

77 Oferta do Ministro
Aimendo da Silva Prado

DAS SERVIDÕES DE CAMINHO

(Direito romano e patrio)

POK

JOSÉ MENDES

Advogado em São Paulo



S. PAULO BRASIL
DUPRAT & C.. — RUA DIREITA, 14

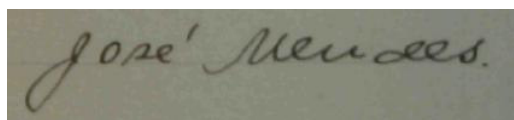
OBRA DO MESMO AUCTOR:

Ensaio de philosophia do direito

S. Paulo, 1905, em dois volumes.

EDIÇÃO DO AUOTOR

Cada exemplar vai numerado e assignado

A rectangular image showing a handwritten signature in dark ink on a light-colored, slightly textured paper. The signature is written in a cursive script and reads "Jose' Mendes." with a period at the end. The ink is dark brown or black, and the paper has a subtle, aged appearance.

Á saudosíssima memoria
de meu sempre lembrado pae,

SR. FRANCISCO DE SALLES MENDES

Tributo de amor filial gratidão e
saudade.

À minha carinhosa mãe,

SRA. D. MARIA ISABEL MENDES

Tributo de amor filial e gratidão,

*Á saudosa memória de meus
venerandos avós paternos,*

SR. FELISBERTO JOSÉ MENDES

E

D. MARIA FERREIRA MENDES

Tributo de veneração e saudade.

Á saudosa memoria
de meus avós maternos,

SR. GABRIEL MENDES PEREIRA

E

D. ANNA MAGDALENA MENDES

Tributo ds veneração e saudade.

Ornari res ipsa vetat, contento doceri.

A verdade dispensa ornatos, contente
de ser ensinada.

MANIL., *Astronomia*, lib. 5. v. 39,
apud POTHIER, *Pandectes de Justinien*,
vol. I.º, pag. 40.

*Non igitur fuerunt servitutes uno
impeta receptae, sed paulatim inductae,,
utilitate impellente.*

As servidões não se constituíram de
um só Jacto, mas lenta e gradualmente, á
medida das exigencias feitas pelas ne-
cessidades individuaes e sociaes.

SOLON, *Traité des servitudes réeles*,,
Introducção, pag. XV.

*A vizinhança ocupa o primeiro
logar, depois da amizade.*

TERENCIO,

*Ingenue fateor nihil hic inesse
de meo, praeter laborem et dili-
gentiam.*

R. ETIENNE, Tratado da língua
latina.

Aa litar

Por diversas vezes, em nossa advocacia, exercida já no interior, já nesta capital, temos tido oecasião de tratar de questões de servidão de caminho.

E hanemos notado sempre ser uma das mais sensíveis lacunas de nossa escassa litteratura jurídica a falta de uma monographia sobre este assumpto.

Ninguém ignora quão frequentes são em nosso meio, essencialmente agricola, as contendas entre os proprietarios territoriaes, por motivo de caminhos atravez de suas fazendas.

Ninguém ignora tambem quantos disparates têm sido praticados por certas camaras mu-nicipaes, com relação a caminhos.

E em nosso humilde conceito, o principal factor destas aggressões aos direitos dos proprietarios de situações agrícolas é a somma de ideias falsas, que correm entre os não pro-fissionaes, e a ausencia de ideias verdadeiras, que deviam correr, sobre o aliás importantíssimo instituto das servidões de caminho.

E a culpa não é nem dos proprietarios, nem das camaras municipaes: o facto resulta, como consequencia natural, de um conjuncto de circumstancias independentes de sua vontade.

A materia das servidões de caminho é regulada entre nós pelo direito romano, como subsidiário do direito patrio, que nelle operou muito poucas modificações (que tiremos o cuidado de indicar).

Isto quer dizer que o conhecimento consciencioso dos princípios reguladores das servidões de caminho só pode ser adquirido nas fontes do direito romano e nas obras dos seus interpretes, escriptas todas, póde-se dizer, em línguas estrangeiras.

E constitúe sério embaraço á desejada e necessaria vulgarização das normas attineutes ao momentoso assumpto, no seio da numerosa classe dos agricultores, a mais importante do paiz, e a mais interessada nessa materia.

* *

Demais: muitos dos princípios reguladores desta especie de servidão são os mesmos que regulam as outras servidões.

Destarte, a cada passo, a proposito de uma especie occorrente sobre servidão de caminho, é o jurista obrigado a ura exame demorado de todo o vasto capitulo do direito civil attinente á theoria das servidões em geral, exame que, para ser bem feito e satisfazer aos espíritos mais investigadores, demanda muitos livros, trabalho, e tempo.

Dispendio de dinheiro, de energia nervosa e daquelle genero precioso, que os inglezes equiparam ao dinheiro, quando dizem: — *Time is money*.

A nossa modesta monographia vem, bem ou mal, preencher essa lacuna e remover os inconvenientes apontados.

Estamos convencido de que será de muita utilidade para o fôro brasileiro, em todos os Estados da Republica.

. *

Ahi está o nosso intuito, ahi as nossas esperanças.

Si acertámos ou errámos, si fizemos bem aos que lidam no fôro, ou apenas ás traças, dil-o-ão os nossos collegas, a quem confiamos a sorte deste livrinho.

Si tiver a ventura de ser acolhido com animador interesse, crescerá e procurará aperfeiçoar se para melhor corresponder ao acolhimento.

Si acontecer o contrario (*quod Deus aver-tat*), será então um inviavel, e deixal-o-emos perecer abandonado, no humilde mister de pasto, aos cuidados gulosos daquelles famintos lepi-dopteros.

S. Paulo, 7 de setembro de 1906.

JOSÉ MENDES.

DAS SERVIDÕES DE CAMINHO

CAPITULO II

Noções preliminares

SECÇÃO I *Das servidões em geral*

SUMMARIO

§ 1.º *Noção de servidão em geral.* § 2.º
Divisão das servidões em geral. § 3.º
*Princípios fundamentaes oommuns a todas as
servidões,*

§ 1.º

Noção de servidão em geral

1. Propriedade e seus limites.— O individuo e a sociedade vivem sob o imperio da necessidade de uma adaptação continua ás condições do meio ambiente. Todos os seus elementos de vida e desenvolvimento subordinam-se e influenciam-se por esta necessidade constante e incoercível, a que estão sujeitos todos os seres biologicos e sociologicos.

A instituição da propriedade não escapa a essa lei natural: acompanha a evolução

individual e social, adapta-se ás condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, modificando-se de accôrdo com as necessidades varias, de logar a logar, de época a época. E' uma instituição relativa, como o são todas as outras (1).

Assim, a propriedade ou domínio, o mais amplo poder jurídico do homem sobre a coisa, pois comprehende e resume todos os direitos reaes possíveis na mão de uma só pessoa,—o proprietario; poder illimitado, exclusivo, que absorve todas as vantagens e utilidades da coisa corporea, a propriedade, dizemos, está sujeita a limitações ou restricções, exigidas, umas—principalmente—pelas necessidades sociaes, e outras — principalmente - - pelas necessidades individuais.

Entre estas ultimas estão os direitos reaes na coisa alheia, *jura in re aliena*, que no direito romano revestiram-se de quatro feições ou rmas typicas distinctas:

- a) as servidões, *servitutes*;
- b) a emphyteuse, *emphyteusis*;
- c) a superfície, *superficies*, e
- d) o penhor e hypotheca, *pignus et hypotheca* (2).

As restricções denominadas *servidões, jura praediorum rusticorum et urbanorum, quae etiam servitutes vocantur* (3), são os mais

(1) Nossos Ensaios de philosophia do direito, §§ 4.º e 120, vol. 1.º, pag. 7 e vol. 2.º, pag. 703.

(2) Serafini, *Istituzioni di diritto romano*, terra edizione, Firenze, 1889, § 1.º, pag. 39.

(3) Insts., § 3.º, liv 2º, tit. 2º, *de rebus corporalibus et incorporalibus*.

antigos direitos reaes, e os unicos conhecidos pelo primitivo *jus civile* dos romanos ⁽⁴⁾.

«A origem das servidões, diz Pardessus, é tão antiga como a da propriedade, da qual é uma modificação. Quando a extensão da cultura agrícola approximou os homens, e a necessidade da defesa commum formou as primeiras sociedades, accrescenta elle, a utilidade e a segurança publicas fizeram sentir logo quão necessario era restringir, em dados casos, direitos legítimos em si mesmos, cujo exercício individual absoluto viria prejudicar a outros, ou tornar certas propriedaaes quasi inuteis a seus donos e ao Estado. Estas obrigações, que a natureza estabelecera, que o interesse publico suggerira, forneceram aos particulares a ideia de estipular outras analogas para utilidade de cada um dos mesmos.

E' assim que a disposição dos logares, a necessidade social e a liberdade das convenções produziram as servidões ⁽⁵⁾.

A relatividade das coisas, o *consensus* dos phenomenos, a dependencia em que os mesmos se acham uns para com os outros, no seu apparecimento, duração e fim, factos estes todos regulados por leis scientificas conhecidas e

(4) *Jus civile* è o direito dos tempos primitivos de Roma. O direito nacional, proprio só do povo romano, transumpto de suas tradições, de seus ritos, symbolos e formulas sacramentaes peculiares a esse povo-rei. E chamou-se *jus civile* ou *jus quiritarium*, direito dos cidadãos, por esse mesmo facto de ser o direito proprio, exclusivo dos cidadãos romanos. E o direito formulado na lei das XII taboas. Conf. nossos *Ensaio de philosophia do direito*, § 58, vol. 1.º, pag. 125.

(5) Pardessus, *Traité des servitudes*, 3.ª edição, Paris, 1811, ns. 1 e2.

applicaveis a todas as ordens de phenomenos, como temos exposto desenvolvidamente em nos sos *Ensaio de philosophia do direito*, explica e legitima a existencia das servidões como limitações ou restricções á propriedade. "A ideia de limite, diz D'Aguanno (6), reproduzindo Cimbali, corresponde a uma grande lei da natureza. Cada ser, cada fôrma de vida e de actividade, se apresenta sempre limitada na substancia, no fim, na duração especifica de sua existencia, em cada uma das manifestações de sua individualidade... Uma propriedade sem limites seria tyrannica com relação aos indivíduos, anarchica com relação á sociedades.

* *

2. Noção de servidão.— Servidão, em geral, é *o direito real sobre a coisa alheia, jus in re aliena, estabelecido em vantagem exclusiva de uma determinada pessoa ou de um determinado predio, consistente no uso, variavel de caso a caso, da coisa gravada* ⁽⁷⁾. Não constitúe, como se vê, coisa corporea, mas incorporea. "*Eodem numero* (de coisas incorporeas), diz Justiniano, *sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quoz etiam servitutes vocantur*, ⁽⁸⁾.

* *

3. Conceito antigo e conceito moderno de servidão. - - A palavra *servidão*, *servitus*, é

(6) D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, Torino, 1890, n. 140, pag. 342.

(7) Serafini, obra citada, § 78.

(8) § 3.º, Insts., liv. 2.º, tit. 2.º, de *rebus corporalibus et incorporalibus*.

relativamente recente. O conceito, que acabamos de expôr, de ser a mesma um *jus in re aliena*, incorporeo e intangível, é também relativamente recente. O direito primitivo, anterior a Labeão, formava do que hoje se diz *servidão*, conceito diverso: concebia a servidão como o domínio sobre uma parte da coisa ⁽⁹⁾.

E assim devia ser: os conceitos abstractos precederam de muito aos concretos, que caracterizam as theorias primitivas ⁽¹⁰⁾.

§2.º

Divisão das servidões em geral

1. Servidões reaes e pessoaes.—O facto de serem as servidões estabelecidas, ora em vantagem exclusiva de pessoa determinada, ora em vantagem exclusiva de predio determinado, fundamenta a divisão mais geral que das mesmas faz o direito. Este divide-as em *servidões reaes*, também chamadas *prediaes*, *servitutes rerum aut praediorum* e. ás mais das vezes, simplesmente *servitutes*, sem accrescentamento de predicado, *quae praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt*(11),

(9) Labeão (*Antistius Labeo*), emulo de *Atteius Capito*, era jurisconsulto progressista, ao contrario de seu emulo, sempre afferrado ás maximas do antigo direito. Fundaram duas correntes ou escolas diversas : Labeão, a dos proculeianos, sustentada por seu campeão Proculo; Capitão, a dos sabinianos, sustentada por seu campeão Sabino. Conf. Hulot, *La clef des lois romaines*, Metz, 1809, *verbs. Antistius Labeo*, vol. 1.º, pag. 39.

(10) Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, Fírenze, 1889, vol. 2.º, § 49, pag. 46; *nossos Ensaíos* citados, nota 91, vol. 1.º, pag. 129.

(11) § 3.º, Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitatibus*.

e servidões pessoas, personales, servitutes personarum ou hominum.

Servitutes, diz o jurisconsulto Marciano, *aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbano rum* ⁽¹²⁾.

As servidões pessoas expressamente declaradas pelas fontes romanas são quatro, a saber:

- a) *usus*, uso;
 - b) *usufructus*, usufructo;
 - c) *habitatio*, habitação, e
 - d) *operae servorum*, seryços de escravos ⁽¹³⁾.
- Mas estas não são as únicas servidões pessoas existentes em direito. Tudo quanto produz vantagem á pessoa póde constituir objecto de servidão pessoal. Mesmo aquellas faculdades constitutivas do conteúdo das servidões prediaes pódem ser concedidas como servidões pessoas (14).

* *

2. Numero das servidões reaes. — O numero das servidões reaes é, indeterminado: ha tantas quantas as especies imaginaveis de utilidades que um predio póde auferir de outro predio, consentaneamente com as normas

(12) Frag. 1.º, Dig liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitatibus*; frag. 8.º, § 3.º, Dig., liv. 34, tit. 3.º, *de liberatione legata*.

(13) Esta ultima servidão, *operae servorum*, têm hoje apenas o interesse historico, á vista da lei de 13 de maio de 1888, que aboliu a escravidão em nosso paiz.

(14) Serafini, obra citada, § 82, pag. 210; Ribas, *Da posse*, Rio de Janeiro, 1883, pag. 167, *in fine*, e pag. 168

reguladoras do instituto das servidões, formuladas pelo direito (15),

§3.º Principios

fundamentaes communs a todas as servidões

Do conceito generico de servidão, decorrem os seguintes corollarios, que constituem normas reguladoras da mesma em todas as suas relações juridicas:

* *

1. Servitus in faciendo consistere nequit - Todas as servidões são direitos reaes, *jura in re aliena*, isto é, poderes jurídicos que recaem immediatamente sobre a coisa corporea e vinculam-a á vontade do titular, ao sujeito activo, abstracção feita de qualquer pessoa, afóra o mesmo titular. Não geram obrigação pessoal contra quem quer, mas uma obrigação geral negativa, correspondente aos direitos reaes. A constituição da servidão recai directamente sobre o predio serviente ⁽¹⁶⁾, e não obriga o proprietario deste a praticar actos em beneficio do seu titular; não consiste in *faciendo*, mas in *non faciendo*, a que corresponde, no titular, o *jus prohibendi*, e in *patiendi*, a que corresponde, no titular, o *jus faciendi*. «*Servitutium*, diz

(15) Marezoll, *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des romains*, 2.ª edição de Pellat, Paris, 1852, § 106; Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1888, § 23.

(16) O predio, que tem a vantagem, chama-se *predio dominante*. O que soffre a desvantagem, predio *serviente*. Este serve áquelle.

Pomponio, *non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amaeniorum prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingui), sed ut aliquid patiatur, aut non faciat* (17).

Dahi o brocardo: *servitus in faciendo consistere nequit*. E' certo que algumas servidões consistem na pratica de actos, mas quem os pratica é o titular da servidão, e não o dono do predio gravado. O brocardo é formulado, tendo-se em attenção o sujeito passivo, o dono do predio serviente. E' neste sentido que a servidão se diz *in non faciendo* (*servitus positiva vel affirmativa*), e *in patiendo* (*servitus negativa vel prohibitiva*). Por exemplo: a servidão *altius non tollendi*, servidão de não levantar mais alto, consiste *in non faciendo*. A servidão de passagem consiste *in patiendo*, porque o dono do predio gravado têm de supportar a passagem pelo seu predio. O principio exposto está de pleno accôrdo com a natureza da servidão. *Servitutem non hominem debere, sed rem*.

* *
*

2. Nulli res sua servit. — Eis outro principio fundamental da theoria das servidões. O proprietario de uma coisa não póde ter servidão sobre ella. E a razão é que, tendo elle, no domínio, um titulo geral, legitimo e sufficiente para conferir-lhe o uso e gozo de todas as utilidades, de que a coisa é susceptível, a servidão careceria de objecto, por não haver utilidade

(17) Frag. 15, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, 3ª edição, Napoli, 1885, §46.

sobre que recahisse. E não póde haver servidão que não confira a seu titular um dos usos da coisa, como se infere da noção dada (§ 1.º, n. 2, supra).

Dahi o brocardo conciso e claro de Paulo: "*Nulli res sua servit*» (¹⁸).

* * *

3. *Servitus servitutis esse non potest* — Ahi está mais um principio fundamental das servidões. Estas são direitos reaes elementares, desmembrados do dominio, que é a *plena potestas in re*, para beneficiar a certa pessoa ou a certo predio. São, portanto, direitos sobre coisas corporeas, *res quae sui natura tangi possunt*, e que fazem objecto do dominio, o qual *est jus in re corporali*. "*In sensu stricto ad res corporales (dominium) restringitur*, diz Waldeck, *et definiri solet jus in re propria corporali, de substantia ejus disponendi* (19).

Dahi decorre a consequencia de não poder haver servidão constituída sobre outra servidão, pois as servidões, como já vimos e consta de sua propria definição, são coisas incorporeas, *res quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt*, no dizer das Institutas.

(18) *Frag. 26, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º de servitutibus praediorum urbanorum; frag. 5.º, pr., Dig., liv. 7.º, tit. 6.º, si usus-fructus petetur, vel ad alium pertinere negetur*, era que diz Ulpiano: *qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatim non habet: nec enim potest ei suus fundus servire*. Conf. Arnò, *Della distinzione tra servità rustiche ed urbane*, Torino, 1895, § 1.º, pag. 3 e nota 7.

(19) Waldeck, *Institutiones juris civilis, Conimbricae*, 1849, § 242, Glück, *Commentario alle Pandette*, vol. 8.º, pag. 100.

"Eodem numero (das res incorporales), sunt jura praediorum urbanorum, quae etiam servitutes vocantur,, (20).

E cumpre accrescentar que, si o titular de uma servidão pudesse constituir sobre esta outra servidão, prejudicaria o proprietario da coisa gravada. *"Nec usus, diz Paulo, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest,, (21).*

Dahi, o principio: *servitus servitutis esse non potest*. Assim, o predio *pro indiviso* não póde ser gravado de servidão, da qual seja titular um de seus condóminos. Outrosim, o predio que é propriedade exclusiva de um dos condóminos de outro predio, não póde ter servidão constituída sobre o predio *commum* (22).

* *
*

4. Jus et onus. — Toda a servidão é factor de vantagem e de onus: vantagem, *jus*, para o seu titular, o dono do predio dominante; onus para o dono do predio serviente. Augmenta o direito de um, e diminue o direito de outro.

Diminue o direito do cedente, e augmenta o direito do cessionario: *"jus suum deminuit, alterius auxit,, (23).*

A servidão, ensina Miraglia, póde tomar-se em sentido activo e em sentido passivo, con-

(20) Pr. e §§ 1.º e 3.º, Insts., liv. 2.º, tit. 2.º, *de rebus corporalibus et incorporalibus*.

(21) Frag. 1.º, Dig., liv. 33, tit. 2.º, *de usu et usufructu, (et reditu), et habitatione et operis per legatum vel fidei-commissum datis*.

(22) Frag. 8.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; Salivas et Bellan, *Éléments de droit romain*, Paris, vol. 1.º, pag. 495.

(23) Arnò, obra citada, § 1.9, pag. 2, nota 3.

forme augmenta ou diminue a propriedade. Em sentido activo, isto é, em relação á pessoa ou á coisa, em cujo favor é estabelecida, é um direito sobre a coisa alheia, em virtude do qual o proprietario é obrigado, em vantagem de uma pessoa ou de um predio, a tolerar, ou a não fazer o que poderia, como proprietario, não soffrer ou fazer. Em sentido passivo, isto é, em relação á coisa gravada, é um peso imposto sobre um predio, em proveito de uma pessoa ou de um outro predio⁽²⁴⁾.

•
* «

5. *Servitus non praesumitur.*—Servi-
dão não se presume. Em caso de duvida, deci-
de-se contra ella, e em favor da plena liberdade
do domínio, que é a regra natural. A regra geral
é que o domínio é, de sua natureza, livre. A servi-
dão é uma excepção a essa regra. Por isso, as
normas attinentes ás servidões devem ser inter-
pretadas restrictivamente, do modo menos onero-
so possível para o proprietario da coisa gravada⁽²⁵⁾.

• *

6. *Civiliter modo.*—O titular da servidão
deve exercital-a estrictamente nos termos de sua
constituição e de inteiro accôrdo com o fim
da mesma servidão, sem sahir dos limites das
necessidades a que ella buscou satisfazer⁽²⁵⁾.

(24) Miraglia, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1893, pag. 416.

(25) Frag. 9.º, Dig., Liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; frag. 13, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communis praediorum, tam urbano- rum, quam rusticorum*; const. 9.º, Cod., liv. 3.º, tit. 34, *de servitutibus et aqua*; Van Wetter, *Cours de droit romain*, § 242.

SECÇÃO II

Das servidões reaes

SUMMARIO

§ 4.º Noção de servidão real. §5.º Divisão das servidões reaes. § 6.º Principios fundamentaes communs ás servidões reaes.

§4.º Noção de
servidão real

Servidão real ou predial é a que grava um predio em proveito de outro predio ⁽²⁾

A servidão, que grava o predio em proveito de certa e determinada pessoa, extingue-se com a morte dessa pessoa. A servidão real, pelo contrario, não se extingue com a morte de quem quer.

Para haver servidão pessoal, basta um predio. Para haver servidão real ou predial, são necessarios dois predios: o dominante e o serviente. " *Servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt* » diz Justiniano nas Institutas (§ 3.º, liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*).

§5.º

Divisão das servidões reaes

1. Concurso de dois predios.—O concurso de dois predios é condição *sine qua non* da

(26) Frag. 6.º; frag. 36, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 3ª edição, Paris, 1876, vol. I.º, pag. 508; Glück, obra citada, § 621, vol. 7.º, pag. 12.

constituição e existencia da servidão real ou predial: o predio que recebe augmento advindo da servidão, *praeditum dominans, cai debetur servitus*, e o predio que soffre diminuição advinda da mesma servidão, *praedium serviens, quod servitatem debet*

Sobre bens moveis não se póde constituir servidão, porque, mudando-se de logar á vontade, nunca a sua situação poderia legitimar a exigencia de uma tal restricção á propriedade alheia.

* * 2. Servidões urbanas e rusticas. — Ha duas classes de predios: predios urbanos, *praedia urbana*, e predios rusticos, *praedia rustica*. Predios urbanos são os edificios, dentro ou fóra da cidade. E predios rusticos são os terrenos não edificadas, fóra ou dentro da cidade ⁽²⁷⁾. "*Urbana praedia*, diz Ulpiano, *omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis*" ⁽²⁸⁾. Os edificios romanos eram: uns, urbanos—*aedes*; outros, rusticos, *villae*, conforme o uso a que eram destinados (Frag. 41, § 5.º, Dig., *de legatis et fidei-commissis*; frag. 180, pr., Dig., *de verborum significatione*). Esta subdivisão não importa para o caso. (Frag. 1.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit 4.º). Calcada nesta dualidade de predios, distribuídos em

(27). Frag. 1.º, Dig., liv 8.º, tit. 4º, *communia praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; frag. 5.º, § 1.º; frag. 24 e frag. 33, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, de *servitutibus praediorum rusticorum*. Conf. Glück, obra citada, § 630, vol. 7.º, pag. 126 e notas 30 e 31.

(28). Frag. 198, Dig., liv. 50, tit. 16, de *verborum significatione*.

urbanos e rusticos, e consultando a natureza das servidões (propriamente ditas, que são as reaes), formulou o direito romano a aivisão das servidões em

- a) servidões urbanas e
- b) servidões rusticas ⁽²⁹⁾.

Existem varias servidões urbanas, como sejam, entre outras:

- a) *onus ferendi*,
- b) *tigni immittendi*, c) *stillicidii*,
- d) *altius non tollendi* ⁽³⁰⁾.

§6.0

Principios fundamentaes communis tis servidões reaes

1. Concurso de dois predios. — Todas as servidões reaes ou prediaes ou ainda simplesmente todas as servidões, supõem essencialmente dois predios, como já deixámos notado: o dominante e o serviente. E não podem versar sobre coisas moveis, como dissemos, e de sua definição bem facilmente se infere.

Sem o concurso simultaneo de duas propriedades immoveis não póde haver servidão. *Reates servitutes sine praedio dominante et serviente esse nequeunt* ⁽³¹⁾.

Sobre esta condição basica das servidões reaes ou prediaes são calcados os princípios

(29). Frag. 3.º; Dig., liv 8.º, tit 1.º, *de servitutibus*;
Glück, obra citada, § 622, vol. 7.º, pag. 21;
Lafayette, "Direito das cousas, § 119, n. 1. (30).
Wäldeck, obra citada, § 284. (31). Voet, Ad
Pandectas, liv. 8.º, tit. 1.º, § 3.º

fundamentaes, que as regulam em todas as suas relações jurídicas.

Eis os mais notaveis destes princípios:

•

2. *Servitus fundo utilis esse debet.*— A servidão deve sempre produzir, em favor do predio dominante, independentemente da pessoa de seu proprietario, uma utilidade real, immediatamente proveniente do proprio predio serviente. Si não produz utilidade alguma, não é servidão. *Servitus fundo utilis esse debet* (32).

*

3. *Praedia esse debent vicina.* - Os dois immoveis em relação de servidão devem ser visinhos, tanto quanto o exigirem a especie de servidão e as necessidades do predio dominante, a que o serviente têm de satisfazer. Si fôrem distantes um do outro, a servidão estará desvirtuada, porque não poderá então servir um ao outro, consentaneamente com a natureza das servidões. *Praedia esse debent vicina.* A visinhança é condição fundamental da maior relevância nas servidões prediaes (33).

*

* *

4. *Adherencia perpetua.* — As servidões adherem perpetuamente aos respectivos predios

(32). Frag. 15, pr., **Dig.**, liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; Ihering, *L'esprit du droit romain*, tradução de Meulenaere, 3.ª edição, Paris, 1886, § 38, vol. 2.º pag. 288.

(33). Frag. 5.º, § 1.º, **Dig.**, liv. 8.º, tit., 3.º *de servitutibus praediorum rusticorum*; Ihering, obra citada, § 38, vol. 2.º, pags. 227-8.

ao dominante, sujeito activo ou titular da servidão, como direito; ao serviente, sujeito passivo, como onus. Com elles nascem, vivem e morrem. Assim, não pôdem ser alienadas nem hypothecadas separadamente do predio a que servem. E quem adquire o predio, adquire implicitamente as respectivas servidões, quer activas, quer passivas (34).

5. São qualidades dos predios. — As servidões são consideradas pelo direito romano como qualidades boas do predio dominante, analogas á abundancia, á fertilidade, á salubridade, e como qualidades más do predio serviente (35).

