyse dos factos reconheçeremos ainda a inteira verdade do que deixamos dicto.

Supponhamos que um predio deve caminho para dois outros.

Haverá aqui uma unica servidão?

Acceitando o parecer affirmativo, teriamos necessariamente de concluir que cada um dos predios dominantes não tem uma *inteira* servidão sobre o serviente, mas apenas *parte d'ella*, visto que o seu direito sommado com o do outro predio dominante é que constituiriam a servidão. Ora isto, alem de ser contrario á *indivisibilidade* d'esta, é *inexacto*, porquanto cada um dos predios recebe vantagens do predio serviente, e portanto a relação que entre si os hga tem todos os caracteres da servidão.

Alem d'isto, sendo a servidão uma só, não poderia prescrever contra qualquer dos predios desde que o dono de um fizesse uso d'ella, por ser este uso incom-

¹²⁰ GERMANO, *obr cit*, tom. I, n.º 467.

¹²¹ *Conf. supra*, n.º 81.

patível com a posse do proprietario serviente, e sem posse não haver prescripção. Ora que assim não acontece bem claramente o mostra o art. 2281.º do Cod. Civ., que só applica aquella doutrina quando o predio dominante pertence a varios *indivisamente*. Portanto se a servidão prescreve em relação a cada um dos predios, separadamente do outro, claro é que temos duas servidões distinctas, e independentes entre si, embora possam exercer-se pela mesma fórmula e no mesmo lugar.

SS.—E se invertermos a hypothese, considerando diversos predios servientes, a mesma solução se impõe com manifesta evidencia.

Com effeito sobre cada um d'estes predios pesa uma servidão distincta. A diminuição do meu direito de propriedade, quando pelo meu predio passa Antonio em serviço d'um predio seu, é precisamente a mesma, quer elle tenha de atravessar mais algum, pertencente a diverso dono, quer seja o meu o unico onerado. Ora se, n'este ultimo caso, sobre o meu predio recae uma servidão, porque não acontecerá o mesmo no primeiro, uma vez que as suas relações com o predio dominante são precisamente as mesmas?

E o que se dá com o meu predio acontece com todos os outros, sendo, por isso, claro que temos tantas servidões quantos os predios por onde Antonio passa para o seu.

O nosso Codigo Civil é, portanto, menos correcto no art. 2276.º e nos outros que deixamos citados, os quaes devem ser interpretados de harmonia com a doutrina por nós exposta, e reconhecida pelo mesmo Codigo nos artt. 2267.º, 2268.º, 2269.º, etc.

SD. A existencia de dois predios, e só dois, é, por conseguinte, condicção indispensavel da existencia da servidão.

Mas será esta regra tão absoluta que não admitta excepções?

PARDESSUS, ¹²² e com elle outros auctores ¹²³, têm sustentado que pode haver servidão independentemente da existencia de predio dominante: quando seja constituida em vantagem d'uma communa; e no direito allemão, segundo affirma LEHR, comquanto em regra se encontrem na servidão os dois predios, dominante e serviente, todavia admite-se excepcionalmente a sua constituição em favor de certas collectividades de pessoas que não são proprietarios, servidões de não edificar em favor de sociedades de tiro, servidões de pasto em proveito de corporações de pastores, etc. ¹²⁴.

O nosso Codigo Civil parece admittir tambem, esta

¹²² PARDESSUS, *obr. cit.*, n.º 3, not

¹²³ Conf GERMANO, *obr. cit.*, n.º 169, pag. 239.

¹²⁴ *Éléments de droit civil germanique* (Paris, 1875), n.º 90, pag. 119-120.

doutrina, como se vê dos artt. 440.º § 1.º, 447.º e 448.º, onde se regulam servidões que têm por fim a utilidade dos vizinhos ou habitantes de qualquer povoação ou casal.

Mas será isto uma derrogação ao principio formulado no art. 2267.º?