6. Destino economico do predio dominante. — Limitando a amplitude desses conceitos, estabeleceu o direito romano outro principio, segundo o qual, as servidões prediaes devem ser motivadas pelo destino economico do predio dominante, de sorte que as necessidades deste é que determinam o objecto e a extensão da servidões (36). Estas devem ser exercitadas estritamente nos limites das exigencias

(34). Frag. 23, § 2.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Lafayette, *Direito das cousas*, § 115, ns. 3 e 4; Marezoll, obra citada, § 106.

(35), Frag. 86, Dig., liv. 50, tit. 16, *de verborum significatione: Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo*. Lafayette, obra citada, § 115, n. 3; Bonjean, *Institutas*, n. 1009, vol. 1.º, pag. 530; Arnò, obra citada, § 3.º, pag. 14.

(38) Frag. 5.º § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Ihering, obra citada, § 38, vol. 2.º, pag. 227; Marezoll, obra citada, § 106. Veja-se o § 23, adiante.

das necessidades, isto é, do modo menos oneroso possível para o dono do predio serviente ⁽³⁷⁾.

*

7. Indivisibilidade das servidões. As servidões são indivisíveis, quer consideradas pelo lado activo, quer pelo passivo; quer materialmente, quer idealmente. Não se adquirem nem se perdem por partes. "*Et servitutes dividi non possunt*, diz Pomponio, *nam earum usus ita connexus est, ut quie um partiat, naturam ejus corrumpat. Est tota in toto et in qualibet parte. "Per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse"* ⁽³⁸⁾.

"*Ab initio per partes acquiri non poterit* ⁽³⁹⁾. Por isso, "*unus ex dominis communium cediam servitutem imponere non potest*" ⁽⁴⁰⁾.

*
**

8. Dividido um predio, a servidão affecta in totum cada parte. — O seguinte

(37) Frag. 9.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; frag. 20. § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º; frag. 13, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediarum rusticorum*; Glück, §§ 676 e 677, vol. 8.º, pags. 280 e 285-6; Serafini, obra citada, § 80, pag. 206 e nota 4; Ortolan, *Explication historique des Institutos de l'empereur Justinien*, 12.º edição, Paris, 1883, vol. 2.º, n. 459, pag. 334; Arnó, obra citada, § 3.º, pag. 14; Lafayette, obra citada, § 118, princ. e nota 2; e § 125, n. 2 e nota 4; Pardessus, obra citada, pag. 87.

(38) Frag. 32, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 6.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; Bonjean, obra citada, n. 1009, vol. 1.º, pag. 531.

(39) Frag. 8.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus* (40) Frag. 2.º, Dig., liv. 1.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; Serafini, obra citada, § 80 e nota-, pag. 207; Lafayette, obra citada, § 116; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*; Firenze, 1889, § 101.

principio é corollario da indivisibilidade das servidões: *Si o predio dominante ou o serviente é dividido em porções, a servidão subsiste integralmente para cada porção.* "Si partem fundi mei certam tibi vendidero, diz Pomponio, aquaeductus jus, etiam si alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequitur" ⁽⁴¹⁾.

9. A servidão não se demanda por partes. — Outro corollario da indivisibilidade é *que a servidão não póde ser demandada por partes*. Desf arte, a sentença proferida a favor de um dos condôminos do preaio dominante aproveita, quanto ao reconhecimento da servidão, a todos os outros condôminos, como si todos houvessem sido auctores. " *Si fundus, cui iter debetur plurium sit, unicuique in solidum com-petit actio* » diz Ulpiano ⁽⁴²⁾.

Igualmente, a sentença proferida contra um condômino do predio serviente, prejudica a todos os outros condôminos, como si todos houvessem sido réos. "*Sed et si duorum fundus sit, qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi; et quisquis defendit, solidum debet restituere: quia divisionem haec res non recipit*" ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Frag. 35, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 10, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes* Huntur; Lafayette, obra citada, § 117, ns. 1 e 2:

⁽⁴²⁾ Frag. 4.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; Lafayette, obra citada, § 117, n. 3. e § 135, n. 3. Veja-se o § 71, n. 9.

⁽⁴³⁾ Arno, obra citada, § 7.º; Glück, obra citada, § 622, vol. 7.º, pag. 21; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, pag. 525; Lafayette, obra citada, § 119, n. 1.

SECÇÃO III

Das servidões rusticas

SUMMARIO

§7.º Noção de servidão rustica.

§ 8.º Especies de servidões rusticas.

§ 7.º Noção de servidão

rustica

1. Distincção entre servidão urbana e rustica. —Vimos que as servidões reaes subdividem-se em urbanas e rusticas ou ruraes. E ha grande controversia entre os interpretes do direito romano sobre qual deva ser o criterio dessa distincção. Sustentam uns que é o predio dominante: si este é rustico, a servidão é rustica Si é urbano, a servidão é urbana.

Outros, pelo contrario, sustentam que a servidão é rustica ou urbana, conforme o predio serviente é rustico ou urbano. E têm-se dado tal importancia ao assumpto, que Arnò escreveu sobre o mesmo uma monographia de perto de 300 paginas, sob o titulo—*Della distinzione tra servitu rustiche ed urbane*, que é a obra mais completa, que temos a respeito. Aquella primeira corrente é a que têm contado maior numero de adeptos. A segunda, a que faz criterio do predio serviente, já está hoje abandonada.

A primeira encontra embaraço no facto de haver servidão rural, como a de caminho, que pode ser constituída em proveito de um predio

urbano. Não satisfaz, pois. A segunda, por sua vez, encontra embaraço no facto de haver servidão urbana, como a *stillicidii recipiendi*, que póde ser constituída em vantagem de um predio rustico. Esta corrente não satisfaz tão pouco. O criterio distinctivo das duas especies de servidão não é a natureza do predio dominante, nem tão pouco a do predio serviente, mas sim a natureza da propria servidão, o seu conteúdo. Si a servidão não é concebível ou exercitavel, independentemente da ideia de edificio ou construcção, é servidão urbana. *Pertinet ad superficiem*. Si é concebível e exercitavel, sem envolver essa dependencia de um predio urbano, é servidão rural. *Pertinet ad solam*. Este é o criterio que se depara no texto de Paulo (frag. 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*): «*Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*. E no de Javoleno, *quod ad solum magis quam ad superficiem pertinet*» (43).

* *

2. Servidões propriamente ditas. — Servidões propriamente ditas são sómente as reaes ou prediaes, *jura praediorum*. São as servidões por excellencia. Por isso, frequentemente são denominadas, em direito romano, apenas pela palavra *servitutes*, desacompanhada de qualificativo. E são muito mais antigas que as pessoas, desconhecidas no primitivo *jus civile* de Roma.

3. Noção.— *Servidão rustica é, pois, aquella que adhere ao sólo, in solo consista, ad solum*

pertinet, sem relação necessaria com os edificios, que por ventura nelle existam.

§ 8.º Especies de servidões misticas

Lemos nas Instituías de Justiniano, liv. 2.º, tit. 3.º, *de servituiibus*, o seguinte:

"Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus".

No Digesto, liv. 8.º, tit. 3.º, *de servituiibus praediorum rusticorum*, deparamos com este texto de Ulpiano: «*Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus*». Parece, á vista destes textos, que as servidões ruraes são apenas quatro. Assim, porém, não acontece. Nesse mesmo titulo das Insts., lemos (§ 2.º): «*In rusticorum praediorum servitutes, quidam computari rectè putant aquae haustum, pecoris ad aquam adpulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodienae*», que Agostinho de Bem Ferreira traduz em vernaculo pela seguinte fórmula: «*Entre as servidões rusticas, se contam tirar agua, levar o gado a beber, o direito de pastar o gado, cozer a cal e cavar a areia*». Este texto é o mesmo de Ulpiano, que faz o citado frag. do Dig, § 1.º

No frag. 5.º, § 1.º, Dig., liv. 8º, tit 3.º, *de servituiibus praediorum rusticorum*, Ulpiano acrescenta a servidão *cretae eximendae*. No frag. immediato, 6.º, refere ainda outras.

Já notámos, com relação ás servidões reaes em geral, que o seu numero é indeterminado,

havendo tantas, quantas as especies de utilidade que possa um predio tirar de outro predio, de accôrdo com os principios reguladores do instituto das servidões. A mesma consideração, pois, applica-se ás servidões rusticas. E, de facto, assim é: ha muitas especies de servidões rusticas. *Ut urbanorum*, diz Voet, *ita et rusticorum servitutum plures in jure species occurrunt* (44).

tis as mais importantes, começando pelas quatro mais antigas e unicas conhecidas no primitivo *jus civile* de Roma:

- a) *iter*
- b) *actus*, Servidões de caminho.
- c) *via*,
- d) *aquaeductus*,
- e) *aquae haustus*,
- f) *pecoris ad aquam adpulsus*,
- g) *jus pascendi*, e h)

caleis coquendae.

As cinco primeiras, conrtitutivas dos *jura itinerum e jura aquatum*, primam pela sua vetustez e importancia na vida. do povo romano e, certo, na de todos os povos, *maximè* daquelles mais dados á cultura dos campos, e, mais ainda, na phase de sua pujança agrícola

Para os povos pastores, a preeminencia é daquellas pue figuram sob as lettras f) e g).

O assumpto de nossa modesta monographia se entende com as tres primeiras servidões rusticas: *iter, actus e via*.

(44)Agostinho de Bem Ferreira, *Summa da Institua com remissões ao direito de que esta se deduz, Ordenações com que se conforma, e doutrinas praticas*, Lisboa, 1746, pag. 133; Voet, *Ad Pandectas*, liv. 8.º, tit.º, § 1.º

CAPITULO II *Das servidões de caminho*

PRELIMINARES

SUMMARIO

§ 9.º. *Noção de caminho.*
§ 10. *Divisão aos caminhos.*
§ 11. *Genese das servidões de caminho.*
§ 12. *Noção de servidão de caminho.*
§ 18. *Evolução das servidões de caminho.*
§ 14. *Importancia das servidões de caminho.*
§ 16. *Natureza do conteúdo das servidões de
caminho. § 16. As servidões de
caminho são servidões
positivas. § 17. As servidões de
caminho são desconti-
nuas. § 18. As servidões de caminho,
em regra, são
apparentes.*

§9.º Noção de caminho

Caminho, em geral, se diz *o espaço de terreno que serve para commnicação de um lugar a outro*. E' a faixa de terreno destinada ao transito. Ou, como diz Pereira e Sousa, *caminho o nome que se dá ás estradas e espaços por onde se transportam as pessoas e as coisas de um lugar para outro* (45).

(45). Pardessus, obra citada, pag. 370; Pereira e Sousa, *Diccionario jurídico*, verb. *caminho*.

§ 10

Divisão dos caminhos

1. Publicos, particulares e vicinaes.—

Os caminhos dividem-se em tres especies, a saber:

- a) caminhos publicos, *viae publicae*,
- b) caminhos particulares ou privados, *viae privatae*, e
- c) caminhos vicinaes, *viae vicinales*.

Viarum quaedam, diz Ulpiano, publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales"⁽⁴⁶⁾. Caminhos publicos, continua Ulpiano, são aquelles que os gregos chamavam *reaes*, os nossos—*pretorianos*, e outros—*consulares*: *Publicas vias dicimus, quas Graeci* (está uma palavra grega), *id est, regias, nostri praetorias, alli consulares vias appellant* ⁽⁴⁶⁾.

Caminhos privados são os chamados *agrarios*: *Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt* (46).

Caminhos vicinaes são aquelles que estão nas aldeias ou a ellas conduzem: *Vicinales sunt viae*, conclúe Ulpiano, *quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt*> ⁽⁴⁶⁾. Como se vê, esta tríplice divisão não é bastante logica, porque o terceiro membro, *viae vicinales*, inclúe-se, ora no primeiro, *viae publicae*, ora no segundo, *viae privatae*, porquanto, embora as *viae vicinales* sejam, em regra, caminhos privados, entretanto

(46). Frag. 2.o, § 22, Dig., liv. 43. tit. 8.º, *ne quid in loco publico, vel itinere fiat*; Savigny, *Système de droit romain*, traduction française de Guenoux, § 196, vol. 4.º, pag. 489.

são, ás vezes, publicos. Como quer que sejam, porém, este terceiro membro deveria, numa divisão mais logica, ser objecto de uma subdivisão. Não queremos, com isto, censurar o grande discípulo de Papiniano, pois bem sabemos que as questões de caminho estão intimamente ligadas ás divisões territoriaes de cada paiz e até de cada localidade.

* *

Os caminhos publicos são logares publicos. *Publici loci appellatio ad vias publicas, itineraque publica pertineat* ⁽⁴⁷⁾.

Os privados ou particulares são logares particulares.

Os vicinaes são logares, ora publicos, ora privados. Esta tríplice divisão dos caminhos do direito romano vêm exposta por Savigny, no seu *Systema de direito romano*, § 196, vol. 4.º, pag. 489, e por Teixeira de Freitas (48).

* *

2. Coisa publica e coisa privada.—Vém a pêllo consignar aqui uma observação relativa ao critrio da distincção entre coisa publica e privada. A palavra *publico* toma-se em duas accepções, significando, ora o que é de propriedade do povo, ora o que é de uso do povo. O mesmo acontece com a palavra *privado*, que

(47). Frag. 2.º, § 3.º, Dig. liv. 43, tit. 8.º citado. (48). Teixeira de Freitas. *Consolidação das leis civis*, 3.º edição, nota 15 ao art. 1333.

significa ora o que é de propriedade particular, ora o que é de uso particular ⁽⁴⁹⁾.

3. Divisão do direito patrio. —No direito patrio, os caminhos dividem-se em publicos e privados ou particulares. "*Nós distinguimos caminhos publicos e particulares, diz Pereira e Sousa. Aquelles, ou são estradas reaes, que conduzem de uma cidade, ou de uma villa a outra, ou azinhagas, que conduzem de uma para outra estrada. Estes (os caminhos particulares) são os que communicam uns predios com outros*" (50)

* *

4. Subdivisões. — Os caminhos publicos subdividem-se em

- a) *caminhos federaes,*
- b) *caminhos estaduaes e*
- c) *caminhos municipaes.*

*

* *

5. Servidão de caminho e caminho publico.—"*Não se deve confundir a servidão de transito, diz Lafayette, com os caminhos publicos geraes, provinciaes e municipaes. Os caminhos publicos não são servidões na accepção jurídica, mas onus impostos á propriedade immovel por uti-*

(49). Gianzana, *Le acque nel diritto civile italiano*, Torino, 1879, vol. 1.º, n. 1 e nota 1, e n. 2.

(50). Pereira e Sousa, *Diccionario jurídico*, verb. caminho.

lidade, não de outros predios, mas das pessoas"
(51). Os caminhos federaes ligam Estados.

Os estaduaes ligam municípios.

Os municipaes ligam pontos comprehendidos dentro do mesmo município.

Os caminhos publicos, observa Laxe, são estradas; os caminhos particulares são trilhos, atalhos, verêdas, caminhos no sentido restricto⁽⁵²⁾.

*
**

6. Atravessadouros. — Observa Teixeira de Freitas que aos caminhos vicinaes do direito romano correspondem os caminhos particulares e atravessadouros, de que fala a nossa lei de 9 de julho de 1773, § 12, confirmada pelo decreto de 17 de julho de 1778, e consolidada pelo mesmo Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 957, bem como pelo auctor da *Nova consolidação*⁽⁵³⁾.

Tambem correspondem aos vicinaes romanos os caminhos de que fala o nosso regulamento n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65, § unico.

§ 11.º Genese das servidões de caminho

Primitivamente, quando a terra ainda era de ninguem, *res nullius*, e o homem, então sem

(51). Lafayette, obra citada, § 130, nota 1. (52). Cortines Laxe, *Regimento das camaras municipaes*, 2.^a edição, 1885, pag. 181.
(Carlos de Carvalho, Nova consolidação, art. 606.

estabilidade, vagava de sitio em sitio, em busca de sua frugal alimentação, disputada ás feras, não era possível haver servidão de especie alguma, pois nem propriedade territorial havia.

Tornado o homem, de caçador, pastor e agricultor, teve necessidade de fixar-se no sólo. Com isto surgiu uma relação nova: a de vizinhança, necessaria pela natureza das coisas e necessaria tambem pela exigencia da defesa contra os ataques dos animaes bravios e mesmo de agrupamentos humanos hostis. A necessidade da adaptação a este novo *modus vivendi* fez surgir e desenvolver-se o espirito de sociabilidade. Parallelamente appareceu e desenvolveu-se a necessidade da troca de auxilios e da troca de productos, que pouco a pouco, lenta e gradualmente, gerou o commercio. As vias de comunicação tornaram-se destarte uma necessidade ineluctavel na vida do homem e dos agrupamentos sociaes, e um factor importantíssimo do seu progresso individual e social.

Estabeleceram-se, pois, os caminhos, uns por motivo de ordem publica, para a satisfação de necessidades—principalmente—sociaes; outros por motivo de ordem privada, para a satisfação de necessidades—principalmente—individuaes.

Os primeiros são os caminhos publicos, os quaes não constituem servidões no sentido tecnico da palavra, mas onus impostos á propriedade territorial, em proveito do publico, e não de outros predios.

Os segundos, quando instituídos sobre um predio, em proveito de outro predio visinho, constituem as servidões de caminho, tambem

denominadas servidões de transito e servidões de passagem, que são expressões synonymas (54)

§ 12

Noção de servidão de caminho

Servidão de caminho é, pois, a que communica um predio com outro predio ou com a estrada publica, atravez do predio ou predios intermedios (55).

§ 13

Evolução das servidões de caminho

1. Direitos pessoais e direitos reais.— Nos primeiros tempos do direito romano não existia a distincção, que mais tarde se fez, de direito real e direito pessoal. A homogeneidade característica da infancia de todas as instituições impera também no direito. A separação do direito das pessoas e do direito relativo às coisas, diz Sumner Maine, carece de sentido na infancia do direito... as distincções dos ultimos juristas só convêm aos ultimos tempos.. (56).

(54) O decreto federal n. 720 de 5 de setembro de 1890 (regulamento da divisão e demarcação das terras particulares), art. 65, § unico, usa da primeira expressão—*servidão de caminho*. As outras expressões—*servidão de transito* e *servidão de passagem*—encontram-se a cada momento, ao estudo do assumpto. Lafayette, obra citada, § 130, n. 1.

(55) Pr. Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, de *servitutibus*; frag l.o, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º de *servitutibus praediorum rusticorum*; Lafayette, obra citada, § 130, n. 1.

(56) Cogliolo, *Saggi sopra Pevoluzione del diritto pri-vato*, Torino, 1885, pag. 91; Sumner Maine. *Ancien droit*, trad. de Courcelle Seneuil, pag. 244, citado pelo mesmo Cogliolo.

2. Direitos reaes primitivos.—Num estado mais adeantado da evolução jurídica é que se operou uma diferenciação e surgiu então a distincção entre direitos pessoaes e direitos reaes.

Os, primeiros direitos reaes conhecidos pelos romanos foram algumas servidões prediaes rusticas, que, na opinião de muitos, remontam á lei das XII taboas.

Quatro são essas mais antigas servidões conhecidas no direito romano, a saber:

- a) *Rivus*, mais tarde denominada *aqueduc-tus* (servidão de passagem de agua); b) *Aqua*, mais tarde denominada *aquae-haustus* (servidão de tirar agua do poço ou fonte do visinho);
- c) *Iter* (servidão de caminho), e
- d) *Actus* (servidão de caminho mais ampla que a primeira).

Estas quatro servidões rusticas são os *jura itinerum et aquarum* referidos por Cicero.

Uma prova de sua vetustez está em que estas servidões foram contempladas em o numero das *res Mancipi*, o que ao mesmo tempo dá ideia da sua grande importancia entre os romanos, dedicados á agricultura (57).

(⁵⁷) Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, § 49; *Filosofia del diritto privato*, § 23; Gaio, *Insts.*, commentario II, §§ 29 e 31, traduzidas e commentadas por Pellat, Paris, 1844, pag. 100; Mommsen, *Histoire romaine*, vol. I.^o, pags. 229-31.

3. Diferenciação dos *jura itinerum*. -*Non igitur fuerunt servitutes uno impetu receptae, sed paulatim inductae, utilitate impellente*, lê-se em Solon ⁽⁵⁸⁾.

A principio, a servidão de caminho era em Roma uma instituição homogênea, que constituía todos os *jura itinerum* indistinctamente.

A palavra *iter*, derivada de *ire*, compreendia então todos *esses jura* indefinidos, tendò, portanto, uma significação mais ampla do que a que lhe foi mais tarde attribuída pelo direito romano. Num estadio mais adeantado da evolução, operou-se uma diferenciação nesse todo homogêneo, e os *jura itinerum* desdobraram-se em dois ramos, constituindo duas espécies de servidão de transito, a saber:

- a) *iter* e
- b) *actus*.

Proseguiu a evolução, sobreveiu nova diferenciação, e de *actus* destacou-se a *via*, a mais recente e a mais importante de todas as servidões de caminho romanas. Eis, pois, a marcha evolutiva das servidões de caminho no direito romano:

- a) *iter*, a mais antiga e a menor de todas;
- b) *actus*, a média no tempo e na extensão, e
- c) *via*, a mais nova e a maior de todas.

Esta tríplice gradação, perfeitamente accôrde com a lei da evolução, a que estão sujeitos

(58) Solon, *Traité des servitudes réelles*, Paris, 1837, introdução, pag. XV.

todos os phenomenos de todas as ordens, conforme vem exposto em nossos *Ensaio de philosophia do direito*, bastou para a satisfação de todas as exigencias do progresso no seio daquele povo, até o seu desaparecimento do mappa das nações. Resume, pois, o ultimo estadio da evolução do instituto sujeito.

§ 14

Importancia das servidões de caminho

A importancia desta especie de servidão rural ou rustica é evidente e sobejamente comprovada pelas fontes. Basta attender para sua immensuravel utilidade e imprescindível necessidade na agricultura e para o grande numero de normas que o direito lhe dispensa.

Imagine-se uma fazenda de terras de primeira ordem, bem montada, com todos os requisitos de uma bôa propriedade agricola, mas encravada ! Põe fóra de duvida sua grande importância o facto de terem ellas sido consideradas *res Mancipi* pelo antigo *jus civile romanorum*. Demais, são do numero das servidões por excellencia, *servitutes per excellentiam*.

E não seriam *res Mancipi*, nem servidões por excellencia, si não exercessem de facto influencia decisiva na economia agricola romana⁽⁵⁹⁾.

(59) Mommsen, *Histoire romaine*, vol. 1.º, pags. 229-31.

Outra prova, e mui robusta, de sua importância, é o facto de terem sido as primeiras creadas pela relação de vizinhança. Téu, pois, razão Marezoll, quando diz (§ 106) que as servidões *itineris, actus e viae* (e *aquaeductus*) são as mais interessantes para um povo dado á agricultura.

§ 15

Natureza do conteúdo das servidões de caminho

As servidões consistem no facto de poder o proprietario do predio dominante passar pelo predio serviente. E' acto independente em si, e só concernente ao predio serviente de modo mediato, ao contrario do que se dá, v. g., com a servidão *tigni immittendi*, que consiste em um facto que se liga de modo immediato á posse mesma do predio serviente (60).

§ 16

As servidões de caminho são servidões positivas

Todas as servidões são, segundo os interpretes, positivas ou negativas. (Veja-se o § 3.º, n. 1). O direito conferido pela servidão ao

(60) Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, traducção de Staedtler, 7.^a edição, Paris, 1866, § 46; Lafayette, obra citada, 119, nota 8.

seu titular consiste, para este, *in faciendo* ou *in prohibendo*. *In faciendo*, quando a servidão attribúe a seu titular a faculdade de praticar no predio alheio actos que, sem existir a mesma servidão, não poderia elle praticar. *In prohibendo*, quando a servidão attribúe a seu titular a faculdade de prohibir que o dono do predio serviente pratique actos que, antes da servidão, podia elle praticar no seu predio.

As primeiras são as servidões positivas ou affirmativas. As segundas são as servidões prohibitivas ou negativas.

Esta divisão, que têm a vantagem de memorar a regra—*servitus in faciendo consistere nequit*, é feita sob o ponto de vista do conteúdo das servidões ⁽⁶¹⁾.

E têm assento só no texto de Pomponio, que faz o frag. 15, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, de *servitutibus* ⁽⁶¹⁾.

*
* *

Savigny chama á servidão positiva—*servitus quae in patiando consistit*; e á servidão negativa—*servitus quae in non faciendo consistit* ⁽⁶²⁾.

Já se vê que as expressões *in patiando* e *in non faciendo* se referem ao dono do predio serviente. Representam o onus que sobre elle pesa.

E as expressões *in faciendo* e *in prohibendo* se referem ao dono do predio dominante.

(61) Arnò, obra citada, § 4.º, pags. 15 e 16. (62). Savigny, Tratado da posse, § 46.

Representam a vantagem que lhe attribúe a servidão.

Ora, isto posto, é claro que as servidões de caminho, consistentes na passagem ou transitio pelo predio alheio, são servidões *positivas*.

§ 17

As ar servidões de caminho são
descontinuas

Os interpretes, fundados no frag. 14, pr. de Paulo, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*, e no frag. 20, pr., do mesmo jurisconsulto, Dig., liv. 8.º, tit. 2., *de servitutibus praediorum urbanorum*, dividem as servidões em *continuas* e *descontinuas*. *Continuas* são as que se exercitam independentemente de facto do homem, como, v. g., a servidão de fauconductor. *Possessione retinentur*, nos termos do citado frag. 20, pr., de Paulo. *Descontinuas* são *aquellas, cujo uso depende de actos pessoaes do dono do predio dominante*, como seja, v. g., a servidão de tirar agua, *aquaehaustus*. Estas são taes, *ut non habeant certam continuamque possessionem*, nos termos do outro frag., tam-bem citado, do mesmo jurisconsulto.

Esta divisão, está-se vendo, assenta sobre o modo do exercício da servidão ⁽⁶³⁾. Ora, deante do exposto, é claro que as servidões de caminho são *descontinuas*. E Paulo dil-o naquelle

(63) Serafini, obra citada, § 79; Lafayette, obra citada, § 119, n. 3.

frag. 14, pr., *ibi*: «*nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur*».

§ 18

As servidões de caminho são, em regra,
apparentes

Os interpretes do direito romano dividem ainda as servidões em *apparentes* e *não apparentes*. *Apparentes*—aquellas que se manifestam por signaes exteriores, como a de passagem de agua, aqueducto. *Não apparentes* —aquellas, que se não revelam por signaes visíveis, como a de não levantar o edificio mais alto, *servitus altius non tollendi* (64).

As servidões de caminho, salvo o caso de não ser visível o caminho serviente, são servidões *apparentes*, porque, commumente, os caminhos constituem signaes bem visíveis. Esta divisão, porém, não tem assento nos textos do direito romano: é criação dos seus interpretes. E têm sua importancia com relação ás normas reguladoras da aquisição das servidões ⁽⁶⁵⁾.

(64) Serafini, obra citada, § 79; Lafayette, obra citada, § 119, n. 3.

(65) Lafayette, obra citada, § 119, n. 3: § 133, n. 5 e nota 9.

CAPITULO III

Principios fundamentaes communis ás servidões de caminho.

SUMMARIO

§ 19. *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.* § 20. *As servidões de caminho in solo consistunt.* § 21. *A quem incumbem? as despesas com a abertura e conservação dos caminhos?* § 22. *A quem incumbe a prova da» servidões de caminho?*

§ 19

Non debet; cui plus licet, quod minus est non licere.

Com relação ás servidões de caminho, vigora o principio ensinado por Ulpiano, no frag. 21, Dig., liv. 50, tit 17, *de regulis juris: Non debet, cui plus licet. quod minus est non licere.* Assim, a servidão mais onerosa inclúe a menos onerosa, e esta exclúe aquella. V. g., a servidão *viae* inclúe a servidão *actus*, e esta exclúe a servidão *viae* (66).

(66). *Pr. Insts.*, liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frags. 1.º e 7.º, *Dig.*, liv. 8º., tit. 3º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frags. 21 e 110, *Dig.*, liv. 50, tit. 17; Lafayette, obra citada, § 130, n. 1; Didimo, *As servidões reaes*, n. 347.

§ 20

As servidões de caminho in solo consistunt

«*Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*, segundo o conceito de Paulo (Frag. 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*).

As servidões prendem-se umas ao solo, outras á superfície. As primeiras são as ruraes, que adherem ao solo, sem relação necessaria com os edificios, e são inconcebíveis e inexercitaveis sem a ideia de sólo.

As segundas são as urbanas, que adherem á superfície, e são inconcebíveis e inexercitaveis, sem a ideia de edificio ou construcção. As servidões de caminho pertencem ao numero das que *in solo consistunt* ⁽⁶⁷⁾.

§ 21

A. quem incumbem as despesas com a abertura e conserva- ção do caminho serviente?

Quem têm uma servidão constituída em seu favor têm implícito o direito de praticar todos os actos necessarios ao exercício desta servidão (68). A constituição de uma servidão envolve

(67). Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º, pag. 265; Lafayette, obra citada, § 119, n. 1 e nota 2.

(68). Frag. 10, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º; frag. 20, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º; frag. 3.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º; Mackeldey, obra citada, § 320, n. 7. Veja-se o § 26, adeante.

implicitamente a constituição de todas as servidões accessoriamente necessarias ao exercício da servidão expressamente concedida. Por exemplo: Quem têm a servidão de tirar agua, *aquaehaustus*, têm também a servidão de caminho, *servitus itineris*, sobre, o terreno do dono do poço ou fonte. «*Qui habet haustum, diz Ulpiano, iter quoque habere videtur ad hauriendum-* (69).

Como a servidão, para o proprietario do predio serviente, *in faciendo consistere nequit* (§ 3.º, n. 1), não é este proprietario obrigado a abrir o caminho serviente e nem a fazer as reparações ou concertos necessarios a seu uso e a sua conservação.. O proprietario do predio dominante não têm na servidão titulo legitimo para exigir-o do outro. Todas as obras necessarias ao exercício e conservação das servidões, como abertura dos caminhos servientes e suas reparações, devem ser feitas á custa do titular da servidão ⁽⁷⁰⁾.

§ 22

A. quem incumbe a prova das servidões descaminho?

O domínio, direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corporea, na substancia, accidentes è accessorios, e que têm como caracteres ser illimitado e exclusivo, conforme ensina

(69). Frag. 3.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º; Lafayette, obra citada, § 118, A. Veja-se o § 26, adeante
⁽⁷⁰⁾. Frag. 6.º, § 2.º, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º; arg. do frag. 15, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º; Mackeldey, obra citada, § 320. n. 7; Lafayette, obra citada, § 118, A. Veja-se o § 23, adeante.

Lafayette (*Direito das cousas*, § 24), presume-se plenamente livre, isto é, presume-se que todos os direitos elementares, que o constituem, estão reunidos na pessoa do proprietário. Esta é a regra. Qualquer limitação a ella posta constitúe excepção e como tal não se presume, deve ser provada, e soffre interpretação restrictiva. E' materia *stricti juris*, como o é toda a excepção.

A servidão, como ficou exposto (§ 1.º, n. 1), é uma dessas excepções. *Quilibet fundus liber à servitutibus esse praesumitur*. E deve ser interpretada restrictivamente. *Servitutes strictè sunt interpretando*, diz Strykio (71).

Destes princípios decorre que a prova da servidão incumbe a quem allega tê-la em seu favor, de accôrdo com o conhecido brocardo-*onus probandi incumba affirmanti*. Ou, como diz Paulo, «*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*». E, si não adduz prova, deve abstêr-se de exercer qualquer limitação á propriedade alheia. *Allegare et non probare nihil prodest* (72).

(73) Strykio, Opera omnia, vol. 3.º, dissertação 5º cap. 4.º, n. 10.

(72). Glück, obra citada, § 630, vol. 7.º; frag. 2.º, Dig., liv. 22, tit. 3.º, *de probationibus et praesumptionibus*.

CAPITULO IV

Direitos e onus inherentes ás servidões de caminho

SUMMARIO

- § 23. *Aos direitos do titular das servidões de caminho não correspondem obrigações pessoaes.*
- § 24. *Concurso de obrigações pessoaes com os onus.*
- § 26. *Os direitos e onus não são propriamente dos predios, mas de seus proprietarios.*
- § 28. *Enumeração dos direitos do titular das servidões de caminho.*
- § 27. *Enumeração dos onus do proprietario do predio serviente, nas servidões de caminho.*
- § 28. *Obrigações propter rem.*

§ 23

Aos direitos do titular da servidão de caminho não correspondem obrigações pessoaes.

1. Noção de obrigação. — Tratando de indagar (no § 21) quem devia occorrer ás despesas com a factura e conservação dos caminhos servientes, vimos que o titular de uma servidão qualquer têm direito á pratica de todos os actos indispensaveis ao exercício de sua servidão, actos que, ás vezes, constituem o conteúdo

de outras servidões. Cumpre accrescentar que a esses direitos não correspondem obrigações pessoais, isto é, não correspondem obrigações no sentido da technica do direito romano, em que as obrigações são sempre essencialmente pessoais. Na obrigação (propriamente dita), ha sempre duas pessoas certas, determinadas, uma das quaes está adstricta a uma prestação para com a outra. Esta, o titular ou sujeito activo da obrigação, só póde exigir o cumprimento desta obrigação, correlata a seu direito, da pessoa obrigada ou sujeito passivo da mesma obrigação.

Neste caso, é verdadeiro o brocardo dos interpretes do direito romano : *Jus et obligatio surtt correlata*, o qual, não se perca de vista, suppõe, de um lado, um direito pessoal, isto é, exigível só de uma pessoa certa e determinada; e, de outro lado, a obrigação no sentido rigoroso do direito ⁽⁷³⁾.

2. Noção de direito real. — Não são desta especie os direitos que assistem ao titular de uma servidão qualquer. Este só têm direitos reais, que são profundamente diversos daquelles. Affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessoa alguma, segui-lo incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor, eis o effeito constante do direito real, eis seu caracter distinctivo. Este caracter é opposto ao do direito pessoal, que não adhire ao objecto da propriedade, não o segue; mas prende-se

(78) Maynz, *Cours de droit romain*, 5.^a edição, 1891, § 1

exclusivamente á pessoa obrigada, — *ejus ossibus adhaeret ut lepra cuti* ⁽⁷⁴⁾.

O direito real pleno é a propriedade ou domínio, com todos os direitos elementares, que constituem o mais amplo poder jurídico do homem sobre a coisa.

Os direitos reaes na coisa alheia, *jura in re aliena*, são mais ou menos importantes, mais ou menos extensivos, conforme a natureza de cada uma de suas especies, convindo notar que o direito real denominado — *servidão* constitúe um genero, que se desdobra em diferentes especies, cada uma com a sua denominação especial, como, v. g.: *servitus itineris*, *servitus aquaeductus*, *servitus tigni immittendi*, etc.

O domínio é o poder completo e generico sobre a coisa, abrangendo-lhe todos os usos, todas as utilidades, na mão de uma só pessoa: o proprietario. E' o *jus in re sua*.

O *jus in re aliena* é um direito parcial, fraccionario, desmembrado do domínio, para o fim de attribuir, a quem não é proprietario da coisa, um dos usos desta. Aquelle, o *dominium ou proprietas* é um direito real indeterminado e illimitado.

Este, o *jus in re aliena*, é um direito real determinado e limitado pela sua natureza especifica.

3. Direitos do titular da servidão.—

Assim, para se determinarem taxativamente os

(74) Teixeira de Freitas, Introdução á Consolidação das leis civis, 3.^a edição, pag. LXX.

direitos do titular da servidão, é mistér, antes de tudo, saber qual é a especie de servidão, de que se trata. Seus direitos medir se-ão pelas necessidades do predio dominante, que a constituição da servidão têm em vista satisfazer, não se deixando, porém, no olvido o *civiliter modo* imposto pela natureza de qualquer servidão, que sempre *strictè interpretando, est* ⁽⁷⁵⁾: Isto posto, podemos dizer que os direitos, que competem ao titular das servidões de caminho, são aquelles que lhe attribue cada uma das especies deste genero de servidões, isto é: o *iter*, o *actas* e a *via*, esta attribuindo-lhe o maximo de direitos, aquella o minimo, guardando a *servitus actus* o meio termo. Nos capítulos seguintes será mais precisa e individualmente conhecida esta gradação de faculdades.

§24

Concurso de obrigações pessoas com os onus

Si os onus, que incumbem ao proprietario do predio serviente não constituem, como acabamos de vêr, obrigações pessoas, é, porém, certo que com elles podem concorrer obrigações pessoas. E assim acontece muitas vezes. Parellelamente á servidão, no mesmo acto ou em acto separado, podem as partes, proprietarios dos predios dominante e serviente, convencionar a prestação de factos extranhos á natureza da ser-

(75) Cogliolo, Filosofia del diritto privato, § 23 ; Lafayette, obra citada, § 118, A. Veja-se o § 6.º, n. 6, acima.

vidão e constitutivos de obrigações pessoais, embora tendentes a ampliar ou restringir a extensão da mesma servidão. Estas convenções geram direitos pessoais e obrigações pessoais.

É instituto pertencente ao direito das obrigações, ramo a que é estranho o assumpto que faz objecto de nossa modesta monographia, assumpto que pertence ao *direito das coisas*, também chamado *direito dos bens*. Devem, pois, pautar-se, pelas normas jurídicas fornecidas por esse outro ramo do direito civil.

§ 25

Os direitos e onus não são propriamente dos predios, mas de seus proprietarios.

Um outro ponto merece attenção e explicação, por ser muito interessante. Si a servidão (referimo-nos á servidão real ou predial, *servidão por excellencia*) é constituída em proveito exclusivo de um predio, o dominante, e em detrimento exclusivo de outro predio, o serviente, sem a menor attenção ás pessoas de seus respectivos proprietarios, como consta, sem a menor duvida, de textos claros e terminantes do direito romano, parece haver uma horrível confusão de ideias no facto de falarmos de direitos e onus daquelles proprietarios, a quem a servidão não presta consideração alguma. Não implicará grande contradicção — reconhecer direitos no dono do predio dominante e onus no dono do predio

serviente, quando estes direitos e estes onus são pela lei concedidos só aos predios?

I

Não. Não ha contradicção alguma. Nem tão pouco são os predios, em rigor, os sujeitos activos e passivos das servidões.

E a razão é simples.

Quando o direito se exprime por aquella fórma, como que personificando os predios e attribuindo ás servidões o qualificativo de *jura praediorum*, usa de uma linguagem figurada.

As coisas não têm direitos, nem obrigações, nem são susceptíveis de coacção judicial, mediante uma acção. E' verdade que existem coisas personificadas, capazes de certos direitos e obrigações. São as chamadas pessoas moraes ou pessoas jurídicas. Mas, no caso sujeito, não se trata disso: os predios, aqui, não são pessoas jurídicas, mas coisas ⁽⁷⁶⁾.

§ ²⁶ Enumeração dos
direitos do titular das servidões de caminho

A constituição de uma servidão de caminho é destinada a satisfazer uma necessidade do predio dominante. O titular da servidão póde praticar todos os actos exigidos pela indole dessa necessidade ou dessa servidão, que se destina a satisfazer-a: «*Todos os actos, sem os quaes o exercício das servidões se tornaria impossível*», diz Lafayette. *Non ultra esse, quám quatenus ad eum ipsum fundum opus sit* (Frag.

(76) Ihering, obra citada, § 46, vol. 3.º, pag. 73.

5.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*).

O titular da servidão póde, pois, praticar, entre outros, os seguintes actos:

1.º Abrir o caminho no predio serviente, podendo fazer aterros, escavações, pontes e o mais que necessario fôr, de accôrdo com as circumstanCIAS de cada caso e com a extensão propria da servidão de que se tratar: *iter, actus e via. Si iter legai um sit, qua, nisi opere facto, iri non possit licere fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait* (Frag. 10, Dig., liv., 8.º, tit. 1.º; Solon, obra citada, n. 451).

2.º Concertar o caminho e fazer as obras que fôrem necessarias para o seu uso e conservação, occupando outros logares do predio serviente com os materiaes precisos (77).

3.º Remover qualquer obstaculo que impeça o exercício da servidão, como, v. g., uma arvore atravessada no caminho, conforme nota Ulpiano⁽⁷⁸⁾.

4.º Pôr no predio serviente o pessoal preciso para as obras⁽⁷⁹⁾.

Outros actos póde praticar o proprietario do predio dominante, mas sempre *civiliter modo*

(77) Caepolla, obra citada, tract. I.º, cap. XXIII, n. 9; Borges Carneiro, Direito civil de Portugal, Lisboa, 1847, liv. 2.º, § 80, n. 10. Veja-se o § 21, acima.

(78) Frag. 4.º, § 5.º, Dig. liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, Glück, obra citada, § 666, vol. 8.º, pag. 70; Borges Carneiro, Direito civil de Portugal, liv. 2.º, § 80, n. 4.

(79) Frag. 11, pr., § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum. tam urbanorum, quàm rusticorum*; Caepolla, obra citada, tract. I.º, cap. XXIII, n. 9; Glück, obra citada, § 666, vol. 8.º, pag. 74; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 80, n. 10; LaFayette, obra citada, § 118.

e arbitrio boni viri, tendo em atenção a natureza, o acto constitutivo da servidão e os costumes do lugar. Este preceito está em perfeita harmonia com a natureza do instituto das servidões em geral, materia de interpretação restrictiva, por constituir excepção á plena liberdade do domínio ou propriedade.

Note-se que o titular da servidão não é responsavel pelos danos causados naturalmente, pelo uso legitimo da servidão, ao predio serviente (Glück, § 666, vol. 8.º, pag. 76; frag. 20, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º).

§ 27

Enumeração dos onus do proprietario do predio serviente, nas servidões de caminho

Estes onus constituem o verso do quadro que acaba de ser descripto. Com este reparo, regem-se pelos mesmos princípios.

Assim, o dono do predio serviente é, correspondentemente, obrigado:

1.º A supportar que se pratiquem todos os actos inherentes á especie de servidão, de que se tratar: *adimada servitutum*. Com isto põe em pratica o *in patiando*, de que temos já feito menção (§ 3.º, n. 1).

2.º A permittir a pratica de todos os actos necessarios á conservação do caminho ⁽⁸⁰⁾.

(80) Lafayette, obra citada, § 118, B; Didimo, *As servidões reaes*, ns. 335 e 347.

3.º A abster-se de qualquer acto que embarace o exercício da servidão, ou lhe diminua as vantagens, como, v. g., a construção de uma casa no caminho ⁽⁸¹⁾. É muito mais ainda daquelles actos a que se possa applicar o principio: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id obligatus es*.

4.º A não constituir sobre o predio serviente outra servidão, que prejudique a servidão já constituída. *Prior tempore potior jure*. Não pôde, v. g., conceder a outrem a *servitus aquaeductus* no lugar serviente, porque esta servidão prejudica a servidão de caminho: "*Per quem locum, diz Pomponio, viam alii cessero, per eundem alii aquaeducium cedere non potero*" ⁽⁸²⁾.

5.º A não mudar o caminho serviente de um ponto para outro do seu predio, uma vez que esta mudança seja prejudicial ao predio dominante ⁽⁸³⁾.

6.º A não passar pelo caminho, isto prejudicar a servidão.

Do exposto, infere-se que o dono do predio serviente pôde, v. g.:

(81) Frag. 17, pr, Dig., liv 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum*; frag. 20, § 6.º, Dig., *eodem tit*; frag. 13, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*, em que diz Javoleno: «*Si totus ager itineri, aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant*»; Glück, obra citada, § 666, vol. 8.º, pag. 70.

(81) Frag. 14, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Van Wetter, obra citada, § 242.

(82) Glück, obra citada, vol. 8.º, pag. 76, nota *m* (Appendice do traductor Carlos Fadda). Este ponto têm dado logar a mui renhida controversia, devido á pouca clareza dos textos do direito romano a respeito. Veja-se o § 80, ns. 5 e 6, adiante.

- a) passar pelo caminho serviente, si sua passagem fôr compatível com o uso da servidão pelo titular desta;
- b) constituir outras servidões, comtanto que não offendam a servidão de caminho;
- c) fazer obras no caminho, concertal-o e melhoral-o, debaixo da mesma clausula;
- d) mudar o caminho, si isto lhe fôr util, sem ser nocivo ao predio dominante.

§28 Obrigações

propter rem

Aos onus, que das servidões de caminho resultam para o proprietario do predio serviente, chamam alguns juristas *obligationes propter rem, e ipsarum rerum obligationes*. Esta tecnologia póde ser acceitá, tendo-se, porém, o cuidado de se não confundir este instituto com o das obrigações propriamente ditas ⁽⁸⁴⁾.

O que ficou exposto no § 23 é sufficiente para prevenir essa possível confusão.

⁽⁸⁴⁾ Glück, obra citada, vol. 8.º, pag. 240 (Appendice do traductor italiano).

CAPITULO V

Da quasi-posse das servidões de caminho

SUMMARIO

§ 29. Noção da quasi-posse das servidões de caminho. § 30. Princípios reguladores da quasi-posse das servidões de caminho. § 31. Elementos da quasi-posse das servidões de caminho. § 32. Protecção da quasi-posse independente de direito preexistente. § 33. Direitos reaes susceptíveis de quasi-posse. § 34. Aquisição e perda da quasi-posse das servidões de caminho. § 86. Efeitos da quasi-posse das servidões de caminho.

§29

Noção da quasi - posse das servidões de caminho

1. A *posse* é o exercido do mais amplo direito real, do direito exclusivo e illimitado, o direito de propriedade, que abrange a coisa corporea em sua totalidade, compreendendo todos os direitos reaes elementares, constituindo, na phrase de Picard, a relação jurídica mais completa, que o titular de um direito póde ter sobre

uma coisa material ⁽⁸⁵⁾. E' um poder physico completo sobre a coisa corporea, com que a propriedade ou domínio se confunde (Lafayette, *Direito das cousas*, § 1º, n. 4).

A *quasi-posse* é este mesmo poder, com a differença apenas de ser limitado a um desses direitos reaes elementares, *jura in re aliena*, desmembrados da propriedade.

O proprietario não póde ter a *quasi-posse*, porque têm a coisa toda em seu poder: têm a *posse*. O *jus in re aliena* é um desmembramento da propriedade. A *posse* do *jus in re aliena* é um desmembramento da *posse* da propriedade. Esta é uma *possessio corporis*, porque propriedade e coisa, seu objecto, se confundem.

Aquella é uma *possessio juris*, porque o direito real, *jus in re aliena*, é um direito parcial, e, pois, não se confunde com a propriedade, e denomina-se *quasi-posse*, por opposição á *posse* e para evitar o emprego de um circumloquio, que traduzisse a notada distincção, visto não haver para as *quasi-possessions* nomes especiaes, distinctivos de cada especie, como os ha para os *jura in re*, que são:

- a) *servitus*,
- b) *emphyteusis*,
- c) *superfícies* e
- d) *pignus et hypotheca*.

"*Possessionem vel corporis vel juris*», diz o frag. 2º, § 3.º, Dig., liv. 43, tit 26, de *precario* ⁽⁸⁶⁾.

(85) Edmond Picard, *Le droit pur*, Paris, 1899. pags. 128 e 136.

(86) Savigny, *Tratado da posse*, § 12; Bonjean, *Traité des actions*, § 329, vol. 2.º, pag. 386, n. VI; Ribas, *Da posse*, pag. 93.

A *posse* é um poder de facto total sobre a coisa.

A *quasi-posse* é um poder de facto parcial sobre a coisa. Como o domínio é a somma de todos os direitos reaes, a *posse* é a somma de todas as *quasi-posses*. Ou, por outras palavras: a reunião de todas as *quasi-posses* possíveis sobre os direitos reaes destacaveis de uma dada propriedade (ou coisa)—dá a *posse* desta coisa, isto é, o poder physico sobre todas as suas partes, todos os seus usos, todas as suas utilidades. Falando a linguagem de Ihering,—a *posse* é a exterioridade da propriedade, e a *quasi-posse* - a exterioridade do direito real, a que diz respeito.

Podemos enfim definir a quasi-posse das servidões de caminho—o *poder physico do senhor do predio dominante sobre o predio serviente, limitado ao transito, com a intenção de exercer um direito proprio de titular de servidão*.

§ 30

Princípios reguladores da quasi-posse das servidões de caminho

Esta identidade fundamentei traz importante consequencia: os princípios reguladores do instituto da *posse* são, *mutatis mutandis*, os princípios reguladores do instituto da *quasi-posse*. E o direito protege a quasi-posse pela mesma razão que protege a posse ⁽⁸⁷⁾.

(87) Serafini, obra citada, § 56; Lafayette, obra citada, § 17 vol. 1.º pags. 49 a 51; Savigny, Tratado da posse, § 12. pag. 168; Bonjean, *Traité des actions*, § 329, vol. 2.º, pag. 387.

§ 31**Elementos da quasi-posse das servidões de caminho**

A' vista do exposto, é facil de vêr que os elementos da *quasi-posse* são igualmente dois, como os da posse:

a) *corpus et*

b) *animus*.

Corpus é o exercicio material do direito real, isto é, a pratica effectiva do acto constitutivo do direito real, como, v. g., da servidão. Quem passa pelo predio visinho tem o *corpus* da *quasi-posse* da servidão de caminho.

Animus é a intenção de praticar o acto, a titulo 'de direito.

« A *quasi-posse*, diz Lafayette ⁽⁸⁸⁾, resulta da reunião de dois elementos, analogos ás duas condições constitutivas da posse : — o exercicio material dos direitos reaes, com a intenção de exercer-os para si (*sibi habendi*)».

Em outro lugar, e a proposito mesmo das servidões ⁽⁸⁹⁾, accrescenta elle, com a sua proverbial clareza e precisão, denunciadoras de um cerebro bem organizado: Consiste a quasi-posse das servidões no exercicio dos actos phisicos pelos quaes ellas se manifestam, praticados com a intenção de quem usa de um direito proprio. A pratica dos actos, que fazem o objecto da servidão, constitúe o elemento material

(88) Frag. 7.º, Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; Lafayette. obra citada, § 17, n. 3, vol. I.º, pag. 51. (89) Lafayette, obra citada, § 131.

da quasi-posse; fórma o elemento moral a intenção que anima taes actos». Todos estes princípios, é bem de vêr-se, applicam-se á *quasi-posse das servidões de caminho*.

Muitos são os textos do *Corpus juris*, que provam a existencia da quasi-posse dos direitos reaes em direito romano ;⁽⁹⁰⁾.

Muitos são também aquelles que comprovam a necessidade, que ha, de ser o exercício do acto constitutivo do direito real acompanhado da intenção de quem usa de um direito proprio. *Servitute usus non videtur*, diz o jurisconsulto Paulo, *nisi is, qui suo jure uti se credit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit*. Este texto está no frag. 25, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*. «*Si perfundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus: inutile est et interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedissee oportet*», diz um outro jurisconsulto romano no frag. 7.º,

(90) Pr. Insts., liv. 4.º, tit. 15, de interdictis; frag. 2.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; frag. 23, Dig., liv. 4.º, tit. 6.º, *ex quibus causis majores (viginti quinque annis) in integram restituuntur*; frag. 10, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad aliam pertinere negetur*; frag. 3.º, § 17, Dig., liv. 43, tit. 16, *de vi, et de vi armata*; frag. 7.º, Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; frag. 2.º, § 3.º, Dig., liv. 43, tit. 26, *de precario*; const. 10.º, Cod., liv. 7.º, tit. 32, *de acquirenda et retinenda possessione* Gaio, Insts., com. 4.º, § 139, pr., edic^o So Pellat, pag. 422; Van Wetter, *Traité de la possession tn droit romain*, Paris, 1868, pags. 75 e 185; Mackeldey, obra citada, § 248.

Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actusque privato* ⁽⁹¹⁾.

§ 32

Protecção da quasi-posse independente de direito preexistente.

Cumpra observar que o direito protege a quasi-posse das servidões e, consequentemente, a *quasi-posse das servidões de caminho*, sem exigir prova de que a mesma emane de um direito preexistente. Trata-se da quasi-posse de uma dada servidão de caminho? Pretende-se obter para ella a protecção judicial ?

Cumpra provar o facto da quasi-posse. O direito não está em questão. E isto nada mais é que distinguir o petitorio do possessorio. «*Hoc interdicto*, diz Ulpiano, *praetor non inquit, utrum habuit jure servitutem impositam, an non. Sed hoc tantum, an itinere actusque hoc anno usus sit non vi, non ciam, non precario*». Este texto vê-se no Dig., frag. 1.º, § 2º, liv. 43, tit. 19, *de itinere actusque privato*.

No frag. 1.º, § 10, Dig., liv. 43, tit. 20, *de aqua quotidiana et aestiva*, diz ainda o mesmo jurisconsulto: *Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit: cum non in jure, sed in facto erravit, dicendum est eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit*

⁽⁹¹⁾ Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, § 23, pags. 203-4.

Sufficit enim, si Jure se ducere putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit ⁽⁹²⁾.

§33

Direitos reaes susceptíveis de quasi-posse

Todos os direitos reaes serão susceptíveis de quasi-posse? Ha quasi-posse a) da servidão, b) da emphyteuse,

c) da superfície e

d) do penhor e hypotheca?

Não: só ha quasi-posse da servidão e da superfície. Isto em direito romano, pois a superfície, no direito patrio, não é direito real ⁽⁹²⁾.

§ 34

Acquisição e perda da quasi-posse das servidões de caminho

1. Como se adquire? Assim, quem pratica actos constitutivos do exercício da servidão de caminho, em um predio, têm o

(92) Frag. 1.º, § 9.º, Dig., liv. 43, tit. 21, *de rivis*; frag. 2.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; Ribas, *Da posse*, pag. 94; Lafayette, obra citada, § 17, n. 1; Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pag. 366.

(93) Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, § 12; Dig., liv. 43, tit. 18, do *superficiebus*, e tit. 19, *de itinere actuque privato*; Lafayette, obra citada, § 17, nota 2; Ribas, obra citada, pags. 93-5 e 175-6; Cogliolo, *Filosofia del diritto privato*, § 23, nota 171.

corpus, primeiro elemento da quasi-posse desta servidão. E, si pratica-os com a intenção de usar do direito de servidão de caminho, têm o *animus*, segundo elemento da quasi-posse desta servidão.

Isto feito, têm o mesmo adquirido a quasi-posse da servidão, de que se tratar.

Por exemplo: Si alguém abre um caminho através do predio alheio, têm o *corpus*.

Si o faz com a intenção de exercitar o direito de servidão de caminho sobre esse predio, têm o *animus*. O mesmo se deve dizer de quem passar pelo predio visinho com o intuito de estabelecer servidão de caminho sobre elle. Têm os dois elementos: o *corpus* e o *animus*. Têm adquirido a respectiva quasi-posse.

Si, porém, a abertura do caminho ou a passagem através do predio visinho não é acompanhada da intenção de exercer servidão de transito, do *animus possidendi* ou *sibi habendi*, quem exercita esses actos não adquire a quasi-posse.

No mesmo caso está quem passa por acaso ; quem passa por se achar a estrada publica obstruída na occasião. Em todos estes ultimos casos, não se opéra a aquisição da quasi-posse da servidão de caminho, por faltar o segundo elemento,—o elemento psychico.