Entendemos que não

Em primeiro lugar não falta absolutamente, nas hypothèses consideradas, o predio dominante, pois bem pode considerar-se tal, o territorio e as casas da povoação, a *urbs*, em cujo favor a propriedade serviente foi limitada; de modo que, por exemplo, a *servidão de passagem*, a que se refere o citado § 1.º do art. 440.º, reúne assim todos os caracteres exigidos pelo artigo 2267.º do Código Civil.

Mas não quer isto dizer que todos os direitos exercidos pelo *publico* sobre predios particulares sejam verdadeiras servidões, pois, como é sabido, para que estas existam é necessario que haja proveito para *um predio*, ou seja, no caso presente, para o territorio ou edificios da povoação.

O simples facto de poder aquelle direito ser exercido por todos os que tiverem a sua *residencia* n'um dado lugar não basta para caracterisar a servidão, porque n'esta, alem da relação *juridica* entre os dois

predios, é tambem indispensavel a sua relação *economica* ¹²⁵.

E assim o direito que os habitantes de certo lugar tenham de caçar n'um terreno particular, não pode considerar-se servidão, porque as utilidades da caça são meramente pessoais ¹²⁶; como pessoal é, tambem, o direito de se abastecerem de agua, para as suas necessidades domesticas, n'uma fonte particular ¹²⁷.

Podemos, consequentemente, dizer que os direitos de *uso civico*, ¹²⁸ a cujo numero pertencem os que deixamos indicados, ora revestem o caracter de servidões, ora o de simples direitos de uso.

Mas ainda assim devemos observar que o *interesse publico*, que domina todas estas relações, as colloca fóra do ambito estreito em que giram os direitos dos particulares. Não podem, por isso, applicar-se-lhes todas as regras que a lei estabelece para os casos em

¹²⁵ MANCINI diz que todos estes direitos constituem servidões, porque são inherentes as habitações da *communa*, e não as pessoas dos habitantes, e tanto que ate se perdem pelo simples facto da mudança de residencia (*Del diritto di uso pubblico del comune e popolo di Roma sulla villa Porghese* (Filangieri, 1886, fasc. 1-3) A improcedencia do argumento resulta manifestamente do que no texto dizemos Conf., *supra*, n.º 23, pag. 52

¹²⁶ Conf., *supra*, n.º 31.

¹²⁷ *Supra*, n.º 33. A jurisprudencia considera, porem, estes direitos como verdadeiras servidões

¹²⁸ No sentido proprio e etymologico as palavras *usos civicos* exprimem os direitos de uso e gozo, pertencentes aos habitantes de qualquer circumscripção administrativa, sobre predios pertencentes a mesma comunidade, mas no sentido usual e actual applica-se tambem aos direitos de uso e gozo que aos mesmos pertencem sobre predios particulares (BIANCHI, *obr. cit.*, pag. 104).

2) *A natureza da servidão.* Com effeito o homem despeja as aguas para se desembaraçar d'ellas; mas este facto não constitue o exercicio da servidão, que só começa com o escoamento das aguas. Ora este escoamento opera-se independentemente de facto do homem, e portanto a servidão é *continua*. O facto do homem é sem duvida necessario para que a agua corra, isto é, para que a servidão se exerça; mas este facto não constitue por si mesmo o exercicio, porque, apesar mesmo d'esse facto, não se exercerá a servidão se o tubo estiver obstruido.

3) *A sua analogia com a servidão continua de aqueducto.* A intervenção do homem nas duas servidões é da mesma natureza, quando o exercicio da servidão de aqueducto está dependente de se abrir o dique ou valvula que represa as aguas. Em ambos os casos o facto do homem é necessario para que a servidão se exerça; na servidão de aqueducto é preciso abrir a valvula; na de *esgoto* é necessario despejar a agua, mas tanto n'um como no outro caso, levantada a valvula, ou despejadas as aguas, a servidão exercer-se-ha por si mesma.

4) *O motivo da distincção.* A classificação das servidões em continuas e descontínuas é a base sobre que principalmente assenta a theoria do legislador sobre a sua aquisição por meio da prescripção. As descontínuas presumem-se sempre meros actos de tolerancia. Ora no caso sujeito tal presumpção seria mal cabida, porque é esta servidão por tal modo incommoda ao

predio serviente que jamais deveria presumir-se simples acto de tolerancia da parte do proprietario serviente ²³.