* *

2. Aquisição por meio de representante.—E' indifferente que os actos constitutivos

da quasi-posse sejam exercitados pelo proprio adquirente ou por alguém em seu nome. Num e noutro caso, é sempre o senhor do predio dominante quem adquire a quasi-posse. A aquisição da quasi-posse opéra-se independentemente do consentimento do proprietario do predio onerado, e mesmo no caso de opposição deste, cuja resistencia seja remoyida pela força do adquirente da quasi-posse ⁽⁹⁴⁾

∴

3. Como se perde?—Assim como a quasi-posse das servidões de caminho se adquire mediante o concurso dos dois elementos, *corpus et animus*, perde-se pelo desaparecimento de qualquer destes dois elementos, como si o proprietario do predio serviente obstasse á pratica dos actos constitutivos do exercício da servidão. Este impede, v. g., a passagem pelo seu terreno. Têm aqui applicação, pela legitima analogia existente entre a posse e a quasi-posse, os princípios reguladores da aquisição e perda da posse ⁽⁹⁵⁾.

§ 35

Efeitos da quasi-posse das
servidões de caminho

Os seus effeitos mais importantes são os dois seguintes:

⁽⁹⁴⁾ Savigny, obra citada, § 46, pag. 456; Ribas, obra citada, pag. 172.

⁽⁹⁵⁾ Van Wetter, *Traité de la possession en droit ro-main*, Paris, 1868, pags. 75 e 185.

- a) dá direito d protecção de interdictos ⁽⁹⁶⁾ e
b) leva á usucapião das servidões de caminho ⁽⁹⁷⁾.

Ribas, tratando das acções no direito romano, assim se exprime, com relação ao primeiro effeito da quasi-posse (*juris quasi-possessio*):

A necessidade dos interdictos para a protecção da quasi-posse se funda em razões identicas ás que os justificam relativamente á posse. Pois que, tanto uma como outra, póde soffrer perturbações ou espoliações, é indispensavel que a auctoridade judiciaria acuda em defesa do direito que a ella se liga, e que assim é violado.» ⁽⁹⁸⁾.

O reconhecimento dos dois referidos effeitos da quasi-posse é materia corrente—sem contestação razoavel.

(96) Pr. Insts., liv. 4.º, tit. 15, *de interdictis*; Bem Ferreira, obra citada, commentario; Lafayette, obra citada, § 17, n. 3; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1019, pag. 537.

(97) Savigny, Tratado da posse, § 12; Lafayette, obra citada, § 17, n. 3.

(98) Ribas, *Da posse*, pag. 208.

CAPITULO VI

Da constituição das servidões de caminho

Quem pode constituir e quem póde adquirir

SECÇÃO I

Quem póde constituir servidão de ca minho?

SUMMAR10

§ 36. *O proprietario do predio serviente.* § 37. *O proprietario do domínio resolúvel.* § 38. *O nú-proprietario.* § 39. *O proprietario do domínio util.* § 40. *Os comproprietarios de predio indiviso.* § 41. *O proprietario do predio já gravado de servidão.*

§ 36 O

proprietario do predio serviente

A servidão de caminho, salvo o caso de aquisição por força da lei, de adjudicação ou de prescrição acquisitiva, só póde ser constituída pelo proprietario do immovel serviente. Este é o unico competente para onerar o predio. Não é, porém, todo e qualquer proprietario que o póde fazer. E a primeira condição, necessaria para esse fim, é que o proprietario tenha capacidade de alienar (por actos *inter vivos* ou *causa mortis*) a coisa que vai ser onerada, visto

como a constituição de uma servidão importa alienação de uma parcella da propriedade ⁽⁹⁹⁾. Dahi, decorrem os seguintes corollarios:

§ 37

O proprietario do dominio resoluvel

O proprietario do domínio resoluvel póde constituir servidão de caminho, mas esta extingue-se com a resolução do dominio. *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* ⁽¹⁰⁰⁾.

§38 O nú-

proprietario

O nú-proprietario de uma coisa gravada de usufructo póde, mesmo sem o consentimento do usufructuario, constituir servidão de caminho, uma vez que esta não prejudique os direitos do titular do usufructo. Aliás, não o póde fazer, embora o usufructuario consinta. "Proprietatis dominus, diz Ulpiano, no frag. 15, § 7.º, Dig., liv. 7.º, tit. 1.º, *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur ne quidem consentiente fructuaria servitutem imponere potest*»,

⁽⁹⁹⁾ Salivas et Bellan, *Éléments de droit romain*, vol. 1.º, pag. 509; Glück, obra citada, § 624, vol. 7.º, pag. 37; Merlin, *Jurisprudence*, verb. servitude, vol. 16, pag. 120, col. 2.º.

⁽¹⁰⁰⁾ Glück, obra citada, § 625, vol. 8.º, pag. 38; § 1105, vol. 20, pag. 452; Mackeldey, obra citada, §§ 274 e 324; Voet, *Ad Pandectas*, liv. 20, tit. 6.º; Lafayette, obra citada, §§ 27 e 132; frag. 11, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*; frag. 105, liv. 35, tit. 1.º, *de conditionibus et demonstrationibus, et causis, et modis eorum, quae in testamento scribuntur*.

regra que é, no frag. immediato, limitada por Paulo: "*nisi qua deterior fructuarii servitutem imponere non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere*,,. E a razão do principio é que *servitus servitutis esse non potest* ⁽¹⁰¹⁾.

§39

O proprietario do domínio util

Quem têm só o domínio util, *dominium utile*; como o emphyteuta e o superficiario, póde livremente constituir servidão de caminho, mas esta se extinguirá pela consolidação do domínio util com a nua-propriedade, *nuda proprietatis* ⁽¹⁰²⁾.

§ 40

Os comproprietarios de predio indiviso

1. Todos pódem constituir servidão — Os comproprietarios do predio indiviso pódem constituir servidões de caminho (como quaesquer outras servidões, pois as regras, que estamos expondo, são *communis*) sobre o mesmo predio, o que está de accôrdo com o principio estabelecido (§36). Mas é mister que a constituição seja acto de todos elles.

⁽¹⁰¹⁾ Mackeldey, obra citada, § 324, n. 4; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.^o . .

⁽¹⁰²⁾ Mackeldey, obra citada, § 324, n. 5; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.^o , pag. 41. Conf. Merlin, Jurisprudence, verb. servitude, vol., 16, pag. 120, col. 2.^a, que traz uma critica interessante ao principio — *servitus servitutis esse non potest*.

*

2. Um só não póde.— Um só dos condôminos ou comproprietários não póde impôr servidão sobre o predio commun. *Unas ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest* ⁽¹⁰³⁾.

E assim deve ser, pois o comproprietário de um predio *pro indiviso* não é dono deste, mas apenas de uma parte ideal do mesmo. Si lhe fosse licito oneral-o com uma servidão, seria licito constituir servidão em predio alheio, o que é um absurdo em face dos princípios dominantes no assumpto.

Mas não poderá o comproprietário constituir servidão sómente sobre a sua parte ideal na coisa commun indivisa? Não tão pouco. Em virtude do principio da indivisibilidade da servidão, esta affecta o predio em sua integridade e em cada uma de suas partes : *Tota in toto fundo et in qualibei parte*. Assim, constituída a servidão de caminho pelo condômino, esta existiria sobre todo o predio commun, como sobre cada uma de suas partes, o que implicava contradicção com os princípios. E temos texto expresso a respeito. *Si quis partem aedium tradet, vel partem fundi*, diz Ulpiano, *non potest servitutem imponere: guia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri*» (Frag. 6.º,

(103) Frag. 2.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; frag. 34, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 38; Bonjean, Explication méthodique des Institutes de Justinien, n. 1010, vol. 1.º, pag. 531, *in fine*; Pothier, *Pandectes de Justinien*, vol. 4.º, pag. 274. Veja-se o § 6.º. n. 7, supra.

§ 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communio praediorum, tam urbanorum, quàm rusticorum*). Bonjean é muito claro a respeito ⁽¹⁰⁴⁾.

*
**

3. Acto conjuncto ou não.— Cumpre notar que os comproprietarios pódem constituir a servidão em um só acto, em que figurem todos conjunctamente, ou em actos isolados. O direito romano antigo, consolidado na lei das XII taboas, exigia que elles agissem conjunctamente, num acto unico. O direito novo lhes permite que o façam em actos isolados, só considerando-se, porém, constituída a servidão, depois de realizado o ultimo acto, pois só então é que os condminos ou consortes têm-se manifestado todos pela constituição da servidão ⁽¹⁰⁵⁾.

§41

O proprietario do prelio já gravado de servidão

O proprietario do predio já gravado de servidão póde constituir sobre elle servidão de caminho, comtanto que esta seja compatível com a servidão preexistente, conforme se infere do exposto no § 27, n. 4 e consta de textos positivos ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1009, pag. 531, *in fine*.

⁽¹⁰⁵⁾ Frag. 11, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 18, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communio praediorum, tam urbanorum quàm rusticorum*; Ihering, obra citada, § 63, vol. 4.º, pag. 150 e nota 212.

⁽¹⁰⁶⁾ Frag. 8.º, Dig., liv. 30, tit. 3.º, *de aqua, et aquae pluviae arcendae*; Cujacio, *Opera omnia*, vol. 5.º, col. 657, D; vol. 7.º, col. 423, D; Caepolla, obra citada, tract. 2.º, cap. 14, n. 9; Pothier, *Oeuvres*, edição Bugnet, Paris, 1846, vol. 1.º, pag. 313.

SECÇÃO II

Quem póde adquirir servidão de caminho ?

SUMMARIO

- § 42. *O proprietario do predio dominante.*
- § 43. *O proprietario do domínio resoluvel.*
- § 44. *O proprietario do predio sujeito a usu-fructo.*
- § 45. *Servidão de caminho em favor de terceiro.*
- § 46. *Os comproprietarios da coisa indivisa.*
- § 47. *O proprietario exclusivo e comproprietario.*
- § 48. *O proprietario de dois predios vendidos, um entregue, outro não, póde adquirir servidão de caminho sobre aquelle, em proveito deste.*
- § 49. *Legado de servidão de caminho e de predio.*
- § 50. *Acquisição por mandatario.*
- § 51. *Direito patrio.*

§42

O proprietario do predio dominante

As servidões de caminho só podem ser estabelecidas em proveito do predio dominante, conforme exigem os princípios já expostos. Consequentemente, só póde adquirir servidão de caminho o proprietario do predio dominante.

E não é qualquer proprietario que o póde: é mister que o mesmo, além da qualidade de proprietario desse predio, reuna a capacidade

de adquirir direitos. «*Nano enim potest servitutem adquirere, vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium*», diz Ulpiano, no frag. 1.º, § 1º, Dig., liv. 8º, tit. 4.º, *communia praediorum*,⁽¹⁰⁷⁾ *tam urbanorum, quàm rusticorum* (107).

§ 43

O proprietario do domínio resoluvel

O titular do domínio resoluvel póde adquirir servidão. "Il proprietario diz *acquistare una servitu al suo fondo*, diz Glück, *anche quando non ha una piena proprietà e ha una proprietà revocabile*» (Obra citada, § 625, vol. 7º, pag. 54).

§ 44

O proprietario do predio sujeito a usufructo

O proprietario do predio onerado com usufructo póde adquirir servidão de caminho em vantagem desse predio, percebendo, porém, o usufructuario os respectivos benefícios, emquanto durar o usufructo (108).

(107) § 3.º, Insts. liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 54; Caepolla, obra citada, tract. 1.º, cap. 15, n. 1.

(108) frag. 15, § 7.º, Dig., liv. 7.º, tit. 1.º, *de usufructu, et quemad modum quis utatur fruatur*; frag. 1.º, pr., Dig., liv. 7.º, tit. 6.º, *si ususfructus petetur, vel ad aliam pertinere negetur*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 54; Caepolla, obra citada, tract. 1.º, cap. 15, n. 1.

§ 45

Servidão de caminho em favor de
terceiro

Ninguém póde adquirir servidão em proveito de terceiro, mas só no seu proprio proveito. *Servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest* (Frag. 5.º, Dig, liv. 8.º, tit. 4.º). Assim, o senhor de um predio não póde adquirir servidão de caminho, que seja ao mesmo tempo em seu proveito e no de seu visinho, porque a servidão só póde ser adquirida ou imposta, o que tanto vale, pelo dono do predio dominante. Mesmo em se tratando de comproprietarios, vimos que não pode um só deites adquirir servidão para seus consortes. E quem não póde o menos não póde o mais. No caso figurado, a servidão adquirida será só do proprietario do predio, e não delle e tambem de seu visinho ⁽¹⁰⁹⁾.

§ 46

Os comproprietarios da coisa indivisa

1. Um só não adquire. — O proprietario de um predio *pro indiviso* não póde adquirir servidão de caminho em proveito do predio *commum*, sem o concurso dos outros

⁽¹⁰⁹⁾ Frag. 5.º, Dig., liv. 8.º tit. 4.º, *communia praediorum, tam urbanorum, quàm rusticorum*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º pag. 54.

comproprietarios. *Servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest* (Frag. 5.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º).

E' regra de direito romano que *cada pessoa adquire para si propria, não para terceiro*. Não é possível o comproprietario adquirir uma parte da servidão correspondente á sua parte ideal no immovel, porque, sendo a servidão indivisível, como é, não se adquire por parte. *Per unum socium commani solo*, diz Javoleno, *servitus adquiri non potest* ⁽¹¹⁰⁾.

Identica é a lição de Ulpiano: *Per unum dominorum servitus adquiri non potest* ⁽¹¹¹⁾.

Concorre com o seu enorme prestigio o genial Papiniano : «*Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse ire agere, nihil agit*» ⁽¹¹²⁾.

. *

2. Todos adquirem. - - A servidão de caminho em favor do predio commun deve, pois, ser adquirida por todos os condminos. Assim, si um delles adquire uma passagem para ir ao predio commun, o seu acto acqui-sitivo é nullo, porque tal passagem não lhe póde ser isoladamente concedida: «*Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum*,

⁽¹¹⁰⁾ Frag. 5.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum, tom urbanorum, quàm rusticorum*; Pothier, Pandectes de Justinien, vol. 4.º, pag. 274.

⁽¹¹¹⁾ Frag. 4.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, pag. 531 ; Pothier, obra citada, vol. 4.º, pag. 274. Ve-ja-se o § 6.º, n. 7, acima.

⁽¹¹²⁾ Frag. 34, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 54; Caepolla, obra citada, tract. 1.º, cap. 15, n. 1 ; Pothier, obra citada, vol. 4.º, pag. 274.

nuñlis est stipulatio, guia nec dari ei potest, diz Paulo no frag. 19, Dig., liv. 8.º tit 3.º, de servitutibus praediorum rusticorum ⁽¹¹³⁾.,

.

3. Acto conjuncto ou isolado.—O primitivo *jus civile* exigia que os comproprietarios, no caso figurado, agissem simultaneamente, num só acto, como no caso da aquisição.

O direito novo (direito justiniano), permite-lhes actos isolados que, entretanto, ficam suspensos, até que se consume o ultimo delles⁽¹¹⁴⁾.

§ 47

O proprietario exclusivo e com proprietario

1. Não póde adquirir. — O proprietario exclusivo de um predio não póde adquirir servidão de caminho em vantagem desse predio e em desvantagem de outro predio, do qual seja comproprietario. *Si tamen alteras unius proprias sint aedes*, diz Ulpiano, *alterae, communes, neutris servitutem vel adquirere, vel imponere me posse*» ⁽¹¹⁵⁾.

(113) Po hier, obra citada, vol. 4.º, pag. 274.

(114) Frag. 11, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag 18, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum, tam urbanorum, quàm rusticorum*; Ihering, obra citada, § 63, vol. 4.9, pag. 150 e nota 212. (115) Frag. 6.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum, tam urbanorum, quàm rusticorum*. Veja se tambem o frag. 8.º, § 1.º Dig., liv. 8.º, tit. 1.º *de servitutibus*; Lafayette, obra citada, § 132, B, vol. 1.º, pag. 354.

* *
*

2. Mantém a servidão anterior.—Mas, si o proprietario do predio dominante tornou-se comproprietario do predio serviente, quando já existia tal servidão de caminho, esta prevalece. E' o que demonstra um texto de Paulo, que constitúe o frag. 8.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus: Si prcedium tuum mihi serviat, sive ego partis prozdii tui dominas esse coepero, sive tu mei, per partes servitus retinetar, licet ab initio per partes adquiri non poterit* (116).

§ 48

O proprietario de dois predios vendidos, um entregue, outro não, póde adquirir servidão de caminho sobre aquelle, em proveito deste.

1. Entrega de um só. — O proprietario de dois predios, vendendo-os ambos, mas entregando só um ao comprador, póde adquirir servidão de caminho em vantagem do predio ainda em seu poder, onerando o outro, que já não mais lhe pertence. «*Si, cum duas haberem insulas duobus eodem momento tradidero, diz Pomponio, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat: quia alienis quidem aedibus, nec imponi, nec adquiri servitus potest: sed, ante traditionem peractam, suis magis acquirit,*

(116) Mackeldey, obra citada, § 324, nota 3; Lafayette, obra citada, § 132, nota 8

vel imponit is, qui tradit: ideoque valebit servitus » ⁽¹¹⁴⁾.

2. Entrega dos dois. — Si ambos os predios são entregues ao mesmo tempo, já não póde o vendedor fazer a mesma coisa, visto como não lhe é licito adquirir servidão em favor de predio alheio, nem tão pouco impôr servidão ao predio igualmente alheio ⁽¹¹⁸⁾.

§49

Legado de servidão de caminho e de predio

1. Não adquire.—Si alguém lega a *A* e *B* um predio, e lega mais, a *A* sómente, uma servidão de caminho atravez desse predio, não adquire *A* a servidão legada, porque *nemini res sua servit*. Si, porém, *A* não adquirir sua parte no predio legado, de sorte que este fique pertencendo todo ao legatario *B*, adquire aquelle a servidão de caminho, que lhe foi legada ⁽¹¹⁹⁾.

* * *

2. Adquire. — Si alguém lega a *A* exclusivamente certo predio e uma servidão de

⁽¹¹⁷⁾ Frag. 8.º, Dig., liv. 8º, tit. 4º, *communia praedio-rum, tam urbanorum, quam rasticorum*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 55; Pothier, obra citada, vol. 4.º, pag. 273.

⁽¹¹⁸⁾ Pothier, obra citada, vol. 4.º, pags. 272-3.

⁽¹¹⁹⁾ Frag. 3.º Dig., liv 33, tit. 3.º, *de servitute legata*; Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 55 e nota 69.

caminho em vantagem desse predio, A adquire indubitavelmente a servidão legada ⁽¹²⁰⁾.

§ 50

Acquisição por mandatario

Póde-se adquirir servidão de caminho por intermedio de mandatario?—Posto não haja texto expresso, que conceda tal faculdade, doutrinam todavia Lauterbach e Hoepfner que póde-se adquirir uma servidão por meio de mandatario, visto como por esse meio adquire-se a propriedade e a posse. Esta é também a opinião de Glück ⁽¹²¹⁾. A analogia, em que se basêa esta solução, nos parece legitima: a propriedade é mais que a servidão, que a restringe. E, si ella póde-se adquirir por mandatario, o mesmo deve acontecer com a posse. Quem póde o mais póde o menos.

§51 Direito patrio

Os princípios de direito romano expostos neste capitulo vigoram em nosso direito, sem alteração alguma, como direito subsidiario.

(120) Glück, obra citada, § 625, vol. 7.º, pag. 55. (121) Glück, obra citada. § 625, vol. 7.º, pags. 55-6. Conf. Pothier, Oeuvres, vol. 1.º, pag. 314.

CAPITULO VII

Da constituição das servidões de caminho

Modos de constituição

SECÇÃO I

Modos de *constituição por consentimento do proprietário*

SUMMARIO

§ 52. *Divisão geral dos modos de constituição das servidões de caminho.*

§ 53. *Convenção e testamento.*

§ 54. *Translatio e deductio.*

§ 55. A) *Constituição das servidões de caminho por convenção.*

§ 56. 8) *Constituição das servidões de caminho por testamento.*

§52

Divisão geral dos modos de constituição das servidões de caminho

Como é da natureza das servidões serem ellas inseparavelmente ligadas ao predio dominante, sua aquisição é sempre originaria, nunca derivada ⁽¹²²⁾.

A constituição ou aquisição das servidões de caminho opéra-se por consentimento do pro-

(122) Marezoll. obra citada, § 108, pag. 288.

prietario do predio serviente, expresso em actos *inter vivos* ou *causa mortis*, independentemente de seu consentimento, mediante disposição da lei, adjudicação e prescrição acquisitiva. Dahi, a divisão geral dos modos de constituição das servidões em modos de constituição a) por consentimento do proprietario e b) sem consentimento do proprietario ⁽¹²³⁾.

§ 53

Convenção e testamento

Esta classe de modos de constituição ou aquisição das servidões de caminho compreende:

- a) *actos inter vivos* e
- b) *actos causa mortis*.

Os primeiros são as differentes especies de convenções ou contractos.

Os segundos são os testamentos e codicillos. Antes de entrar na apreciação de cada um destes modos, demos uma noção do que sejam *translatio* e *deductio*, termos que se deparam constantemente nas fontes, a proposito deste assumpto.

§54 Translatio e

deductio

As servidões prediaes e, portanto, as servidões de caminho, pôdem ser estabelecidas por uma de duas vias :

⁽¹²³⁾ Waldeck, obra citada, § 295; Glück, obra citada, § 624, vol. 7.º, pag. 37.

a) *translatio* e

b) *deductio*.

A servidão é estabelecida por via de *translatio*, quando o proprietário do predio a onerar-se aestaca do mesmo uma servidão e transfere-a ao proprietário do predio a beneficiar-se com a mesma servidão.

A servidão é estabelecida por via de *deductio*, quando o proprietário de mais de um predio aliena um destes, reservando sobre o mesmo, deduzindo delle, uma servidão, em vantagem do outro, que continua a pertencer-lhe ⁽¹²⁴⁾.

§ 55

A) Constituição das servidões de caminho por convenção

1. Antigo direito.—No primitivo *jus civile* ou *jus quiritarium* (que deixámos caracterizado em nossos *Ensaíos de philosophia do direito*, § 58), só havia dois modos legitimos de constituir ou adquirir servidão por consentimento do proprietário, por acto *inter vivos*:

a) a *in jure cessio* e

b) a *mancipatio*.

A *in jure cessio* era modo commum a todas as servidões prediaes. A *mancipatio* era modo competente só nas servidões rusticas, únicas consideradas *res Mancipi*. As urbanas eram *res nec Mancipi*. "*Jura praediorum urbanorum*,

⁽¹²⁴⁾ Bonjean, obra citada, n. 1013, vol. 1.º, pag. 535; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, vol. 1.º, pag. 521.

diz Gaio, *in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt*. Em vernaculo: *Os direitos dos predios urbanos* (são as servidões urbanas) *sómente podem ser cedidos juridicamente, ao passo que os direitos dos predios rusticos* (as servidões rusticas), *podem, além disso, ser mancipadas* ⁽¹²⁵⁾,

A *in jure cessio* era um simulacro da acção confessoria, como a *in jure cessio* das coisas corporeas era um simulacro da reivindicação ⁽¹²⁶⁾. Estes eram os modos do direito civil, modos legítimos, só próprios, pois, dos cidadãos romanos.

2. Evolução.— Mas as relações de Roma com os estrangeiros, como dissemos em nossos *Ensaio de philosophia do direito*, foram pouco e pouco transformando as condições da vida romana, já pelo contacto do povo romano, no exterior, com os povos conquistados, já pelo seu contacto com os estrangeiros, dentro dos muros de Roma.

Surgiram então, no seio do povo romano, relações de ordem nova, isto é, relações entre cidadãos romanos e estrangeiros, e relações entre estrangeiros e estrangeiros. Estas relações, quer entre romanos e estrangeiros, quer entre

(123) Gaio, *Insts.*, com. II, §§ 17, 22, 29 e 31, edição Pel-lat, pag. 100; Serafini, obra citada, § 83; Lagrange, *Manuel de droit romain*, 8.º edição, Paris, 1861, pag. 204; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, ns. 1014 e 1015, pag. 535; Maynz, obra citada, § 139, vol. 1.º, pag. 838; nossos *Ensaio*, nota 91, vol. 1.º, pags. 12931.

(126) Seraflni, Bonjean e Maynz, nota anterior; Gaio, com. II, §§ 23 e 24.

extrangeiros e extrangeiros, em Roma, não podiam ser reguladas pelo direito existente, pelo, *jus civile*, porque este era proprio só dos cidadãos romanos, e só podia regular as relações jurídicas occorrentes entre cidadão romano e cidadão romano. A's relações, em que figurasse extrangeiro, não podia sêr applicado tal direito, tambem chamado *jus ipsum*, direito por excellencia, e *jus stridum*. Este estado de coisas fez surgir paulatinamente, ao lado do direito existente, do *jus civile*, um outro direito, o *jus gentium*, direito das gentes.

Este direito era, não o direito commum aos outros povos, tal qual existia entre estes, mas sim um producto elaborado pelos jurisconsultos romanos, calcado sobre a jurisprudência comparada e sobre as necessidades da sociedade romana nesse momento historico de sua existencia.

Abriu-se então lucta renhida entre o rígido *jus civile*, *jus quiritium*, e o plastico *jus gentium*. Entre o *jus stridum* gravado nas XII taboas, e a *aequitas*. Entre os contractos *stricti juris* e os contractos *bonae fidei*. Entre o vinculo da agnação e o da cognação. Entre a propriedade *ex jure quiritium* e a propriedade *in bonis*. Este dualismo caracteriza a segunda phase da evolução do direito romano. É na conciliação destes dois elementos diversos que melhor se revela a genial sabedoria dos jurisconsultos e dos pretores romanos. Nesta phase o edicto do pretor vai pouco e pouco occupando o logar da lei das XII taboas, que fica, por fim, em segundo plano. O *jus civile* vai

lentamente cedendo o terreno, á medida que o *jus gentium* o vai conquistando. A observancia dos ritos e formulas antigas vai-se relaxando.

O mesmo acontece com o uso das ficções. Já não são os factos que se adaptam ás leis, mas as leis que se adaptam aos factos, para satisfazer as novas necessidades, que emergem do tracto quotidiano da vida transformada.

O direito, *jus*, foi então definido *urs boni et aequi*. Esta transformação veio a determinar, com o andar dos tempos, a admissão dos outros modos de constituição das servidões, fazendo ao mesmo tempo desaparecer a distincção profunda, que o direito fazia entre os cidadãos romanos e os não cidadãos romanos.

Essa mesma transformação determinou ainda o desaparecimento daquelles dois institutos do direito antigo : a *in jure cessio* e a *mancipatio*, que não existem no direito romano novo ou actual, segundo a tecnologia de Savigny ⁽¹²⁷⁾.

3. Translatio e deductio. Quer no caso da *in jure cessio*, quer no da *mancipatio*, podia a servidão ser estabelecida por via aa *translatio* ou da *deductio* ⁽¹²⁸⁾.

4. Convenção. — A constituição das servidões de caminho póde ser realizada por qual-

(127) Savigny, Systema de direito romano, § 1.º ⁽¹²⁸⁾ § 4.º, Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communis praediorum, tara urbanorum, quam rusticorum*; Bonjean, obra citada, ns. 1014 e 1015, pag. 535. Veja-se o § 54, acima.

quer especie de convenção ou contracto licito, como, v. g., a compra e venda, a doação, etc.

Abolidas a *in jure cessio* e a *mancipatio*, formas adoptadas pelo antigo direito para a aquisição das servidões (a primeira para todas, a segunda para as ruraes), tornaram-se extensivas a todas as convenções, *pactiones et stipulationes*, usadas pelos possuidores do sólo provincial, as quaes suppriam, entre estes, aquellas formas legitimas, cujo uso lhes era vedado.

Destarte, os contractos, forma mais simples e mais adequada ás necessidades do tempo, tornaram-se o modo de constituição de uso mais frequente, a fonte mais copiosa de todas as servidões no direito justiniano, como ainda o são entre nós (129).

* *

6. Tradição. — Em se tratando das servidões, se diz tradição ou quasi-tradição, o exercício effectivo da servidão. E têm sido objecto de renhida controversia a questão de saber si a transmissão do direito real da servidão, *jus*

(129) Gaio, com. II, § 31; Serafini, obra citada, § 83, pag. 219; *nosso* *Ensaio* citados, nota 91; Van Wetter, obra citada, § 226, vol. 1.º, pag. 419. O pacto, *pactio* era o accôrdo de vontades, que não produzia obrigação jurídica. A estipulação, *stipulatio*, era o accôrdo de vontades, que produzia obrigação jurídica. Para constituir servidão nos predios provinciaes, seus possuidores faziam um pacto, *pactio*, em que determinavam a especie de servidão, a extensão e modo de seu exercido e faziam em seguida uma estipulação, *stipulatio poenae*, em que a parte, que havia promettido a servidão, se obrigava a pagar certa pena, caso impedisse á outra parte o uso da mesma servidão (Bonjean, obra citada, n. 1021., vol. 1.º, pag. 539; Van Wetter, obra citada, § citado; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pags. 513-4.)

servitutis, se opéra pelo effeito exclusivo do contracto, ou si, pelo contrario, é necessaria, além do contracto, a tradição, o exercício effectivo da servidão pelo adquirente.

Isto se entende só com as servidões affirmativas, porque, quanto ás negativas, é indubitavel que a simples convenção basta. Ambas as correntes contam grande numero de romanistas, alguns da maior auctoridade: uma, sustentando a necessidade da tradição; outra, sustentando bastar o simples contracto. Aquella é a opinião antiga. Esta é a moderna. Perante a sciencia, *de jure constituendo*, a segunda é mais acceitavel, por estar mais de accôrdo com o ultimo estadio da evolução do direito. Mas, perante o direito positivo, *de jure constituto*, que é o terreno em que nos achamos collocados, devemos preferir a primeira, por ser mais consentanea com o espirito do direito romano.

Na aquisição da propriedade domina o principio: *Traditiònibus (et usucapionibus), dominia rerum, non nudis pactis, transferunivr.*

Por uma analogia bem legitima, deve applicar-se á aquisição das servidões este mesmo principio. O direito é um todo organico, composto de elementos unidos, harmonicos, interdependentes : repelle por sua natureza, as contradicções, que não pódem existir na realidade objectiva da vida juridica (Nossos *Ensaio de philosophia do direito*, §§ 72 e 124).

Seguimos, pois, a opinião de Glück e outros sectarios da tradição, *traditio ou quasi-traditio*, como condição complementar necessaria

§ 55 MODOS DE CONSTITUIÇÃO POR CONSENTIMENTO

á constituição e aquisição de uma servidão de caminho ⁽¹³⁰⁾.

E esta é a doutrina dominante no direito patrio.

*

6. Modificação do direito patrio. - (*As servidões constituídas por este modo* (por actos entre vivos, convenções), diz Lafayette, *não se entendem realmente estabelecidas e sob a protecção das acções reaes, sinão depois que são efectivamente exercidas pelo dono do predio dominante,*, ⁽¹³¹⁾).

E cumpre notar que, pelo que diz respeito a terceiros, esta questão perdeu muito de sua importancia no direito brasileiro, porque este exige que o titulo constitutivo da servidão, quando acto *inter vivos*, seja transcripto no registro competente, para valêr contra terceiros. E só começa a valer, depois de feita a transcrição ⁽¹³²⁾.

*

Póde no contracto constitutivo da servidão de caminho verificar-se uma *translatio ou uma deductio* ⁽¹³³⁾.

⁽¹³⁰⁾ Glück, obra citada, § 626, vol. 7.º, pag. 56 e nota e; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1022, pags. 540-1; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pags. 514-6.

⁽¹³¹⁾ Lafayette, obra citada, § 133, n. 1. e nota 2.

⁽¹³²⁾ Reg. n. 370 de 2 de maio de 1890, art. 241; Carlos de Carvalho, Nova consolidação, art. 593; Lafayette, obra citada, § 133, n. 1.

⁽¹³³⁾ Glück, obra citada, § 626, vol. 7.º, pags. 56 e 61; Bonjean, obra citada, n. 1013, vol. 1.º, pag. 535; frag. 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º,—*communia praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; Maynz, obra citada, § 140, vol. 1.º, pag. 842.

*

7. Fôrma dos contractos. — Os contractos constitutivos de servidão de caminho não têm fôrma especial, nem dependem de termos sacramentaes. Basta que as partes manifestem a sua intenção de modo claro e preciso, a respeito do objecto da convenção: uma, a intenção de constituir a servidão; a outra, a de adquiril-a. Convém evitar termos dubios, expressões equivocadas, visto tratar-se de uma alienação, e alienação não se presume ⁽¹³⁴⁾.

8. Partes. — Está subentendido que as partes contractantes são os proprietarios dos predios dominante e serviente.

9. Modus. — « Praticamente todos os pactos, que se fazem, observa Cogliolo ⁽¹³⁵⁾, ainda mesmo os que versam sobre servidões do mesmo typo (como, v. g., servidões de passagem), têm alguma coisa que os distingue entre si, como sejam a largura do caminho, a qualidade do vehiculo, etc. E a jurisprudencia soube distinguir o elemento *commum* e essencial das particularidades de exercício, fazendo do primeiro

⁽¹³⁴⁾ Frag. 7.º, pr., Dlg., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; Glück, obra citada, § 626, vol. 7.º, pag. 56.

⁽¹³⁵⁾ Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, § 49, vol. 2.º, pag. 48.

a parte constitutiva da servidão typica (como o passar, o conduzir agua, o dar de beber), e compreendendo os pactos particulares dos contrahentes ácerca do exercício do goso, sob o conceito do *modus*».

Ha sobejos motivos para assim acontecer, pois as servidões devem ser uteis aos predios que delias carecem, e seu valôr mede-se por essa utilidade. E nada ha, que mais attenção mereça, do que consultar o mais possível as necessidades que a servidão é destinada a satisfazer, e procurar, para pôr em pratica, o meio mais apto de bem satisfazel-as. Ora, isto, ninguém, como as proprias partes, sabe fazer.

E o meio, de que para tal fim ellas dispõem, é o *modus* dos contractos ⁽¹³⁶⁾.

§ 56

B) Constituição das servidões de caminho por testamento

1. Servitus legata. — Este é o segundo modo de constituição de servidão por consentimento do proprietario do predio serviente. E' o modo que se diz *mortis causa* ou por acto *causa mortis*. A servidão adquirida por este modo, que aliás vêm do direito antigo, se denomina *servitus legata*.

⁽¹³⁶⁾ Ihering, Espirito do direito romano, § 38, vol 2.º, pags. 227-8. *Modus, lato sensu*, é a extensão dada ao exercício da servidão (Conf. Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 518; frag. 4.º. §§ 1.º e 2.º, de Papiniano, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, de *servitutibus*).

2. E' geral.—Todas as especies de servidão pôdem ser adquiridas por este modo.

Mas é naturalmente mais usado, quando se trata das servidões pessoas (137).

*

3. Condições. — São necessarias as seguintes condições na constituição de uma servidão por testamento ou codicillo:

a) O testador deve ser proprietario da coisa, que vai supportar o onus inherente á servidão. Si não o é, pôde apenas impôr a seu herdeiro a obrigação de constituir a mesma servidão.

Neque adquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest», diz Ulpiano (138)

b) O legatario, no caso de constituição de servidões prediaes, como são as de caminho, deve ser proprietario do immovel, que o testador quer favorecer. «*Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur*, diz Justiniano nas Institutas, *quoniam sinepraediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere, urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium*» (139).

c). O legado deve ser feito regularmente, de inteiro accôrdo com as normas reguladoras

(137). Maynz, obra citada, § 140; Serafini, obra citada, § 83.

(138). Frag. 6.º, pr., Dig., liv. 8.º tit. 4.º, *communis praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; Van Wetter, obra citada, § 229, vol. 1.º, pag. 422. Veja-se a doutrina que deixámos exposta no capitulo VI.

(139). § 3.º, Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*. Veja-se a nota anterior.

deste instituto, que têm seu lugar proprio no ramo do direito civil denominado — *direito de successão*.

..

4. Especies de legados.—Sob o ponto de vista de sua fôrma, distinguíam-se no antigo *jus civile* quatro especies de legados, a saber: a) *Legatum per vindicationem*,
b) *legatum per damnationem*,
c) *legatum sinendi modo*, e
d) *legatum per praeceptionem* ⁽¹⁴⁰⁾

5. Per vindicationem. - O legado da primeira especie era concebido nestes termos: «*Do, lego*, ou então - "*sumito, capito, sibi habeto*». E denominava-se *per vindicationem*, porque transferia directamente a propriedade das coisas legadas.

6. Per damnationem. - No legado *per damnationem*, a formula era esta outra: "*Heres meus damnas esto dare*». Ou então: "*Dato, facito dare jubeo*». Este não transferia directamente a propriedade ao legatario, como fazia o primeiro, mas dava-lhe apenas acção pessoal contra o herdeiro, para exigir deste a transferencia da coisa legada.

No legado da primeira especie, a coisa devia ser do testador. Neste, podia ser delle ou de

(140) Serafini, obra citada, § 210, pag. 486.

terceiro, devendo o herdeiro, neste ultimo caso, adquiril-a a seu dono, e entregar ao legatário, ou pagar-lhe o seu preço.

7. Sinendi modo.—A formula do legado *sinendi modo* era: "*Heres meus damnas esto sinere Titium illam rem sumere sibi que habere*". O herdeiro, por esta especie de legado, devia permittir ao legatario tomar o objecto a elle legado.

A coisa devia ser do testador ou do herdeiro, e não de terceiro.

* *

8. Per praeceptionem.—A formula da ultima especie, *legatum per praeceptionem*, era esta: "*Titius illam rem praecipito*". Neste legado, o testador ordenava que um dos herdeiros, antes de dividir a herança, tirasse da massa o objecto a elle legado.

* *

9. Reforma unificadora.—Justiniano, pela constituição l.^a, Cod., liv. 6.º, tit. 43, *communis de legatis, et fideicommissis, et de in rem missione tollenda*, supprimiu todas essas diferenças existentes no direito antigo, e attribuiu a todas as especies de legados os mesmos effeitos ⁽¹⁴¹⁾.

(141) Serafini, obra citada, § 210; Bonjean, obra citada, n. 1020, vol. 1.º, pag. 538; Glück, obra citada, § 626, vol. 7.º, pags. 61-5.

*

10. Diferenças subsistentes. - Cumpre notar, porém, que abolindo aquellas distincções, Justiniano eliminou as diferenças formularias existentes entre as diversas especies de legados, mas não eliminou as diferenças dos respectivos conteúdos. «*Imperator in dieta lege I, Cod, communia de legatis*, diz Galvani, *ita sustulit differentias verborum, ut conservaverit differentias voluntatum: id est constituit, ut nullum videatur conceptum verbis potius vindicationi, quàm damnationis, sed tam permisit, ut quisque suis legatis illum effectum praescriberet, quem vellet* (142).

* 11. Transferencia directa e indirecta. —Pelas tres primeiras especies de legados constituia-se a servidão, notando-se que, quando era usada pelo testador a primeira formula - per *vin-dicationem*, o legatario adquiria a servidão legada, *pleno jure*, como direito real, sem necessidade de acto algum do herdeiro, após a adição da herança, e assistia-lhe a acção de reivindicação para a defesa de seus respectivos direitos contra quem quer. Nos outros dois casos, assim não era, e só competia ao legatario uma acção pessoal para coagil-o a constituir-lhe a servidão, o que tinha logar por um dos dois modos constitutivos de servidão, que já conhecemos : *in jure cessio e mancipato*.

(142) Glück, obra citada, § 626, vol. 7.º, pag.65, que declara adoptar essa explicação de Galvani (*De usufructu*. cap. XXXV, pag. 524).

No direito justiniano, o legado transfere sempre, directamente, a servidão como direito real, logo que a herança é adida ⁽¹⁴⁸⁾.

*
* *

12. Forma dos legados. - Depois daquella constituição de Justiniano (const 1.^a, Cod., *communis de legatis*), a sua forma despiu-se da antiga complexidade, simplificou se, tornando as sim muito mais facil este modo de constituição de servidão.

*
* *

13. Servidão conjuncta com o predio, ou isolada.—A servidão de caminho póde ser legada conjunctamente com o predio, como si o testador declara que o predio, que deixa a um, terá tal servidão sobre o predio que deixa a outro, ou isoladamente, como si deixa ao proprietario do predio visinho o direito de transitar pelo predio, que lega a outro ⁽¹⁴⁴⁾.

*
* *

14. Terceiros.—As servidões de caminho, constituídas por este modo, valem contra terceiros, independentemente de outra formalidade, como vimos.

⁽¹⁴³⁾ Frag. 16, Dig., liv. 8.^o, tit. 4.^o, *communis praediorum. tam urbanorum, quam rusticorum*; §§ 1.^o e 4.^o. Insts., liv. 2.^o tit. 3.^o, *de servitutibus*; Glück, obra citada, § 626. vol. 7.^o, pags., 61-5; Bonjean, obra citada, n. 1020, vol. 1.^o, pags. 538-9; La-fayette, obra citada, § 133, n. 2.

⁽¹⁴⁴⁾ Lafayette, obra citada, § 133, n. 2, nota 4.

E cumpre notar que os princípios expostos vigoram em nosso direito, mesmo neste ponto, pois que não exige transcrição para os actos constitutivos de servidão *causa mortis* ⁽¹⁴⁶⁾.

SECÇÃO II

Modos de constituição sem consentimento do proprietário

§57

Lei, adjudicação e prescrição
acquisitiva

Estes modos são em numero de três:

- a) lei,
 - b) adjudicação e
 - c) prescrição acquisitiva ou usucapião.
- Passemol-os em breve revista.

(146) Reg. n.370 de 2 de maio de 1890, arts. 237 e 241 ; Lafayette, obra citada, § 133, n. 2, nota 6; Carlos de Carvalho, Nova consolidação, art. 593.

No direito patrio, existe ainda um outro modo de constituição de servidão de caminho por consentimento do proprietário : é o denominado *destinação do proprietário*, que no direito romano é ponto controvertido. Lafayette descreve este modo da seguinte maneira :

Si o senhor de dois predios estabelece sobre um serventias visíveis em favor do outro, e posteriormente aliena um delles, ou um e outro passam por successão a pertencer a donos diversos, as serventias estabelecidas assumem a natureza de servidões, salvo clausula expressa em contrario» (Lafayette, obra citada, § 133, n. 3 e nota 7). Conf. Maynz, obra citada, § 140, vol. 1.º, pag. 842, nota 11; Glick, S 626, vol. 7.º, pag. 61, nota 92; pag. 65; pag. 360, nota a; Merlin, Jurisprudence, *verb. servitude*, vol. 16, pag. 120.

§ 58

C) Constituição das servidões de caminho pela lei: servidão lesai de transito de predio encravado.

1. Servidões legaes e convencionaes. — Muitos distribuem as servidões, com relação á sua origem, em duas classes:

- a) servidões legaes e
- b) servidões convencionaes ⁽¹⁴⁶⁾.

Nesta divisão geral, pertencem á classe das servidões *legaes aquellas que a lei impõe a um predio, em favor de outro predio, independentemente do consentimento do dono do predio serviente*. E pertencem á classe das servidões convencionaes todas as outras, isto é, *aquellas, em cuja constituição intervém o consentimento do dono do predio serviente*. Nesta segunda classe entram, por esta classificação, as servidões constituídas por meio de convenção, testamento e prescrição. A denominação de *convencionaes* não se coaduna com estes dois ultimos modos de constituição, — testamento e prescrição, mas, como a fonte mais copiosa, de uso mais frequente, em taes servidões, é a convenção, dahi o se chamarem convencionaes essas servidões, em cuja constituição entra o consentimento, expresso ou tacito, do proprietario do predio gravado. Men-

(146) Lafayette, obra citada, § 120.

cionamos esta classificação, não que seja de puro direito romano, mas por ser de uso frequente ⁽¹⁴⁷⁾.

.

2. Servidão legal de transito de prédio encravado.—Só ha um caso de servidão legal de caminho no direito romano: é o do frag. 12, pr., Dig., liv. 11, tit 7.º, *de religiosis et sumptibus funerum, ut funus ducere liceat*, em que Ulpiano assim se exprime:

"Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninas cum patre rescriptis, concedi solere: ut quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: sed extra ordinem interpelletur. Praeses etiam compellere debet, justo pretio iter ei praestari: ita tamen, ut iudex etiam de oportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum,,

Em vernaculo:

Si alguém têm uma sepultura, mas não têm caminho para ella, e o visinho não consente que passe pelo seu predio, póde, segundo um rescripto do imperador Antonino e seu pae, pedir, a titulo de precario um caminho, que vá

(147) Lafayette, obra citada, § 120; Murlon, *Répétitions écrites sur le code civil*. Paris. 1880, vol. 1º n. 1663, pag 838; Didino, *As servidões reais*, ns 87 e seguintes. Não é uma classificação logica e nem é conhecida do direito romano.

Mas é de bastante utilidade pratica, e os dados, em que assenta, encontram-se tambem no direito romano (Veja-se Didimo, logar citado).

ter á sepultura, caminho que é costume conceder-se: assim, sempre que o dono da sepultura não tiver caminho para ir a ella, deve o dono do predio visinho conceder-lho. Entretanto, em bora este rescripto dê a faculdade de exigir o caminho, não concede para este fim acção civil, mas o visinho será interpellado extraordinariamente para conceder-lho. O presidente da provincia deve mesmo compellil-o a fazel-o, medeante um preço razoavel; de maneira, entre-tanto, que o juiz tenha em vista a situação do logar, para que o visinho não soffra grande prejuízo,,.

Como se vê, áquelle que carecia de serventia para chegar ao logar consagrado á sepultura de seus antepassados, permittia a lei romana forçar o proprietario do predio visinho a dar-lhe passagem, medeante indemnização dos *damnos* dahi resultantes ⁽¹⁴⁸⁾.

Esse caso da sepultura encravada era, segundo uns, o unico, em que o direito romano admittia a servidão legal de transito. Segundo outros, porém, entre os quaes está Glück, (obra citada, § 628, vol. 7.º, pags. 80-1), esse direito admittia tambem tal especie de servidão no caso de qualquer predio rustico encravado (Veja-se Maynz, obra citada, § 141; Mackeldey,

§ 326, n. 3 e nota 4).

Temos, pois, servidão convencional de caminho e servidão legal de caminho.

⁽¹⁴⁸⁾. Sobre o que era a religião antiga e quanto influía sobre o direito, enviamos o leitor para nossos *Ensaio de philosophia do direito*, § 72.

* *
*

A ninguém é proibido passar pelo caminho publico: «*uti autem viâ publica nemo rectè prohibetur*», como dispõe a const. 11, Cod., liv. 3.º, tit. 34, *de servitutibus et aqua*.

Mas a ninguém é licito passar pelo predio do visinho, sem ter titulo, que para isso lhe dê direito: «*Per agrum quidem alienum, qui servitutem non debet, ire vel agere vicino mi-nimè licet*», prescreve a mesma citada constituição 11, Cod. ⁽¹⁴⁹⁾. Esta é a regra geral dominante no direito romano. O caso do frag. 12, Dig., de *religiosis et sumptibus funerum*, é a unica excepção revestida do character de servidão legal ⁽¹⁵⁰⁾.

* *

3, Ampliação.—A regra estabelecida pelo direito romano para o caso particular da sepultura encravada, foi pelos interpretes ampliada, por analogia, ao caso do predio encravado, estabelecendo a regra mais geral, segundo a qual, *o proprietario do predio encravado têm o direito*

⁽¹⁴⁹⁾. Conf. Domat, Oeuvres completes, vol. 2.º, pag. 412 ; Pothier, Pandectes, vol. 4.º, pag. 316.

⁽¹⁵⁰⁾. Muito intencionalmente usamos da expressão — *unica excepção revestida do character de servidão legal*, porque ha no direito romano um outro caso, em que o proprietario de um predio é obrigado a conceder passagem, sem que seu predio deva servidão. E' o caso de estar a via publica destruída ou coberta pelas aguas de um rio, que transbordou. Neste caso (mas só neste), o proprietario mais visinho deve dar passagem. *Cum via publica*, diz Javoleno, *vel fluminis impetu vel mina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet*. Pothier, Pandectes de Justinien, vol. 4.º, pag. 316. Conf. Dalloz. Répert., verb. *servitude*, ns. 823 e 840, vol. 40, pags. 221 e 225; Pardessus, Traité des servitudes, n. 226.

de reclamar e estabelecer servidão de transito por um dos predios confinantes, mediante indemnização dos prejuízos resultantes ⁽¹⁵¹⁾.

. 4. Condições.— Tres são as condições, de que depende a servidão legal de transito, passagem ou caminho, a saber:

- a) o encravamento do predio,
- b) o fim legitimo da servidão, e

c) a indemnização dos danos delia resultantes. Estes requisitos são exigidos já naquelle frag. 12, Dig., liv. 11, tit. 7.º, de *religiosis et sumptibus funerum, retro transcripto*, como é facil verificar de seu contexto. Ahi encontram-se as palavras — *viam non habeat* (encravamento); - *ad sepulchrum* (fim legitimo), — e *justo pretio* (indemnização).

5. Encravamento. Sua noção.—Esta é a mais importante das condições, de que depende a constituição da servidão legal de caminho, que ora nos occupa. Si um processo simplificador tivesse por ventura de eliminar duas das tres condições para deixar sómente uma, seria esta que ficava ⁽¹⁵²⁾.

(151). Serafini, obra citada, § 58 e nota 4; Voet, Ad Pandectas., liv. 8.º, tit. 3.º, § 4.º; Lafayette, obra citada, § 123, n. 1 ; Didimo, obra citada, n. 316; Dalloz. Répert., *verb. servitude*, n. 816, vol. 40, pag. 217; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § 243, vol. 3.º, pag. 25 e nota 1

(152). Conf. Didimo, obra citada, n. 318, pag. 272.

Do que temos exposto, se infere que o direito romano não contém disposição alguma, que precise o conceito do encravamento de predio, diverso do encravamento de sepultura, que obedecia a impulsos de ordem religiosa, muito diversos dos que hoje imperam no mundo christão, como diversos são ainda os interesses que inspiram actualmente este instituto, inteiramente despidido do character religioso. Este conceito deve, pois, ser procurado na doutrina e nos codigos modernos, que não passam, no assumpto desta monographia, de desenvolvimentos dos principios fundamentaes do direito romano, adaptados ás condições e necessidades da sociedade actual.

Interroguemol-os.

*

Um caminho, qualquer que elle seja, envolve sempre a ideia de communicação entre dois pontos, pelo menos. Isto é intuitivo. Ora, um dos pontos, que o caminho, transito ou passagem de predio encravado liga, é o mesmo predio encravado. Qual será o outro ponto ? Em nosso direito póde ser um dos seguintes:

- a) estrada publica,
- b) fonte,
- c) ponte,
- d) estação mais proxima da estrada de ferro,
- e) estação mais proxima da navegação fluvial,

f) estação mais próxima da navegação marítima, e g) povoação ⁽¹⁵³⁾. m todas estas communicações deve haver manifesta utilidade publica.

E note-se que se entende haver encravamento, não só no caso de absoluta ausencia de serventia de caminho entre os referidos pontos, como tambem no caso de ausencia relativa.

Si a serventia de caminho existente ou possível é tão difficil, perigosa, incommoda e cara, que de modo algum satisfaz os reclamos da utilidade publica na conservação e desenvolvimento da agricultura, não existe, juridicamente, serventia de caminho, e é caso de se constituir servidão legal. Esta formula, simples e calcada nos princípios fundamentaes já expostos nos §§ anteriores, e que regula as servidões em todas as suas relações jurídicas, dispensa as innumeradas distincções e multiplicadas explicações, architectadas por alguns escriptores, e que servem antes para escurecer o conceito do encravamento, aliás claramente definido em nossa lei, no codigo civil francez, no italiano, no portuguez e outros.

(153) Lei de 9 de julho de 1773, § 12, confirmada neste ponto pelo decreto de 17 de julho de 1778, consolidada por Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, arts. 957, 958 e 1333; por Carlos de Carvalho, Nova consolidação, arts. 605 e 606; lei n. 601 de 18 de setembro de 1850, art. 16; decreto n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65, § unico; Lafayette, obra citada, § 125, n. 2; Didimo, obra citada, n. 318.

A nossa lei (de 9 de julho de 1773, § 12), diz, com relação ao ponto:

«... fazendas, que não possam ter outra alguma serventia...»

O código civil francez dispõe, no art 682: *Le propriétaire, dont les fonds sont enclavés et qui n'aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les Jonds de ses voisins pour l' exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité pro-portionnée au dommage qu'il peut occasioner».*

O código civil italiano confirma, no artigo 593: *«Il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui, e che non ha uscita sulla via pubblica, nè può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo.*

O código civil portuguez: *«Os proprietarios de terrenos encravados, isto é, que não tenham comunicação alguma com as vias publicas, podem exigir caminho ou passagem pelos predios visinhos, indemnizando o prejuízo, que com esta passagem venham a causar».*

O código civil hespanhol, art. 564: *«El propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho á exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización».*

De accôrdo, o código civil chileno, art. 847: *«Si un fonds se trouve privé de toute*

communication avec le chemin public, par suite de l'interposition d'autres fonds, le propriétaire du premier des dits fonds pourra imposer aux autres la servitude de passage, dans la mesure indispensable pour l'usage et le bénéfice de son fonds, à la condition de payer la valeur du terrain nécessaire pour la servitude, et de réparer tout autre préjudice éprouvé par les ayants-droit.

Em harmonia, o código civil argentino, art. 3102: «*El propietario, usufructuario, ó usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer á éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo todo otro perjuicio*».

Não discrepa o código civil alemão, artigo 917: «*Si entre un fonds et un chemin public, la communication nécessaire pour une exploitation régulière fait défaut, le propriétaire peut exiger des voisins qu'ils tolèrent, jusqu'à la cessation de l'enclave, qu'il soit fait usage de leurs fonds aux fins d'établir la communication nécessaire*».

Eis ahi, todos esses códigos confirmando o nosso asserto attinente ao conceito do encravamento. E' materia em que faz muito ao caso o prudente arbítrio do juiz, em face das circunstancias peculiares de cada especie concreta ⁽¹⁵⁴⁾.

(154) Consultem-se : Glück, § 628, vol. 7.º, pag 81; Dindimo, obra citada, n. 318; Dalloz, Répert., verb. *servitude*, n. 820, vol. 40, pag. 218; Pardessus, obra citada, n. 218, pag. 375; Solon, *Traité des servitudes réelles*, Paris, 1837, ns. 3149; Laurent, *Principes de droit civil français*, 5.ª edição, Paris, 1893, vol. 8.º, ns. 76 a 81.

*

5. O encravamento não deve ser intencional.— Si a servidão em geral é uma excepção á plena liberdade do dominio e, por isso, de interpretação restrictiva, que diremos da servidão legal, duplamente excepcional, pois, demais, offende a liberdade individual, obrigando o proprietario a uma alienação forçada? Por esse motivo, mais escrupulo deve haver ainda na verificação das condições, cujo concurso a le exige, para permittir tão grave derogação aos princípios fundamentaes de direito ⁽¹⁵⁵⁾.