110. — A meu juizo, enuncia DEMOLOMBE a verdadeira doutrina. Se não é inteiramente accetavel a sua affirmação de que o exercicio da servidão começa com o escoamento das aguas, não deve, todavia, confundir-se esse exercicio com o facto do homem.

Com effeito, na hypothese que estamos considerando, as aguas são lançadas pelo proprietario dominante n'uma pia, dala, ou cano, e por este correm para o predio serviente. Ora o exercicio da servidão nada tem com este despejo das aguas, porque tal facto é praticado *no predio dominante*, e por isso mesmo *jure proprietatis*, e não *jure servitutis*. Demais, como o exercicio da servidão começa apenas quando a agua entra no predio serviente, e o facto do despejo precedeu esse momento, claro é que, mesmo sob este ponto de vista, a servidão não deve considerar-se *descontínua*.

Um exemplo esclarecerá, por ventura melhor, o meu pensamento.

Da minha fabrica sae um tubo que, atravessando um predio meu, e os predios A e B, que não me pertencem, vae lançar, n'uma corrente de agua distante,

²³ *Obr cit*, tom XII, pag 211-212 Conf BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tom. I, n.º 1557, pag 894-895.

d'esta especie, não têm direito de praticar facto algum no *predio serviente*, mas somente o de impedir que o dono d'este use do mesmo predio por maneira a tirar a luz e as vistas ao predio dominante.

A servidão é, por conseguinte, *negativa*, e, como n'outra parte já dissemos, *todas as servidões negativas são continuas* ²⁹. O *olhar* e o *ver* são direitos que a todo o proprietario pertencem n'esta simples qualidade; mas o direito de impedir que outrem prive o nosso predio das vistas e luz que desfructa é que constitue propriamente a servidão.

Alguns auctores, porem, contestam esta doutrina dizendo que, sendo a servidão de vistas *apparente*, e não podendo ser apparentes as servidões *negativas*, aquella é consequentemente *affirmativa*, e, como tal, hade consistir em qualquer acto sobre o predio serviente. Ora esse acto só pode ser o de *olhar* e *ver*; e como *olhar* e *ver* são actos do homem, a servidão é claramente *descontinua*.

Mas um tal raciocinio é falso, porque falso é o principio em que assenta.

Na verdade as servidões *negativas* são em regra *não apparentes*, e dizendo *em regra* affirmamos implicitamente que algumas ha que são conjunctamente *negativas* e *apparentes*. Ora a *servidão legal de vistas* está

²⁹ *Supra*, n.º 98, 3).

precisamente n'este caso, como em logar proprio veremos ³⁰, e portanto aquella argumentação cae pela base, porque só á servidão legal, e não á *voluntaria*, era applicavel ³¹.

A servidão de vistas, portanto, á face do nosso Codigo Civil, ou se manifeste por meio de janellas, ou por meio de eirado ou varandas, é sempre *continua*. Assim o têm entendido a jurisprudencia patria ³².

114. — *2)* A servidão de *passagem* tem sido considerada como a que melhor apresenta os caracteres da *descontinuidade*; da mesma fórma que a de *aqueducto* é o exemplo classico das servidões *continuas*. No entretanto, assim como se levantaram duvidas em relação a certas modalidades da ultima, tambem se têm já discutido se a servidão de passagem, qualquer que seja a sua *fórma*, é sempre *descontinua*.

Tanto em França, como em Italia, contra a letra expressa dos respectivos Codigos, já se decidiu que a servidão de passagem é *continua* quando se manifesta por signaes apparentes, como uma porta cuja chave se encontre em poder do proprietario dominante, um caminho, etc.

³⁰ *Infra*, n.º 122.

³¹ *Infra*, n.º 122, not.

³² *Rev de Leg e de Jurispr.*, anno xxii, pag 386, anno xxiv, pag 473