Assim, si o encravamento foi intencionalmente procurado pelo dono do predio encravado, não têm logar a constituição da servidão legal, porque não ha encravamento, no sentido jurídico. O encravamento deve ser facto independente da vontade de quem pretende a servidão. Deve provir, v. g.:

a) de causas naturaes, como o desabamento havido no ponto por onde o predio communicava com a estrada publica;

b) da venda ou arrematação de uma parte, que se destaca de uma fazenda;

c) da disposição natural das propriedades agrícolas, e da resultante de modificações nellas operadas naturalmente, por via de suas necessarias redistribuições e mutações ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ Didimo, obra citada, n. 319; Solon, obra citada, n. 317; Laurent, obra citada, vol. 8.º, n. 82.

⁽¹⁵⁶⁾ Lafayette, obra citada, § 125, nota 1 ; Laurent, obra citada, vol. 8.º, n. 86.

E' por isso que, quando o encravamento provém da divisão do predio commum, acto dependente da vontade dos respectivos condóminos, aquelle, que tiver o seu quinhão encravado por motivo da divisão, só têm direito de pedir a servidão legal de caminho contra condóminos do mesmo predio, e não contra extranhos, ainda mesmo quando este pedido tenha de ser feito depois da divisão, por ter havido omissão a respeito, no acto desta ⁽¹⁵⁷⁾.

Este caso de encravamento advindo do facto da divisão do immovel *pro indiviso*, que muitos consideram e tratam como caso de constituição de servidão de caminho por disposição da lei, incluiremos e trataremos, como fazem muitos outros, no modo de constituição denominado adjudicação. Neste, é verdade que a aquisição da servidão realizá-se tambem por disposição da lei, mas medeia a adjudicação, de que o direito romano faz um modo distincto de constituição de servidão.

*
* *

Quando o encravamento provém da venda de uma secção do predio ou de um outro predio, por onde se fazia a ligação com a estrada publica, ou com outro ponto dos declarados na lei, a servidão só póde ser exigida do comprador ⁽¹⁵⁸⁾.

(157) Dalloz, Répert., *verb servitude*, n. 851, vol. 40, pag. 227; Laurent, obra citada, vol. 8.º, ns. 82 a 86; decreto n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65, § unico; Didimo, obra citada, ns. 319 e 328.

(158) Didimo, obra citada, ns. 319 e 328; Laurent, obra citada, vol. 8.º, n. 85.

6. Caminho mais longo.— Si o predio dispõe de um caminho, embora mais longo do que o pretendido, não se póde dizer encravado ⁽¹⁵⁹⁾.

*

7. Fim da servidão. — Eis a segunda condição da servidão. O fim da servidão legal de transito é facilitar a exploração do predio encravado que, aliás, ficaria inutilizado.

Mas que exploração? Aquella a que o predio dever ser destinado, de accôrdo com as circumstancias, que variam no espaço e no tempo, e cuja apreciação não constitúe questão do dominiò do direito, mas do de sciencias auxiliares ⁽¹⁶⁰⁾.

•

8. Indemnização.—Eis a terceira e ultima condição desta servidão. E' um requisito que obedece aos reclamos da mais correcta justiça. Si, quando o proprietario dispõe livremente do que lhe pertence, têm direito ao preço, que diremos do presente caso de venda forçada, quiçá nimiammente prejudicial a seus interesses?

O frag. 12, Dig., liv. 11, tit. 7.º, *de religiosis et sumptibus funerutn*, nas palavras— "*prae-*

⁽¹⁵⁹⁾ Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pag. 81.

⁽¹⁶⁰⁾ Didimo, obra citada, n. 318, pag. 273; Lafayette, obra citada, § 125, ns. 1 e 2; codigos retro citados (n. 5); Dalloz, *Répert., verb. servitude*, ns. 816 e 831-6, vol. 40, pags. 217 e 222; Solon, obra citada, ns. 321-2; Laurent, obra citada, vol. 8.º, ns. 87 e 90.

ses etiam compellere debet, JUSTO PRETIO iter ei praestari,,, exige clara e positivamente a indemnização dos danos, que do estabelecimento do caminho resultarem para o dono do predio gravado com a servidão ⁽¹⁶¹⁾.

9. A indemnização deve ser prévia.— A constituição federal dispõe no art. 72, § 17:

«O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante INDEMNIZAÇÃO PRÉVIA».

Basta este dispositivo do nosso pacto fundamental, para pôr fóra de discussão que a indemnização deve ser prévia. Já a constituição do antigo regimen no art. 179, § 22, exigia que a indemnização fôsse prévia: *"será elle (o cidadão) previamente indemnizado do valor delia»* (propriedade).

* *

E' certo que, no caso, não se dá a desapropriação completa da propriedade ou domínio do predio serviente. Mas tambem é certo que se dá uma desapropriação parcial, a desapropriação de um dos direitos reaes componentes do domínio, a qual deve reger-se pelos mesmos principios. Permittir a desapropriação de um direito real com dispensa das normas reguladoras da desapropriação total da propriedade, é,

(161) Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pags. 81-2.

em ultima analyse, permittir esta desapropriação total com a mesma dispensa, porque a propriedade nada mais é que o conjuncto de todos os direitos reaes reunidos na mão do proprietario. Em materia de servidão, *maximè* de servidão legal, a interpretação deve ser sempre restrictiva, como ficou estabelecido anteriormente (§ 3.º, n. 5). O dr. Didimo, em sua excellente monographia, por nós tantas vezes citada, expõe (n. 321) a grande controversia levantada a este proposito, e conclúe emittindo opinião diversa da que acabamos de sustentar.

*
*

10. Compreensão da indemnização.

—Esta deve comprehender todos os damnos que a servidão causar ao dono do predio serviente, e cujo *quantum* só poderá ser determinado á vista das circumstancias particulares de cada caso, criteriosamente apreciadas.

11. Póde ser paga por prestações?—

Não. O credor, em regra, não é obrigado a receber, por partes o pagamento que lhe é devido. " *O devedor*, diz o nosso codigo commercial, no art. 431, *não póde ser obrigado a receber por parcellas o que fôr devido por inteiro*», disposição que é tambem do direito civil.

Está subentendido que o dono do predio serviente póde concordar em receber a indemnização por prestações, deixando, nesse caso, de

ser applicavel a regra do pagamento por uma só vez ⁽¹⁶²⁾.

* *

12. Restituição da indemnização. Extincta a servidão legal, deve a indemnização ser restituída *in totum* ou *in parte*? Deve ser restituída *in parte*, e seu *quantum* deverá ser de terminado de accôrdo com as circumstancias de cada caso concreto, e pelos meios communs de prova admittidos em direito ⁽¹⁶³⁾.

*

13. Logar. — A servidão legal de caminho deve ser constituída por onde fôr mais conveniente a ambos os predios, dominante e serviente, isto é, pelo logar mais proveitoso áquelle, e menos prejudicial a este ⁽¹⁶⁴⁾. Este pre ceito é corollario do frag. 9.º, Dig., liv. 8.º, tit 1.º, *de servitutibus*, *ibi*: "*civiliter modo*,, e *cum id aeque commodè per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento* . A primeira destas expressões, "*civiliter modo* , Ortolan traduz por esta: «*d'après le droit civil-seulement* ⁽¹⁶⁵⁾. Frag. 20, § 1.º, Dig., liv. 8.º ,

(162) Didimo, obra citada, n. 323.

(163) Consultem-se sobre indemnização : Dalloz, Répert., *verb. servitude*, ns. 816, 859, 876, 879 e seguintes; Laurent, obra citada, vol. 8.º, ns. 78 e 113-5; código civil francez, arts. 682 e 685; código civil chileno, art. 849; código civil italiano, art. 596; código civil argentino, art. 3102; código civil allemão, art. 917; Sólón, obra citada, ns. 320 e 331-2; Aubry et Rau, obra citada, § 243, vol. 3.º, pags 29 e 30; Zachariae, *Le droit civil français*, Paris, 1855, § 331, vol. 2.º, pag. 188; Pothier, *Oeuvres*, vol. 3.º, n. 514, pag. 201.

(164) Lafayette. obra citada, § 125, n. 2 e nota 4; Didimo, obra citada, n. 325.

(165) Ortolan, obra citada, vol. 1.º, n. 459, pag. 334. Veja-se o § 6.º, n. 9, *retro*; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 80, ns. 14 a 17; Pothier, *Obras*, vol. 3.º, pag. 202.

tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum*, *ibi*: «*dum ne quid ultra, quàm quod necesse est, itineris causa demoliar*».

*
• *

14. Encravamento por mais de um predio.—E este principio é applicavel tanto com relação á escolha de logar dentro do predio ue serve, como com relação á escolha de predio, quando o encravamento é produzido por dois ou mais predios. E' questão para resolver-se deante das circumstancias peculiares de cada caso occorrente, devidamente apreciadas, mediante parecer de peritos ⁽¹⁶⁶⁾.

* *

15. Mudança de logar. —Estabelecido o logar serviente, isto é, o caminho, póde elle mais tarde ser mudado? Indubitavelmente, desde que occurram motivos legítimos a exigir a mudança. Diz o frag, 2º, § 8., Dig, liv. 11, tit 7º, *de religiosis et sumptibus funerum*, com relação ao ponto sujeito: "*Sed si non minus commodè per aliam locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri*». E de pois accrescenta: "*et sanè habet hoc rationem*,,. Em vernaculo: "*Si, porém, o titular da servidão póde exercê-la, não menos commodamente,*

(166) Glück, obra citada, § 677, vol. 8.º, pags. 284 e seguintes; Ortolan, obra citada, vol. 1.º, n. 459, pag. 334; Didimo, obra citada, ns. 325-7; Laurent, obra citada, vol. 8.º, n. 93.

por outro logar,, (diverso do logar anterior, no qual o dono do terreno serviente fez uma sepultura), não se considera que a sepultura tivesse sido feita com a intenção de impedir a servidão. E este sentimento é razoavel,,.

Este texto, que é de Ulpiano, prova o principio exposto. Assim, a regra é não se mudar o logar serviente. Mas, sempre que a mudança não prejudicar o transito e fôr conveniente ao predio onerado, poderá o proprietario deste requerel-a e promover-a á sua custa ⁽¹⁶⁷⁾.

•
* *

16. Póde o senhor do predio dominante requerer a mudança do logar serviente ? — Em regra, não. Mas, uma vez que o logar serviente não satisfaça mais as necessidades, a que era destinada a servidão, e haja outro, que reuna os requisitos convenientes ao caso, póde o dono do predio dominante requerel-a e promover-a á sua custa ⁽¹⁶⁸⁾.

*
* *

17. Mudança para outro predio.—Poderá o dono do predio serviente requerer a

(167) Consultem-se sobre indemnização: Dalloz, Ré-pert., *verb. servitude*, ns. 816, 859, 876, 879 e seguintes; Lau-rent, obra citada, vol. 8.º, ns. 78 e 113-5; código civil francez, arts. 682 e 685; código civil chileno, art. 849; código civil italiano, art. 596; código civil argentino, art. 3102; código civil allemão, art. 917; Solon, obra citada, ns. 320 e 331-2; Aubry et Rau, obra citada, § 243, vol. 3.º, pags. 29 e 30; Zacharite, *Le droit civil français*, Paris, 1855, § 331, vol. 2.º, pag. 188; Po-thier. Oeuvres, vol. 3.º, n. 514, pag. 201; Didimo, obra citada, ns. 329 e 330; Pardessus, obra citada, n. 220, pag. 378.

O Didimo, obra citada, n. 330, pag. 289.

mudança da servidão do seu predio para o predio de outro visinho? Pela affirmativa, desde que prove terem sobrevindo modificações taes, que, si existissem antes da constituição da servidão, teria esta sido localizada, não no seu predio, mas no predio do visinho ⁽¹⁶⁹⁾.

* *

18. Um só logar póde servir a muitos titulares de servidão.— Si um proprietario deve servidão legal de passagem a diversos titulares, senhores de predios encravados, póde, de accôrdo com o principio exposto, obtêr mudança dos caminhos, de sorte que passem todos pelo mesmo logar serviente, o que, sendo possível, muito convirá, visto como *os caminhos e atravessadouros fazem, infructiferos não só os logares, que occupam, mas tambem as outras consideraveis porções dos terrenos, que a elles são contíguos*», no conceito de nossa lei de 9 de julho de 1773, preambulo, conceito perfeitamente consentaneo com os princípios de direito romano reguladores do assumpto desta monographia ⁽¹⁷⁰⁾.

Cumpre notar que aquella permissão de mudança concedida ao titular é uma excepção.

•
* *

A regra está no frag. 9.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*. «*Verium constitit, ut quà*

⁽¹⁶⁹⁾ Didimo, obra citada, n. 330, pag. 289; Laurent, obra citada, vol. 8.º, n. 94, pag. 120.

⁽¹⁷⁰⁾. Veja-se o § 80, n. 5, adeante.

primam viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplias mutandae ejus potestatem haberet>, e é confirmada no frag. 13, § 1.º, e no frag. 24, Dig., liv. 8.º, tit 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*. Não é regra absoluta, mas é regra (¹⁷¹).

*

* *

19. Estabelecimento da servidão legal de caminho — Esta servidão não se constitui immediatamente pela lei, *pleno jure*, como acontece com a servidão de usufructo, que têm o pae sobre o peculio adventício do filho, mas sim mediante a auctoridade do juiz, a requerimento do proprietario do predio dominante. E' o que consta do citado frag. 12, pr., Dig., liv. 11, tit. 7.º, *de religiosis et sumptibus funerum*, que transcrevemos no começo deste §, e que concede, para isso, uma *interpellatio extraordinaria* (¹⁷²). Não havia, porém, processo especial para esse fim no direito romano.

•

* *

20. Seu estabelecimento no direito patrio.—No direito patrio acontece a mesma coisa, com relação á necessidade, que ha, da intervenção judicial na constituição desta especie de servidão, intervenção que deve ser provocada pelo dono do predio dominante.

O processo é o mesmo que se emprega na constituição da servidão ae passagem de

(171). Gluck, obra citada, vol. 8.º, pags. 76, nota m; 186, 287 e 377, nota k, merece leitura. Conf. tambem Lafayette, obra citada, § 118, pag. 316 e nota 17; Macedo, decis. 42; Corria Telles, *Dig. port.*, vol. 3.º, art. 469.

(172). Gluck, obra citada, § 628, vol. 7.º, pags. 76 e 83.

agua, *aquaedudus*, e vêm em Pereira e Sousa e no alvará de 27 de novembro de 1804, § 11 ⁽¹⁷³⁾.

*
* *

21. Extensão da servidão legal de transito.—Será aquella compatível com as necessidades do predio dominante e com as condições do predio serviente. As questões que possam surgir a este respeito resolvem-se facilmente, applicando-se-lhes os princípios geraes já expostos, v. g., os que se referem aos direitos do titular de uma servidão, e aos deveres do proprietario do predio serviente ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷³⁾ Lafayette, obra citada, § 125, n. 3, combinado com o § 122, n. 4; Pereira e Sousa, Primeiras linhas, edição port., nota 1022; alvará de 27 de novembro de 1804, § 11, que dispõe o seguinte: «Em qualquer das províncias do Reino, aonde ou alguma povoação em commum, ou algum proprietario em particular empregar o tirar de algum rio, ribeira, paul, ou nascente de agua, algum canal, ou levada para regar as suas terras, ou para as esgotar sendo inundadas, requererá a qualquer dos ministros de vara branca do termo, ou comarca, para que lhe demarque, e assigne o lugar, e sitio mais com-modo, por onde ella pôde ser construída, ouvindo o parecer de louvados, ou de pessoas intelligentes : o qual do que ac-córdarem mandará formalizar hum processo verbal, e por elle lhe dará, ou negará a licença para a construcção, citando-se por editos as partes interessadas; e do que julgar se poderá recorrer á Meza do Desembargo do Paço. Não poderão estas obras ser embaraçadas pelos proprietarios dos terrenos, por onde ellas passarem : mas serão obrigados a deixarem construir o aqueducto, e passar a agua, pagando-se-lhe o prejuizo por arbitrio de louvados».

Este processo, destinado pela lei á constituição da servidão legal de passagem de agua, foi pela jurisprudencia applicado tambem, por analogia, ao caso de constituição da servidão legal de caminho. O alvará de 27 de novembro de 1804, aqui citado, vêm na *Collecção da legislação portugueza*, de Delgado, Lisboa, 1826, volume referente a 1804, pag. 286.

⁽¹⁷⁴⁾ Consultem-se: Dalloz, Répert., verb. servitude, ns. 837, 841-5 e 907; Didimo, obra citada, n. 335; Voet, Ad Pandectas, Hv. 8.º, tit. 3.º, § 4.º; Solon, obra citada, ns. 329, 330 e 335-7.

22. Por quem e contra quem póde a servidão legal de transito ser reclamada ? — Deve ser reclamada pelo proprietario do predio encravado e tambem pelo emphyteuta, pelo usufructuario, pelo usuario, por todo aquelle, emfim, que tiver sobre o predio dominante um direito real, conforme se vê em Didimo (obra citada, n, 318, pag. 273) e nos auctores por elle citados.

Este ponto rege-se pelos princípios communs expostos no capitulo VI.

23. Predios rusticos e urbanos.— Constitúe questão aberta no direito moderno, saber si a servidão legal de transito de predio encravado se refere sómente aos predios rusticos, ou si tambem aos predios urbanos ⁽¹⁷⁵⁾.

§ 59

D) Constituição das servidões de caminho pela adjudicação

1. A adjudicação é modo de constituição de servidão de caminho. — Temos aqui outro modo de constituir servidão de caminho, sem a vontade do proprietario do predio serviente. Que nos juízos divisorios pode o juiz,

⁽¹⁷⁶⁾ Arnó, obra citada, pag 284, nota 1; Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pag. 82, nota j, de Serafini.

pela adjudicação, estabelecer servidão de caminho sobre o quinhão de um dos condôminos, em proveito do quinhão de outro condômino, é ponto que não padece dúvida, em face dos textos. Com efeito, no frag. 6.º, § 1.º, Dig., liv. 7.º, tit 1.º, *de usufructu, et quemadmodum quis usufructur fruatur*, diz Gaio: «*Constituitur adhuc usufructus et in iudicio familiae erciscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum*».

Vertido: «O usufructo pôde ainda ser constituído no juízo do inventário e no da divisão da coisa commum, onde o juiz pode adjudicar a um a propriedade, a outro o usufructo» (176).

Ahi está o juiz adjudicando uma servidão.

No frag. 22, § 3.º, Dig., liv. 10, tit. 2.º, *familiae erciscundae*, ensina Ulpiano: «*Sedetiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut allium alii servum faciat ex iis, quos adjudicai: sed si puré alii adjudicaverit fundum, alium adjudicando, amplius servitutem imponere non poterit*».

Em vulgar: «Pôde o juiz, quando adjudicar, impôr alguma servidão á porção de um, em proveito da porção de outro; mas, si adjudica um terreno pura e simplesmente, sem servidão alguma, não pôde mais impôr servidão sobre elle, em proveito de outro terreno adjudicado posteriormente» (177).

(176) Serafini, obra citada, § 83, pag. 220 e nota 13; Maynz, obra citada, § 141 e nota 3, vol. 1.º, pag. 845; Cujacio, *Opera omnia*, vol. 7.º, col. 495, D. (177) Van Wetter, obra citada, § 230, vol. 1.º pag. 422, Serafini, obra citada, § 83, pag. 220 e nota 13;

Bonjean, obra citada, n. 1016, vol. 1.º, pag. 536.

No frag. 16, § 1.º, Dig., liv. 10, tit. 2º, *familiae erciscundae*, diz ainda o mesmo Ulpiano: «*Julianus ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi judex adjudicaverit, non communicari usumfructum*».

Em vernaculo: «*Pensa Juliano que, si o juiz adjudica a um dos quinhoeiros o terreno, e a outro o usufructo, este usufructo não se communica aos dois*»⁽¹⁷⁸⁾.

No frag. 6.º, § 10, Dig., liv. 10, tit 3.º, *communi dividundo*, insiste ainda o notável jurisconsulto classico, dizendo: «*Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicat*».

Traduzido: «*Póde o juiz, si assim julgar conveniente, adjudicar a um o terreno, e a outro o usufructo*»⁽¹⁷⁹⁾.

Para que não pareça desarrazoado citarmos textos referentes á constituição de usufructo, uando tratamos da constituição das servidões e caminho, cumpre lembrar o texto de Gaio, que vêm no frag. 5.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*: «*Via, iter, actus... iisdem feré*

(178) Cujacio, Obras completas, vol. 3.º, col. 616. A; frag. 4.º, § 5.º, Dig., liv. 10, tit. 1.º, *finium regundorum*; Van Wet-ter, obra citada, § 230, vol. 1.º, pag. 422; § 456, n. 2, vol. 2.º, pag. 265; Serafini, obra citada, § 83, pag. 220.

(179) Cujacio, *Opera omnia*, vol. 7.º, col. 495, D: *Potest judex uni adjudicare fundum, alteri coheredi usumfructum ejusdem fundi. Unus habebit nudam proprietatem, is scilicet cui est adjudicatus fundus, alter habebit usumfructum solus*; col. 571, A; Maynz, obra citada, § 141 e nota 1, vol. 1.º, pag. 845.

modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus».

Vertido: «*As servidões de caminho se constituem pouco mais ou menos pelos mesmos modos como se constitúe o usufructo*».

2. A adjudicação no direito brasileiro.

—Este modo de constituição de servidão vigora em nosso direito. «Nas acções divisorias, diz Lafayette, é permitido ao juiz, no caso de necessidade, constituir servidões na parte em terras dada a um dos consenhores em utilidade da parte quinhoadá ao outro».

E a nossa lei de divisão das terras do domínio particular (decreto n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65 e § unico) é expressa: *Na mesma folha de pagamento serão declaradas as servidões que forem instituídas sobre o quinhão demarcado ou a favor delle, designando-se o lugar da servidão e regulando-se o modo e condições do seu exercício*».

E, especificando, com relação ás servidões de caminho, acrescenta:

«Paragrapho unico. E' permitido o estabelecimento de servidão de caminho para comunicar o predio dominante com a estação mais proxima da estrada de ferro, ou de navegação fluvial ou maritima ⁽¹⁸⁰⁾.

(180) Nesta servidão, o lugar serviente e o modo de exercício são determinados pelo juiz, e devem constar da folha de pagamento de cada quinhoeiro (Reg. n. 720 citado, art. 65.) Veja-se o § 60, adiante.

3. Servitus necessaria. — Os romanistas dão á servidão adaurida por virtude da adjudicação—o nome de *servitus necessaria*, com que a distinguem alguns da outra denominada *legal* ⁽¹⁸¹⁾.

4. Lei das XII taboas. -- Já na lei das XII taboas a adjudicação era meio legitimo de aquisição nos juizos divisorios ⁽¹⁸²⁾.

•
* *

5. Judicium legitimum.—Para que a servidão de caminho fosse constituída *jure civili*, era preciso que a instancia fosse *judicium legitimum*-. adjudicada em outra instancia, no *judicium imperium continens*, a servidão só existia *tuitione praztoris* ⁽¹⁸³⁾.

6. Tradição. — Para se operar a aquisição ou constituição da servidão de caminho por este modo, não é mistér a tradição, isto é, o uso do direito. Pondera Glück: « *Si osservi inoltre che all' acquisto di una tale servitu, che viene costituita per aggiudicazione giudiziale,*

⁽¹⁸¹⁾ Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pags. 76 e 83. Veja-se n. 11, nota, adeante.

⁽¹⁸²⁾ Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pag. 83 e nota 74.

⁽¹⁸³⁾ Ortolan, obra citada, vol. 1.º, n. 462, pag. 336 bis; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pags. 510 e 513.

non si richiede la tradizione; poichè già le XII tavole ascrivevano l'aggiudicazione nei giudizi divisorii ai modi d'acquisto civili» ⁽¹⁸⁴⁾.

* *

7. Prédio extranho á divisão. - Póde o juiz constituir servidão de caminho em proveito do predio de um dos quinhoeiros, fóra da indivisão, de que se tratar? Póde constituil-a em desvantagem de um tal predio? Não. A adjudicação só póde affectar, favoravl ou desfavoravelmente, os quinhões, em que se desdobra o preio que faz objecto da acção divisoia.

Os textos são expressos a este respeito. "*Sed etiam, diz Ulpiano, cum adjudicat poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat: sed si puré alii adjudicavent fundum, alium adjudicando, amplius servitutem imponere non poterit* ⁽¹⁸⁵⁾. «*Ut fundus hereditarius fundo non hereditário serviat, confirma Javoleno, arbiter disponere non potest: quia ultra id, quod in judicium*

⁽¹⁸⁴⁾ Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pag. 83 e nota 73; frag. 6.º, § 10, Dig., liv. 10, tit. 3.º, *cumuni dividundo*; frag. 10, 8 1.º, Dig., liv. 10, tit. 3.º, que diz: "*Si usus tantum noster sit, qui neque vivere tocari potest, que madmodum divisio, potest fieri in communi dividundo judicio, videamus? Sed pccetor interveniet, et rem emendabit: ut, si judex alten usum adjudica verit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti: quasi plus faciat, qui vedetur frui: quia hoc propter necessitatem fit*". Frag. 20, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*, em que diz Javoleno, tratando da tradição da servidão: *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessori asunt.*

⁽¹⁸⁵⁾ Frag. 22, § 3.º, Dig., liv. 10, tit. 2.º, *familiae eriscundae*; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1016, pag. 236.

deductum est, excedere potestas judicis non potest ⁽¹⁸⁶⁾.

*

8. Diminuição do predio serviente.—Na formação do quinhão gravado com a servidão de caminho, deve ser levada em conta a diminuição de valôr, que por ventura produzir a constituição da servidão. E' a opinião de Van Wetter, que nos parece fundada em princípios de justiça ⁽¹⁸⁷⁾.

• •

9. Tempo opportuno. —A adjudicação da servidão deve ser feita pelo juiz, no acto de adjudicar os quinhões aos interessados. E' o que dispõe o citado frag. 22, § 3.º, Dig., liv. 10, tit. 2.º: *Sed etiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem. Sed si puré alli adjudica verit fundum, alium adjudicando, ampliús servitutem imponere non poterit*».

Em vernaculo: "Mas também, quando adjudica (os quinhões), póde o juiz impôr alguma servidão sobre o quinhão de um, em vantagem do quinhão de outro. Mas, si elle adjudicou pura e simplesmente o predio a um, sem onus, já não póde mais impôr servidão sobre esse

⁽¹⁸⁶⁾ Frag. 18, Dig., liv. 10, tit. 3.º, *communi dividundo*; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1016, pag. 536; Van Wetter, obra citada, § 455, vol. 2.º, pag. 264, n. 2º, ibi: «Il (le juge) établira encore parfois des servitudes prédiales, et surtout des servitudes de passage, pour cause d'enclave, entre des immeubles échus a des associés.

⁽¹⁸⁷⁾ Van Wetter, obra citada, logar citado. Vejam-se os ns. 11 e 12, adeante.

predio (ou quinhão *em proveito de outro, que adjudicar depois*».

Esta solução é muito justa, porque, uma vez adjudicado o quinhão sem servidão, o respectivo quinhoeiro têm adquirido o direito de possuil-o assim, livre de tal onus ⁽¹⁸⁸⁾

* *

10. Post divisionem. — Subentende-se porém, que a servidão poderá ser ainda constituída, depois de finda a instancia divisoria, por meio da *interpellatio extraordinaria*, a que allude o frag. 12, Dig., *de religiosis et sumptibus funerum* ⁽¹⁸⁹⁾.

* *

11. Indemnização. — No caso da servidão legal, a lei exige expressamente a indemnização, que o titular da servidão de caminho deve pagar ao dono do predio serviente.

No caso da servidão necessaria, a lei é muda a respeito ⁽¹⁹⁰⁾. Impõe-se, pois, esta conclusão: neste ultimo caso, que é o que nos occupa, não se exige indemnização pecuniaria.

Isto vêm confirmar o exposto em o numero 8 deste §, com relação á diminuição do

⁽¹⁸⁸⁾ Glück, obra citada, § 628, vol. 7.º, pag. 78;

Maynz, obra citada, § 141, vol. 1.º, pag. 845.

⁽¹⁸⁹⁾ Veja-se o que deixámos exposto no § 58

⁽¹⁹⁰⁾ A expressão *servidão necessaria*, em contraposição á *servidão legal*, carece de rigor, pois esta ultima servidão também é necessaria, pois sua constituição opéra-se independentemente do consentimento do proprietario por ella prejudicado. Mas têm a vantagem de pertencer á technologia assente, que não nos passa pela mente alterar. Veja-se o n. 3, supra.

predio serviente: seu proprietario deve receber a compensação em terras.

*
*
*

12. Ainda indemnização.—Dada, porém, a hypothese de ser a servidão constituída posteriormente á divisão, por ter havido omissão no acto de realizar-se esta, a solução será outra, e a indemnização deve ser condição da constituição da servidão de caminho, porque já não é possível ao dono do predio gravado receber aquella compensação no augmento da area de seu quinhão.

§ 60 Direito patrio

1. O direito romano é subsidiario do nosso. — A doutrina do direito romano vigora no direito brasileiro. O regulamento n. 720 de 5 de setembro de 1890 (sobre divisão e demarcação das terras particulares), no art. 65, § unico, dispõe o seguinte:

«E' permitido o estabelecimento de servidão de caminho para communicar o predio dominante com a estação mais proxima da estrada de ferro, ou de navegação fluvial ou maritima».

As folhas de pagamento dos quinhões, dominante e serviente, devem contêr o seguinte:

- a) Declaração de haver sido instituida a servidão de caminho (como qualquer outra);

- b) designação do logar serviente;
- c) determinação do modo de exercício da servidão, e
- d) determinação das condições do exercício da servidão.

Assim preceitua o citado regulamento: «*Na mesma folha de pagamento serão declaradas as servidões que forem instituídas sobre o quinhão demarcado ou a favor delle, designando-se o logar da servidão e regulando-se o modo e condições do seu exercício*» (191).

Os arbitradores externam seu juízo sobre a necessidade de tal servidão, nos termos do art. 60 do mesmo regulamento.

*
• #

Convém notar que este regulamento não estabeleceu direito novo, mas apenas formulou o que já existia entre nós. Assim, Corrêa Telles já ensinava: «*Em acto de partilhas deve o juiz delias, com parecer de peritos, estabelecer as servidões indispensaveis; como quando um predio é dividido em partes, e algumas destas não tocam no caminho publico*» (192).

E' a lição de B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 78, n. 23; de Pêgas, *Forenses*, § 241, n. 97, vol. 7.º, pag. 343. Cont. Nova consolidação, art 592 (193).

(191) Reg. n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65, principio.

(192) *Dig. port.*, vol. 3.º, art. 448.

(193) Veja-se o § 59, n. 2, acima.

2. Frequencia das servidões de caminho entre nós. Cumpre observar que, no direito patrio, as servidões de caminho são muito mais frequentes do que no direito romano. E a razão, que disso dá Maynz, é que os predios agrícolas entre os romanos eram geralmente se parados uns dos outros por um espaço de cinco pés de largura. Isto desde a lei das XII taboas⁽¹⁹⁴⁾.

§ 61

E) Constituição das servidões d.e caminho pela, prescrição ac-quisitiva.

1. Noção da. prescrição acquisitiva.— Os jurisconsultos definem a prescrição acquisitiva pela seguinte fórmula: «*Modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante um certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei.*

Usucapio, diz Modestino, no frag. 3.º, Dig., liv.41, tit. 3.º, *de usurpationibus et usucapionibus, est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*».

Esta definição é dada, como se vê, sob o ponto de vista da aquisição da propriedade⁽¹⁹⁵⁾. Mas não é só a propriedade que se adquire

(194) Maynz, obra citada, § 95 e nota 16, e § 141, vol. 1.º, pags. 698 e 846.

(195) Maynz, obra citada, § 110, vol. 1.º, pag. 740; Lafayetre, obra citada, § 61.

por este meio, que é também modo legítimo da aquisição das servidões, como prova o final da const 12, Cod., *de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum: "Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usus-fructus, et caeteras servitutes"* ⁽¹⁹⁶⁾.

Leve modificação adapta aquella definição classica ao caso das servidões. Assim, podemos definir a prescnpção acquisitiva das servidões por esta fórmula: *E' o modo de adquirir as servidões pela posse continuada durante um certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei.*

2. Historico—A usucapião (este é o termo propriamente romano, como se vê em Mac- keldey, obra citada, § 290) a usucapião das servidões têm uma historia, que póde ser divj- dida em tres phases:

- a) a phase anterior á lei Scribonia,
- b) a phase posterior a essa lei e correspon- dente á época dos jurisconsultos clas- sicos, e
- c) a phase que se seguiu a esta ⁽¹⁹⁷⁾.

3. Primeira phase. —Este instituto têm obedecido a. normas diversas, em cada uma das

(196) Frag. 5.º, § 3.º, Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; Lafayette, obra citada, § 62, n. 1; § 133, n. 5 e nota 9; Glück, obra citada. § 629, vol. 7.º, pags. 87-8.

O Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, § 49, vol. 1.º, pag. 49; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pags. 516-6.

tres mencionadas phases. Antes da *lei Scribonia*, cuja data não foi ainda possível fixar-se precisamente, mas que deve ser do correr do seculo 7.º da fundação de Roma ⁽¹⁹⁸⁾ as servidões podiam adquirir-se por meio de usucapião, o que aliás era consentaneo com o conceito que então se formava das primitivas servidões rusticas, constitutivas dos *jura itinerum et aquarum* (servidões de caminho e de aguas). O texto, que prova que por tal modo se constituíam então as servidões, texto aliás unico, é o frag. 4.º, § 29, Dig., liv. 41, tit. 3.º, *de usurpationibus et usucapionibus*, que reza o seguinte, pondo fóra de duvida o nosso asserto:

«*Libertatem servitutium*, diz ahi Paulo, *usucapi posse verius est, quia eam usucapient sustulit lex Scribonia quaz servitutem constituebat, non etiam eam quae libertatem prestat sub lata servitute*» ⁽¹⁹⁹⁾.

* *

4. Segunda phase.— Na segunda phase, no período da jurisprudencia classica, onde dominava já o conceito moderno das servidões, —o de serem ellas coisas incorporeas, não permittia o direito este modo de constituição das mesmas, porque, diz o texto de Paulo, frag.

(198) Cogliolo, *Storia* citada, togar citado e nota 72. Segundo Cujacio, data ella de 603. Segundo Hotomanno, de 677 de Roma. Veja-se essa nota de Cogliolo e tambem Salivas et Bellan, vol. 1.º, pag. 510, que a põem no anno de 710; Glück, obra citada, § 629, vol. 7.º, pag. 88.

(199) Cogliolo, *Storia* citada. § 49, pag. 49; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 510.

14, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*:
" *Incorporaies sunt* (servitutes), *et ideo usu non capiuntur* » ⁽²⁰⁰⁾

5. Terceira phase. — Em seguida, voltou-se, *impellente necessitate*, a um estado de coisas análogo ao que precedera a lei Scribonia, applicando-se igualmente ás servidões a *longi temporis prcescriptio*. Justiniano é expresso a respeito: " *Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporaies, quae in jure consistunt, veluti ususfructus, et caeteras servitutes* " ⁽²⁰¹⁾

Com esta sua ultima fórma, passou o instituto da constituição das servidões para os povos modernos e prevalece entre nós ⁽²⁰²⁾.

6. Requisitos ou condições. — Os requisitos ou condições, cujo concurso o direito romano justiniano (que neste assumpto é também o nosso direito), exige, afim de operar-se a constituição ou aquisição das servidões de cáminho (e das outras especies também), são estes cinco:

- a) objecto habil;
- b) quasi-posse fundada em justa causa, e
extreme de vicios (*vi, clam aut precario* ;

⁽²⁰⁰⁾ Cogliolo, *Storia*, logar citado.

⁽²⁰¹⁾ Const. 12, *in fine*, Cod., liv. 7.º, tit. 33, *de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum*; Cogliolo, *Storia*, § 49, pag. 49; Glück, obra citada, § 629, vol. 7.º ⁽²⁰²⁾
Lafayette, obra citada, S 133, n. 5e nota 9.

- c) lapso de tempo; d)
 bôa fé no começo, e
 e) continuidade da quasi-posse ⁽²⁰⁸⁾.

•
 * •

7.a) Objecto habil. — Este requisito consiste em ser o immovel serviente daquelles, cujo dominio seja susceptível de aquisição por prescrição. Por exemplo: uma praça publica é imprescriptivel, como o é qualquer coisa de uso publico. A servidão de acjuaducto sobre ella tambem o é. E o principio é logico: si fosse possível adquirir os elementos do domínio, não haveria impossibilidade de adquirir o todo. O que está nas partes está no todo ⁽²⁰⁴⁾.

* *

8. b) Quasi-posse fundada em justa causa e extreme de vicios.—Esta quasi-posse é jurídica, isto é, acompanhada da intenção, por parte do quasi-possuidor, de exercitar um direito de servidão de caminho: *animus jus sibi habendi*. Quando se trata da posse, dizer simplesmente *posse*—é dizer *posse juridica*.

(203) Lafayette, obra citada, § 133, n. 5 e notas; Mackeldey, obra citada, § 326, n. 4; Van Wetter, obra citada, § 232; Glück obra citada, § 629. (204) Const. 12, Cod., liv. 7º, tit. 33, *de praescriptione longi temporis* const. 131, cap. 6.º; Lafayette, obra citada, § 133, n. 5 e nota 11.

O mesmo acontece, quando se trata da quasi-posse (205).

*
* *

9. Vícios.— Os vícios, que podem contar a aquisição da quasi-posse das servidões de caminho, são tres:

- 1) *vi* (violencia);
- 2) *clam* (clandestinidade), e
- 3) *precario* (precariedade).

E' o que demonstra o frag. 10, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur, ibi: «non vi, non clam, non precario possedis»*, e a const. 1.ª, Cod., liv. 3.º, tit. 34, *de servitutibus et aqua, ibi: «nec vi, nec clam, nec precario possidet»* (206).

*

10. o) Lapso de tempo. — O lapso de tempo póde ser de

- 1) dez annos,
- 2) vinte annos ou
- 3) trinta annos (207).

(205) Frag. 25, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittantur*, onde diz Paulo: «*Servitute asas non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit*». Const. 12, Cod., liv. 7.º, tit. 33, já citada, *ibi: ut bono initio possessionem tenentis*.

(206) Pothier, *Pandectes de Justinien*, vol. 4.º, pags. 269 70; Lafayette, obra citada, § 133, n. 5 e nota 11.

(207) Const. 12, Cod., Liv. 7.º, tit. 33, *de praescriptione longi temporis*; are. da const. 8.º, § 1.º, Cod., liv. 7.º, tit. 39, *de praescriptione XXX vel XL annorum*; Serafini, obra citada, § 83, pag. 220 e nota 19; Glück, obra citada, § 629, vol. 7., pag. 91; Mackeldey, obra citada, § 326, n. 4, nota 5; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 512; Lafayette, obra citada, § 133, n. 5.

• •

11. Dez annos.—Entre presentes, a aquisição da servidão de caminho opéra-se pela duração continua da quasi-posse por dez annos ⁽²⁰⁸⁾.

*

12. Vinte annos. — Entre ausentes, a aquisição da servidão de caminho opéra-se pela duração continua da quasi-posse por vinte annos ⁽²⁰⁹⁾.

Estes são os casos da prescrição ordinaria. O lapso de tempo para a prescrição extraordinaria é o seguinte ⁽²¹⁰⁾.

(208) Const. 12, Cod. liv. 7.º, tit. 33, de *praescriptione longi temporis*; Glück, obra citada, § 629, vol 7.º, pag. 91; Bonjean, obra citada, n. 1017, vol 1.º, pag. 536; Van Wetter, obra citada, § 232, vol 1.º, pag. 424-

(209) Const. 12, Cod. liv. 7.º, tit. 33, de *praescriptione longi temporis*; Van Wetter, obra citada, § 232; Lafayette, obra citada, § 133, n. 5 e nota 12; Didimo, obra citada, n.º 348, pags. 310-11.

(210) Van Wetter, obra citada, § 232. A mesma const. 12, Cod., liv. 7.º, tit 33, dirimia a grande controversia, que havia, sobre a questão de saber o que se devia entender por *presentes e ausentes*. Uns sustentavam que *presentes* eram os domiciliados na mesma cidade, e *ausentes* os domiciliados em cidades diversas. Outros tomavam por base a província, envez da cidade. O imperador Justiniano, na chada const. 12, cortou as duvidas, decretando que *presentes* são os indivíduos domiciliados na mesma província, e ausentes os domiciliados em províncias diversas. Pothier e outros sustentam que a palavra *domicilium* usada por dita const. 12 deve ser tomada no sentido de domicilio de facto, residencia (Lafayette, obra citada; § 67, nota 3, vol 1.º, pag. 181).

Em nosso direito, a presença e a ausencia são determinadas pela residencia na mesma comarca ou em comarcas differentes (Ordem, liv. 4.º tit. 3.º, § 1.º; Lafayette, obra citada, § 67, n.ºs 2 e 3).

* *

18. Trinta annos. — Si a quasi-posse não é fundada em justa causa, a prescrição não têm logar nos lapsos de tempo de dez e de vinte annos, mas sim no de trinta annos. E o mesmo acontece, quando o immovel, sobre que versa a servidão, só se prescreve nesse prazo ⁽²¹¹⁾.

*

14. Quarenta annos. — E, ás vezes o immovel só se prescreve em 40 annos.

Quando assim acontece, a respectiva servidão só é prescriptivel nesse mesmo lapso de 40 annos ⁽²¹²⁾.

15. d) Bôa fé. - - Eis outro requisito. Bôa fé, na materia sujeita, é a convicção, em que se acha o quasi-possuidor, de que legitimamente lhe assiste o direito á servidão de caminho. Dá-se aqui o mesmo que com relação á prescrição da propriedade: onde "*bona fides est justa opinio qua quis rem alienam tanquam suam ignoranter possidet*,,.

"*Bonae fidei emptor esse videtur*, diz Modestino (frag. 109, Dig., liv. 50, tit 16, *de verborum significatione*), *qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit jus*

(211) Arg. const. 8.^a, § 1.º, Cod., liv. 7.º, tit. 39. (212) Van Wetter, obra citada, § 232; Lafayette, obra citada, § 133, n. 5.

vendendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse».

“Sed etsi jure aqua non debetur aliqui, si tamen jure dicere se putavit cum non in jure, sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit; sufficit enim, si jure se ducere putavit, nec vi, nec ciam, nec precario duxit,, diz Ulpiano (213).

*

16. Identidade de princípios acerca da boa fé.—Os princípios reguladores da boa fé, como requisito da prescrição aquisitiva das servidões de caminho, são os mesmos que a regulam como requisito da prescrição aquisitiva da propriedade (214).

17. Presumpção da boa fé. — O prescribente não têm necessidade de provar sua boa fé: esta se presume como resultante natural da justa causa da quasi-posse. A'quelle, que se oppõe á aquisição da servidão de caminho pela prescrição, é que incumbe provar a ausencia de boa fé no *usucapiens* (215).

(213) Frag. 10, pr. Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur*; frag. 1.º, § 10, Dig., liv. 43, tit. 20, *de aqua quotidiana et aestiva*; const. 1.ª, Cod., liv. 3.º, tit. 34, *de servitutibus*; Glück, obra citada, § 629, vol. 7.º, pag. 103; Lafayette, obra citada, § 69 e notas; Didimo, obra citada, n. 348.

(214) Glück, obra citada, § 629, vol. 7.º, pag. 103.

(215) Mackeldey, obra citada, § 326, n. 4, nota 6; Maynz, obra citada, § 142, nota 7, vol. 1.º, pag. 847; Glück, obra citada, § 629, vol. 7.º, pag. 104-5.

18. Má fé superveniente.—O direito romano se contenta com a existencia da bôa fé no começo da quasi-posse das servidões de caminho. *Mala fides superveniens non nocet.*

Comprova-o Paulo, frag. 48, § 1.º, Dig., liv. 41, tit. 1.º, *de acquirendo rerum domínio.*

O codigo civil francez adoptou a doutrina do direito romano: *Il suffit, diz elle, que la bonne foi ait existe au moment de l'acquisition,* (216)

O nosso direito actual exige a bôa fé, não só no começo da quasi-posse, como em toda a extensão de sua duração. *Porquanto os havemos em má fé, diz a Orden, para que não possam fazer seus os ditos fructos, nem prescrever as propriedades*» (217).

Em outro lugar, diz ainda a Orden.: *Salvo se constar da má fé dos sobreditos, porque então em nenhum tempo poderão prescrever* (218).

Consequentemente, no direito romano, nada inflúe, sobre a prescripção começada das servidões de caminho, a superveniencia da má fé.

No direito patrio, pelo contrario, a superveniencia da má fé aniquila a prescripção em via de consummar-se (219).

(216) Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º. pag. 512; codigo civil francez, art. 2269; Lafayette, obra citada, § 69, n. 4, nota 6.

(217) Orden., liv. 2.º, tit. 53, § 5.º

(218) Orden., liv. 4.º, tit. 3.º, § 1.º; Lafayette, obra citada, § 69, n. 4 e nota 6.

(219) Lafayette, obra citada, § 69, n. 4.

19. Bôa fé e justo titulo. — Não são ideias correlativas: pôde existir bôa fé sem justo titulo. Mas a existencia do justo titulo faz presumir a da bôa fé, até prova em contrario ⁽²²⁰⁾.

* •

20. Continuidade da quasi-posse. — Para operar-se a constituição de uma servidão de caminho pela prescrição, é mistér tambem o requisito da continuidade do uso da servidão, isto é, deve esta ser exercitada sem interrupção ⁽²²¹⁾.

* *

21. Interrupção. — Esta pôde verificar-se por mais de um facto. Dá-se interrupção da prescrição da servidão de caminho, v. g., se:

- 1) quando sobrevêm actos que impedem ao seu titular o uso ou exercício da servidão ⁽²²²⁾;
- 2) quando o dono do predio serviente deixa, por muito tempo, de exercer os actos constitutivos da servidão, isto é, de utilizar-se do caminho.

(220) Lafayette, obra citada, § 69, n. 5 e nota 8.

(221) Const. 2.^a, Cod., liv. 3.^o, tit. 34, *de servitutibus et aqua*; const. 10, Cod., liv. 7.^o, tit. 32, *de acquirenda et retinenda possessione*; Van Wetter, obra citada, § 232 e nota 6; Serafini, obra citada, § 83, pag. 220; Güuck, obra citada, § 629, vol. 7.^o, pags. 122-5.

(222) Veja-se o § 34, acima.

* .

22. Justo título.—Tém havido grande controvérsia sobre saber si o justo título é ou não condição da prescrição acquisitiva das servidões.

Parece-nos que a opinião mais accorde com os textos é a que resolve a questão pela negativa: o justo título não é condição deste modo de aquisição de servidão de caminho, nem de outra qualquer especie de servidão.

A quasi-posse de boa fé, mansa e pacifica, durante o tempo definido na lei, torna inutil o justo título (223).

As leis romanas não mencionam, a proposito da prescrição das servidões, como aliás o fazem a proposito da prescrição do domínio, a necessidade de um título, *ex vi* do qual tenha sido adquirida a quasi-posse (224).

Dois textos põem este ponto fóra de duvida, provando que o justo título não é condição essencial á prescrição das servidões e, pois, das servidões de caminho. O primeiro é o frag. 10, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, em que ensina Ulpiano: «*Si quis diuturno usu, et longa quasi-possessione, jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse dicere de jure quo aqua constituía est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non ciam,*

(223) Van Weter, obra citada, § 232 e nota 3.

(224) Maynz, obra citada, § 142, n. 2.º.

non precario possedise,,. E o caso de uma servidão in faciendo.

O segundo é a const. 1.^a, Cod, liv. 3.^o, tit 34, *de servitutibus et aqua*, onde diz o imperador Antonino: «*Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimos; more solito (per judicem) exercere non prohiberis: is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec ciam, nec precario possidet* ⁽²²⁵⁾».

•

23. Direito patrio. — O nosso direito, além de exigir a boa fé, como requisito essencial, não só *iniiio possessionis* ou *quasi-possessionis*, como faz o direito romano, mas durante todo o decurso do lapso de tempo legal, até consummar-se a prescrição, exige ainda mais um requisito, para que se dê a prescrição de uma servidão de caminho.

Este requisito é que *o caminho se dirija, com manifesta utilidade pública*, a pontes, fontes ou outros logares publicos ⁽²²⁶⁾.

Em faltando esta condição, não se adquire a servidão de caminho por prescrição, ainda que immemorial ⁽²²⁷⁾.

(225) Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.^o, pags. 512-3; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.^o, § 78, n. 24.

(226) Lei de 9 de julho de 1773, § 12, confirmada nesta parte pelo decreto de 17 de julho de 1778; Lafayette, obra citada, § 133, n. 5; Teixeira de Freitas, Consolidação, art. 957; Carlos de Carvalho, Nova consolidação, art 606.

(227) Nota antecedente. Conf. Didimo, obra citada, ns. 316 e 347.

24. Entre as partes. - Entre os proprietários dos predios dominante e serviente, a constituição da servidão de caminho se opéra definitivamente, dado o concurso dos alludidos requisitos. Isto, quer no direito romano, quer no patrio. Mas, bastará isso, para que a constituição da servidão por prescrição valha contra terceiro ? Em nosso direito, pela negativa.

25. Contra terceiros.— Para a aquisição da servidão de caminho, por prescrição, valêr contra terceiros, em nosso direito, é preciso que conste de um acto declaratorio, que póde ser:

1) sentença proferida em acção confessoria movida pelo dono do predio dominante contra o dono do predio serviente;

2) sentença proferida em justificação dos requisitos legaes, para o fim de ser declarada a existencia da servidão;

3) confissão feita em juizo ⁽²²⁸⁾.

* *

26. Transcrição. -- Exige ainda o direito patrio, para o dito fim, que o acto judicial declaratorio da servidão seja transcripto no registro geral da comarca, de accôrdo com o regulamento n. 370 de 2 de maio de 1890) ⁽²²⁹⁾.

(228) Lafayatte, obra citada, § 133, n. 5. (229) Conf. Lafayatte, obra citada, § 133, n. 5, vol. I., pag. 350.

CAPITULO VIII

Da extinção das servidões de caminho

SUMMARIO

§ 62. *Causas extinctivas das servidões de caminho.* § 63. *Remissão ou renuncia da servidão.* § 64. *Confusão.* § 65. *Destruição de um dos predios em relação de servidão.* § 66. *Resolução do domínio do predio serviente.* § 67. *Prescrição extinctiva.* § 68. *Direito patrio.*

§62

Causas extinctivas das servidões de caminho

Estas causas são as seguintes:

- a) Remissão ou renuncia da servidão;
- b) confusão;
- c) destruição de um dos predios;
- d) resolução do domínio do predio serviente, e
- e) prescrição extinctiva.

§ 63

A) Remissão ou renuncia da servidão

1. Antigo *jus civile*. — Neste direito, também denominado *Jus quiritarium*, consolidado na lei das XII taboas, o proprietario do

predio dominante podia, por tres modos, renunciar a servidão constituída em seu favor:

- 1) pela *in jure cessio*;
- 2) pela *mancipatio*, e
- 3) por testamento.

Na *in jure cessio*, o proprietario do predio serviente intentava, contra o proprietario do predio dominante, uma acção negatoria, pela qual pretendia fosse o predio declarado livre de servidão. O réo não contestava, e o magistrado declarava que o predio do auctor era *liber optimusque*. Com isto estava extincta a servidão de caminho.

Quanto á *mancipatio*, veja-se a nota 91, ao § 59, de nossos *Ensaio de philosophia do direito*, vol. 1.º, pags. 129-30 ⁽²³⁰⁾.

2. Direito actual. - - No direito romano justiniano, a renuncia opéra-se, não já pela *in jure cessio* e pela *mancipatio*, então abolidas, mas

- 1) por convenção e 2)
- por testamento ⁽²³¹⁾.

*
• *

3. Como se opéra.—Já se vê que a remissão ou renuncia é a transferencia, que da servidão faz seu titular, ao dono do predio serviente.

(230) Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 520; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, pag. 593.

(231) Bonjean, obra citada, n. 1029, vol. 1.º, pag. 544.

E esta transferencia é feita por modo analogo áquelle, pelo qual se constitúe ⁽²³²⁾.

4. Accôrdo de vontades. — A renuncia depende do consentimento de ambas as partes, isto é, do proprietario do predio dominante e do proprietario do predio serviente ⁽²³³⁾.

5. Expressa ou tacita.—A remissão póde ser expressa ou tacita. Prova-o um texto de Paulo: »*Si stillicdii immittendi jus habeam in aream tuam, et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. Et similiter si per tuum via mihi debeat, et permisero tibi, in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus via,*» ⁽²³⁴⁾.

A renuncia tacita, porém, note-se, só póde resultar de permissão expressa, por parte ao titular da servidão, ao dono do predio serviente, de facto ou coisa, que torne para sempre impossível o exercício da servidão de caminho ⁽²³⁵⁾.

O simples facto do titular da servidão suportar, sem contestar, um acto incompativel com o exercício da servidão, não implica a remissão tacita desta.

(232) Bonjean, obra citada, n. 1028, vol 1.º, pag. 543.

(233) Frag. 14, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; frag. 34, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Glück, obra citada, § 688, vol. 8.º, pag. 412.

(234) Frag. 8.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*; Lafayette, obra citada, § 134, n. 1 e nota 2.

(235) Nota anterior. Glück, obra citada, § 688, vol 8.º, pag. 412.

«*Invitum autem in servitutibus accipere debemus*, diz Ulpiano, *non eum, qui contradicit, sed eum qui non consentit*»⁽²³⁶⁾.

Neste ultimo caso, perde elle só a quasi-posse da servidão. E' o que se infere do final do frag. 5.º, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum, ibi: non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur*», e do frag. 6.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur: «Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris*, diz Ulpiano, *et petito rem, et, si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam, eum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest, et civili actione et interdicto quod vi, aut ciam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed et si, patiente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus*».

§64

B) Confusão

1. Noção. — A confusão é meio de extinção commum a todos os *jura in re aliena*, conforme se vê em Marezoll⁽²³⁷⁾.

E póde-se definil-a do seguinte modo: *E' a reunião, numa só pessoa, das duas qualidades de proprietario exclusivo do predio dominante e proprietario exclusivo do predio serviente.*

(236) Frag. 5.º, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum*; Gluck, obra citada, § 688, vol. 8.º, pag. 412.

(237) Marezoll, obra citada, § 108.

* *

2. Como se verifica — Póde verificar-se por tres maneiras differentes:

- 1) O proprietario do predio dominante adquire o predio serviente;
- 2) O proprietario do predio serviente adquire o predio dominante;
- 3) Um terceiro adquire os dois predios: dominante e serviente.

Em qualquer destes tres casos, a servidão de caminho extingue-se, *ex vi* do principio, que conhecemos: *nemini res sua servit* ⁽²³⁸⁾.

* *

3. Deve ser completa. - - E é necessario que a confusão seja completa, como faz sentir a expressão *proprietario exclusivo*, usada na sua definição, ta razão é que a servidão não se perde por partes ⁽²³⁹⁾.

Servitutes praediorum confunduntur, diz Gaio, *si idem utriusque praedii dominus esse coeperit* ⁽²⁴⁰⁾.

Si praedium tuum mihi serviat, diz Paulo, *sive ego partis praedii tui dominus esse coepero*,

(238) § 3.º, n. 2, acima.

(239) § 6.º, n. 7 e nota 38, supra; Lafayette, obra citada, § 134, n. 2.

(240) Frag. 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*.

sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit ⁽²⁴¹⁾.

* *

4. Deve ser definitiva.—A confusão deve ser feita definitivamente, por uma alienação permanente.

Operada com este caracter, embora cesse, depois ou porque o proprietario dos predios aliene um destes, ou porque aliene ambos a pessoas diversas, a servidão extincta não revive ⁽²⁴²⁾.

Si a confusão é, desde o principio, revestida do caracter de transitoria, para vigorar sómente durante algum tempo, neste caso, cessada ella, revive a servidão de caminho. E a razão é que, a realização da condição resolutoria têm effeito retroactivo: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ⁽²⁴³⁾.

(241) Frag. 8.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*. Vide mais: frag. 34, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 18, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *comtunia praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; Mackeldey, obra citada, § 327, n. 2 e nota 1; Gluck, obra citada, § 688, vol. 8.º, pag. 412; Van Wetter, obra citada, § 251; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, pag. 542.

(242) Frag. 30, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum: si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin, liberae veniunt* (aedes).

(243) Frag. 18, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; frag. 9.º, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *si servitus vindicetur*; frag. 7.º, pr., Dig., liv. 23, tit. 5.º, *de fundo dotati*; frag. 57, Dig., liv. 24, tit. 3.º, *soluta matrimonio, dos quemadmodum petatur*; Mackeldey, obra citada, § 327; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, pag. 542; Van Wetter, obra citada, § 251, vol. 1.º, pag. 450; Gluck, obra citada, § 688, vol. 8.º, pag. 411.

§ 65

C) Destruição De um dos predios em relação de servidão

1. Noção. - Esta causa de extinção é commun a todos os *jura in re* ⁽²⁴⁴⁾.

A destruição do predio *é seu aniquilamento completo ou uma modificação de tal natureza, que torne impossível o exercido da servidão de caminho.*

Este aniquilamento ou perda da coisa póde ser physico ou legal, verificando-se o ultimo, quando ella é retirada do commercio ⁽²⁴⁵⁾.

*
**

2. Reposição do predio ao antigo estado.
— Si o predio volta a seu antigo estado ou cessa o impedimento do exercício da servidão de caminho, esta revive, comtanto que, no intervallo havido, não se haja ella extinguido pelo não-uso ⁽²⁴⁶⁾.

(244) Marezoll, obra citada, § 108.

(245) Pr. Insts., liv. 2.º, tit. 4.º, *de usufructu*; Frag. 24, pr. e § 1.º, Dig., liv. 7.º, tit. 4.º, *quibus modis ususfructus amittitur*; frag. 2.º, Dig., liv. 7.º, tit. 1.º, *de usufructu*; Maynz, obra citada, § 144, vol. 1.º, pag. 851 e nota 15; Van wetter, obra citada, §§ 249 e 250; Gluck, obra citada, § 688, vol. 8.º, pag. 410.

(246) Frag. 20, § 2.º, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum*; frag. 14, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 6., *quemadmodum servitutes amittuntur*; Maynz, obra citada, § 144, vol. 1.º, pag. 852; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 519; Ortolan, obra citada, vol. 1.º, n. 467; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 81, ns. 27 e 28; Lafayette, obra citada, § 134, n. 3.

§ 66

D) Resolução do domínio do predio
serviente

1. Já vimos (no § 37) que a servidão de caminho constituída pelo proprietário do domínio resolúvel extingue-se pela resolução deste, *ex vi* do principio : *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*, o qual está de accôrdo com este outro: *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet* ⁽²⁴⁷⁾.

Si a revogabilidade do domínio é constitucional, isto é, vinda do acto da constituição do domínio, este se diz domínio resolúvel *ex tunc*. Si o domínio se constitúe irrevogavel, mas revoga-se depois, *ex vi* de uma causa superveniente, se diz domínio revogavel *ex nunc*.

No primeiro caso, a resolução têm effeito retroactivo, retroage á data da constituição do domínio. No segundo, não. Isto posto, pergunta-se: dá-se a extincção da servidão de caminho só no primeiro caso, só no segundo, ou em ambos? —Só no primeiro.

Quando a resolução têm por factor uma causa superveniente, não opéra a extincção da servidão constituída ⁽²⁴⁸⁾.

(247) Frag. 16, Dig., liv. 7.º, tit. 4.º; frag. 11, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º; Frag. 105, Dig., liv. 35, tit. 1.º; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 520.

(248) Frag. 11, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*; frag. 105, Dig., liv. 35, tit. 1.º, *de conditionibus et demonstrationibus*; Gluk, obra citada, § 688, vol. 8.º, pag. 413; Lafayette, obra citada, §§ 27 e 134, n. 2 e nota 6.

* *
*

2. Resolução do domínio do predio dominante. — Esta produzirá também a extinção da servidão de caminho ? Não ⁽²⁴⁹⁾.

§ 67 E) Prescrição

extinctiva

1. Seus requisitos ou condições. — São tres :

- 1) não-uso,
- 2) lapso de tempo e
- 3) continuidade do não-uso.

2. Primeiro requisito: não-uso.—*Servitutes non atendo pereunt*, diz Paulo, principio que encontra confirmação nas Insts., § 3.º, liv. 1º, tit. 4.º, *de usufructu* ⁽²⁵⁰⁾.

E' também de Paulo esta sentença: *viam, iter, actum, aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur* ⁽²⁵¹⁾. E Justiniano, na const 13, Cod, liv. 3.º, tit. 34, é positivo: *Ita et in caeteris servitutibus, diz elle, obtinendum esse cen-suimus ut omnes servitutes non atendo amittuntur, non biennio (quia tantummodo soli rebus annuariae sunt), sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra ausentes*.

(249) Frag. 11, § 1.º Dig., liv. 8.º, tit. 6.º; Demangeat, obra citada, vol. 1.º, pag. 527.

(250) Maynz, obra citada, S 145, vol. 1.º pag. 854.

(251) Demangeat, obra citada, vol. 1.º, pag. 528.

O não-uso da servidão de caminho começa quando o seu titular, ou alguém por elle, cessa de passar pelo caminho serviente.

3. Noção de não-uso.—E' evidente que o não-uso é *a cessação do uso, a suspensão do exercício dos actos constitutivos da servidão*. O não-uso da servidão de caminho começa, quando o seu titular, ou alguém por elle, cessa de passar pelo caminho, *iter, actus* ou *via*. O ultimo momento do exercício effectivo da servidão de caminho, aquelle em que seu titular ou alguém por elle acabou de passar pela ultima vez, é o primeiro momento do não-uso. Si elle tenta passar e é impedido de o fazer, começa desse momento o não-uso ⁽²⁵²⁾.

*

4. Segundo requisito: lapso de tempo.—No direito antigo, o lapso de tempo exigido era de dois annos: *qui biennio usus non est, amisisse videtur*.

No direito novo, direito romano justinianeo ou actual, que é o que mais nos interessa, o lapso exigido é, como na aquisição da propriedade, de

1) dez annos entre presentes, e

2) vinte annos entre ausentes.

Isto é expresso na const. 13, Cod., liv. 3º, tit 34, supratranscripta.

⁽²⁵²⁾ *Le trésor de Vancienne jurisprudence romaine*, traducção de Tissot, Metz, 1811, vol. 2º, pag. 50; Lafayette, obra citada, § 134, n. 5.

5. Terceiro requisito: continuidade do não-uso ⁽²⁵³⁾. — Assim como é necessária a continuidade da quasi-posse da servidão de caminho, para poder operar-se a sua constituição por meio da prescrição aquisitiva, assim também é necessária a continuidade do não-uso, para produzir o efeito da sua extinção.

A razão é a mesma numa e noutra hypothese.

Aquelle lapso de tempo, de dez e de vinte annos, é continuo: não póde ser interrompido, sem interromper a prescrição, que começará a correr de novo ⁽²⁵⁴⁾.

*

6. Motivo do não-uso. — O motivo, que leva o titular da servidão a não usar delia, não faz ao caso: seja qual fôr a razão do não-uso, dá-se a prescrição extinctiva da mesma ⁽²⁵⁵⁾.

*
* *

7. Boa fé. - - Esta não é requisito desta especie de prescrição ⁽²⁵⁶⁾.

(253) Maynz, obra citada, § 145, vol. 1.º, pag. 857; Van Wetter, obra citada, § 252, vol. 1.º, pag. 451; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1026, pag. 544, *verbis*: *Pour qu'une servitude rurale ne s'éteigne pas non atendo..*

(254) Conf. Lafayette, obra citada, § 74.

(256) Maynz, obra citada, § 145, vol. 1.º, pag. 856.

(256) Maynz, obra citada, § 145 vol. 1.º pag. 857.

8. Predio dominante commun.— Si a servidão de caminho pertence a diversos con dominos do predio dominante, conserva-se em proveito de todos, pelo uso que delia faça um só delles. *Vel tota amittitur, vel tota retinetur* ⁽²⁵⁷⁾.

9. Titular impubere. -- Contra o titular, que fôr impubere, não corre a prescrição, e isto aproveita aos maiores, consenhores do im-movel dominante ⁽²⁵⁸⁾.

§ 68 Direito patrio

Todo este capitulo é direito patrio subsidiario.

(257) Frag. 18, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 6.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitates amittuntur*; Lafayette, obra citada, § 134, n. 5, vol. 1.º, pag. 363; Ortolan, obra citada, vol. 1.º, n. 468, pag. 336 bis-10.

(258) Frag 10, Dig., liv. 8.º, tit. 8.º, *quemadmodum servitudes amittuntur*; Lafayette, obra citada, § 134, n. 5, nota 13; Maynz, obra citada, § 145, vol. 1.º, pag. 856.

CAPITULO IX

Das acções relativas ás servidões de caminho

SECÇÃO I

Das acções tendentes a constituir servidões de caminho (acções pessoaes)

SUMMARIO

§ 69. *Classificação das acções relativas da
servidões de caminho.* § 70.
Quaes são essas acções?

§69

Classificação das acções relativas ás servidões de caminho

As acções relativas ás servidões de caminho são destinadas a constituil-as, ou a defendel-as, como direito real ou como facto apenas.

Dahi, o seu desdobramento em tres classes distintas:

- a)* acções tendentes a constituir servidões de caminho (acções pessoaes);
- b)* acções petitorias e
- c)* acções possessorias ⁽²⁵⁹⁾.

(259) Mackeldey, obra citada, § 328; Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pag. 364.

§70 Quaes são

essas acções?

Nesta classe só entram acções pessoaes. E a razão é que os direitos reaes, a que se referem, que são as servidões, ainda não existem. A ella pertencem todas as acções, cujo objecto seja constituir uma servidão. Por exemplo:

- a) a *actio ex contracto*;
- b) a *actio ex testamento*,
- c) a *actio extraordinaria ou imploratio officii judicis*.

Todas estas acções tendem a tornar efectiva uma servidão, que deve emanar de convenção, em que foi promettida, ou de testamento, em que foi deixada, ou de facto de encravamento do predio dominante ⁽²⁶⁰⁾.

SECÇÃO II

Das acções petitorias

SUMMARIO

- § 71 *Acção confessoria.*
- § 72 *Acção negatoria.*
- § 78 *Acção publiciana.*
- § 74 *Direito patrio.*

§71

Acção confessoria

1. Noção.— Assim como o domínio têm uma *rei vindicatio*, destinada a proteger a coisa em sua totalidade ou o conjuncto de todos os

⁽²⁶⁰⁾ Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pags. 364-5.

direitos reaes, também a servidão, *servitus*, que é um desses direitos reaes desmembrado do conjuncto, térm uma acção real, *petitio, vindicatio servitutis*, destinada a proteger este direito real parcial.

Ha uma *vindicatio*, remedio geral, para o conjuncto dos direitos reaes, o *dominium*, quando este é affectado por molestia geral, que abranja os todos.

E ha também uma *vindicatio*, remedio local, para um só dos membros daquelle todo, qualquer *jus in re aliena*, quando a molestia é parcial, quando affecta só um dos direitos reaes (261).

O paralelo assume maior valôr, attendendo-se a que a concepção desta *vindicatio servitutis* data do antigo direito civil romano, do tempo em que imperava o primitivo conceito da *servitus*, considerada então como o domínio sobre uma parte da coisa (262).

Acção confessoria, *actio confessoria* ou *actio affirmativa*, no assumpto que nos occupa, é a acção real, que assiste ao titular de uma servidão, para obter, com o reconhecimento desta, a cessação da lesão, que lhe suprime totalmente ou, pelo menos, lhe perturba, o respectivo exercício (263).

(261) Marezoll, obra citada, § 109; Bonjean, *Traité des actions*, § 279, vol. 2.º, pag. 114.

(262) Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, § 49, vol. 2.º, pag. 50.

(263) Van Wetter, obra citada, § 246; Bonjean, *Traité des actions*, § 279; Lafayette, obra citada, § 135, n. 1.

* *

2. Fundamneto. - O fundamento desta acção é a existencia da servidão e da lesão, que impede ou perturba seu exercício ⁽²⁶⁴⁾.

*
* *

3. Fim.- Seu fim é, fazendo reconhecer a servidão, obtêr a condemnação de réo a:

- a) cessar os actos lesivos,
- b) pagar as perdas e damnos e
- c) prestar caução de não mais lesar, *ne amplius turbando* ⁽³⁶⁵⁾.

•
* *

4. Condições.—São condições desta acção:

- a) ter o auctor servidão constituída em favor de seu predio;
- b) soffrer esta servidão molestia, que envolva contestação de sua existencia de direito ⁽²⁶⁶⁾.

*

5. A quem compete ? — A acção confessoria compete a quem têm servidão activa,

(264) Van Wetter, obra citada, § 246, n. 3.º.

(265) Frag. 2.º; frag. 5.º, §§ 5.º a 7.º; Dig., liv. 7.º, tit. 6.º; frag. 4.º, § 2.º; frag. 6.º, §§ 2.º a 7.º; frag. 7.º; frag. 10, § 1.º; frag. 12, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; Mackeldey, obra citada, § 328; Voet, *Ad Pandectas*, liv. 8.º, tit. 5.º, § 3.º; Lafayette, obra citada, § 135, n. 4.

O Voet, obra citada, liv. 8.º, tit. 5.º, § 4.º; Van Wetter, obra citada, § 246; Ihering, *Actio injuniarum*, traducção de Meulenaere, Paris, 1888. pags. 36-7.

ao proprietario do predio dominante. E, si este está *pro indiviso*, qualquer dos condminos póde intental-a em defesa da servidão em sua totalidade, visto ser a mesma indivisível.

Actiones de servitutibus rusticis eorum sunt, quorum praedia sunt (267).

. *

6. Contra quem compete ? - Contra o auctor da lesão, dono do predio serviente ou terceiro. *Datur contra quemvis in servitute impediensem*, lê-se em Voet

As servidões de caminho, *jura in re aliena*, existem *erga omnes*, e, pois, devem gerar acções contra quer que as offenda.

Si o preaio serviente fôr de muitos, basta intentar a acção contra um dos comproprietarios turbadores, *ex vi* do principio da indivisibilidade das servidões (268).

7. Que deve o auctor allegar e provar?
—Deve allegar e provar a existencia juri-

(267) Frags. 1.º, 2.º e 4.º, §§ 3.º e 4.º; Frag. 6.º, §§ 3.º e 4.º; frag. 10, § 1.º; frag. 15, Dig. liv. 8.º, tit. 5.º, si *servitus vindicetur vel ad alium pertmere negetur*; frag. 5.º, § 1.º Dig. liv. 7.º tit. 6.º, si *usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur*, Voet obra citada, liv. 8.º, tit. 5.º, § 1.º Bonjean *Traité des actions*, §270, vol. 2.º, pags. 114 e 123; Van Wetter, obra citada, 246

(268) Frags. 2.º, e 6.º, §§ 3.º e 4.º; frag. 10, § 1.º; frag 15, Dig. liv. 8.º tit. 5.º, si *servitus vindeicetur vel ad alium per-tinere negetur*, frag. 5.º § 1.º, Dig., 1 v. 7.º, tit.6º; Voet, obra citada, liv. 8.º, tit. 5.º, § 2.º; Bonjean, *Traité des actions* § 278, vol. 2º, pag. 115.

dica da servidão de caminho, em favor de seu predio, e a lesão, que a desconhece, ficando assim subentendido que deve allegar e provar que o predio dominante lhe pertence ⁽²⁶⁹⁾.

*

* *

8. Que deve o réo allegar e provar? — Quanto fôr tendente a destruir os factos constitutivos do fundamento da acção. Isto é evidente, e dispensa a auctoridade das fontes romanas. (Conf. *Doutrina das acções*, edição de Teixeira de Freitas, § 56.)

*

• *

9. Effeitos da **sentença**, em face da indivisibilidade da servidão.— Si o predio dominante estiver *pro indiviso*, a sentença obtida em acção proposta por um só dos dominos, aproveita a todos os outros, com relação ao reconhecimento da servidão de caminho e aos effeitos deste reconhecimento. E si o predio serviente é que está em commun, a sentença proferida contra um só dos seus comproprietarios prejudica, a todos os outros ⁽²⁷⁰⁾.

(269) Frag. 2.º, §§ 1.º a 10, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur*, frag. 16, Dig., liv. 44, tit. 1.º, *de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis*; Glück, obra citada, § 687, vol. 8.º, pag. 392; Lafayette, obra citada, § 135, n. 2.

(270) Frag. 4.º, §§ 3.º e 4.º; frag. 6.º, § 4.º; frag. 19, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad aliam pertinere negetur*; Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pag. 384; Lafayette, obra citada, § 135, n. 3. Veja se o § 6.º, n. 9.

* *

10. Moderna extensão desta acção.—
A *actio confessoria*, vindicado *servitutis*, foi em sua origem destinada exclusivamente á protecção das servidões, isto é, das quatro servidões fundamentais, a saber:

a) *rivus* (posteriormente denominada *aquae-ducus*) ;

b) *aquae haustus* ;

c) *iter* e

d) *actus*, que são as mais antigas conhecidas pelos romanos e os únicos *jura in re aliena* existentes na primeira phase da evolução do direito romano. Em sua origem, era, pois, impossível applicar-se a confessoria á protecção de outros *jura in re*, ainda sem existencia no *jus civile romano*. Mais tarde, surgindo novos direitos reais, foi ella applicada tambem á respectiva protecção, *ex vi* da analogia existente, por se tratar, num e noutro caso, de *jura in re*, de limitações á liberdade natural do domínio⁽²⁷¹⁾.

*

*

11. Acção confessoria directa e acção confessoria útil. - Dahi, a distincção entre acção confessoria *directa* e *util*, as quaes differem. A acção confessoria se diz *directa*, quando têm sua applicação de origem, ou é intentada justamente no caso, para o qual foi creada. E se diz *util*, quando se estende a caso analogo⁽²⁷²⁾.

(271) Glück, obra citada, § 686, vol. 8.º, pags. 389 e 402-3-(272) Bonjean, *Traité des actions*, § 267, vol. 2.º, pags. 33-4; Glück, obra citada, § 686, vol. 8.º

12. Direito patrio. — A acção confessoria foi recebida e conserva-se em nosso direito com a mesma estrutura e funcções, que lhe dera o direito romano. Não ha, pois, modificações a notar ⁽²⁷³⁾.

§ 72 Acção

negatoria

1. Noção. — Acção negatoria, *actio negatoria* ou *actio negativa*, é a acção real, que assiste ao proprietario turbado no gozo de sua propriedade, para que se declare estar livre de servidões ⁽²⁷⁴⁾.

Diz-se *negatoria* ou *negativa*, porque nega a servidão, que alguém pretende ter sobre a coisa

*

• *

2. Fundamento. — Seu fundamento é a existencia da propriedade livre e a da lesão, que impede o auctor de exercer o seu dominio pleno livremente ⁽²⁷⁶⁾

* *

3. Fim. E' diametralmente opposto ao fim que tem a acção confessoria, com relação

(273) Os termo, sem que Lafayette expõe a doutrina desta acção, na obra citada, § 135, comprovam o nosso asserto.

(274) Van Wetter, obra citada, § 205; Lafayette, obra citada, § 87, n. 2.º; Insts., liv. 4.º, tit. 6.º, *de actionibus*.

..(275) Frag. 26, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum*; Lafayette, obra citada, § 87, n. 4.

ao ponto capital: é o reconhecimento da liberdade da coisa e, como consequencia, a prohibição ao réo, sob certa pena, de continuar na mesma usurpação, e sua condemnação nas perdas e damnos e na reposição da coisa, si disso fôr caso, no seu antigo estado.

A confessoria affirma a servidão. A negatoria nega-a ⁽²⁷⁶⁾.

* *

4. Condições.—São condições desta acção:

- a) ter o auctor propriedade sobre a coisa;
- b) estar esta sendo gravada com uma servidão de caminho indevida.

A liberdade da propriedade presume-se. E' preciso que a lesão soffrida importe contestação intencional ao livre exercício da mesma propriedade ⁽²⁷⁷⁾.

* *

5. A quem compete ? — A acção negatoria compete ao dono do predio serviente. *Actio negatoria competit domino, qui negat. Actiones de servitutibus rusticis eorum sunt, quorum praedia sunt* ⁽²⁷⁸⁾.

(276) Bonjean. *Traité des actions*, § 280; Ihering, *Actio injuriarum*, pag. 150.

(277) Van Wetter, obra citada, § 205.

(278) Frag. 2.º, pr., Dig., liv. 8º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; Bonjean, *traité des actions* § 280, vol. 2.º, paga. 119-21 e 123. Conf. o § 71, n. 5, supra.

* *

6. Contra quem compete ? — Contra aquelle que praticar actos de servidão indevida no predio em questão, *animo jus sibi habendi. Ut si quis intendat jus non esse adversario... eundi, agendi... Ista quoque actiones in rem sunt, sed negativas*, dizem as Institutas (§ 2.º, liv. 4.º, tit 6.º, *de actionibus*).

Et hic quoque sicut in caeteris servitutibus actio contraria dabitur: hoc est, jus tibi non esse me cogere, diz Ulpiano, no frag. 8.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (279)

* *

7. Que deve o auctor allegar e provar?— O seguinte:

- a) que a coisa lhe pertence, e
- b) que o réo exerce sobre ella servidão de caminho, que a mesma não deve, ou que não deve tão onerosa (280).

*

* *

8. Que deve o réo allegar e provar?
Que o auctor não é proprietario, ou então,

(279) Van Wetter. obra citada, § 205; Bonjean, *Traité des actions*, § 280, vol. 2.º, pags. 119-21; Lafayette, obra citada, S 87, n. 2

(280) Frag. 26, Dig., liv. 8.º, tit. 2.º, *de servitutibus praediorum urbanorum*; Bonjean, obra citada, § 280, vol. 2.º, pag. 122; Van Wetter, obra citada, § 205, vol. 1.º, pag. 386; Glück, obra citada, §§ 685 e 687, vol. 8.º, pags. 385, 300 e 408; Lafayette, obra citada, § 87, n. 4; Doutrina das acções, edição de Teixeira de Freitas, § 58.

que a servidão está legitimamente constituída e legitimamente exercida ⁽²⁸¹⁾).

9. Efeitos da sentença em face da indivisibilidade da servidão.—Na acção negatoria domina a este respeito o mesmo principio acima exposto, no § 71, n. 9.

10. Moderna extensão da acção negatoria. — Cabe aqui a mesma ponderação feita acima, com relação á acção confessoria (§ 71, n. 10).

*
* *

11. Acção negatoria directa e acção negatoria util. — A razão de ser desta distincção é igualmente a mesma dada acima (§ 71, n. 11). Convém accrescentar apenas que o predicado *util*, aqui empregado, não implica inutilidade na acção *directa*, mas significa sómente que a extensão dada á acção primitiva foi de terminada por motivo de *utilidade*, á vista da exigencia aos casos novos, expressão de necessidades tambem novas, ainda não sentidas ao tempo do nascimento da acção. E' sabido que os jurisconsultos classicos e os pretores

⁽²⁸¹⁾ Van Wetter, obra citada, § 205, vol. 2.º, pag. 386; Bonjean, *aité des actions*, § 280, vol. 2.º, pag. 121; Glück, obra citada, § 687, vol. 8.º; Doutrina das acções, edição de Teixeira de Freitas, § 58 e nota 192.

invocavam a cada passo a *utilidade*, para introduzir modificações no *jus civile*, tambem chamado *jus quiritarium*, *jus ipsurn ejus strictum* ⁽²⁸²⁾. *Jus praetorium*, diz Papiniano, *est quod praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam* ⁽²⁸³⁾.

* *

12. Diferenças entre esta acção e a acção confessoria. - Estas duas acções não divergem só verbalmente, mas realmente tambem. São pontos differenciaes entre ellas:

- a) na acção confessoria, o auctor pretende a confissão da servidão; na acção negatoria, elle pretende a sua negação;
- b) na acção confessoria, o réo nega a servidão; na negatoria, elle confirma-a;
- c) o fundamento de uma é o opposto do fundamento da outra;

(282) Nossos *Ensaio de philosophia do direito*, § 59, vol. 1.º, pag. 127. E' dahi, dessa denominação—*jus lesam*, dada ao *jus civile*, que proveiu naturalmente a expressão *ipso jure*, tão usada pelos juristas, legisladores e pessoas do foro, para significar aquillo, que se opéra sómente pelo poder e auctoridade da lei, sem necessidade de allegação de parte o decisão do magistrado. "Quando se diz que a compensação se faz *ipso jure*, enalna Pothier (*Obrigações*, trad. de Corrêa Telles, vol. 2.º, n 599), lato quer dizer que ella se faz por virtude da lei somente, sem que seja Julgado pelo juiz, ou sem que seja opposta por alguma das partes». Conf. Troplong, *Droit civil explique*, vol. 2.º, pags. 156 e nota 5, 159 e nota I, e 160; vol. 15, pag. 247, nota 2.

(283) Frag. 7.º, (1.º. DIg, liv. 1.º, tit. 1.º *de justitia et jure*, Bonjean, *Instituições*, vol. 1.º, pag. 95; *Traité des actions*, § 267, vol. 2.º, pag. 33; nossas *Ensaio de philosophia do direito*, §§ 58 e 59, vol. 1.º, pags. 125 e 127.

- d) o fim de uma é também o opposto do fim da outra;
- e) os requisitos de uma são o opposto dos requisitos da outra ⁽²⁸⁴⁾.

§ 73 Acção

publiciana

O direito romano concede a acção publiciana, *actio in rem publiciana*, tanto para proteger a servidão, como para proteger a liberdade da propriedade.

No primeiro caso, supprime a falta da acção confessoria. No segundo, supprime a falta da acção negatoria. Quem não pôde provar que têm o *jus servitutis*, não pôde intentar a acção confessoria: soccorre-o a publiciana, que se contenta com a prova da aquisição da quasi-posse da servidão revestida dos requisitos que levam á prescrição da mesma servidão.

Por outro lado, quem não pôde provar que têm a propriedade da coisa não pôde intentar a acção negatoria: soccorre-o a publiciana, que se contenta com a prova da aquisição da posse, revestida dos requisitos que levam á prescrição da propriedade. A acção publiciana, que assim se denomina do nome de seu creador, Publicio, funda-se na ficção consistente em se considerar antecipadamente, como

(284) Lafayette, obra citada, § 87; Corrêa Telles, Doutrina das acções, edição port., §§ 117-8; edição de Teixeira de Freitas, § 58; edição de Sousa Pinto, §§ 117-8. E as respectivas notas.

proprietario ou como titular da servidão, quem está em via de adquirir, por meio de prescrição, a propriedade ou a servidão. Mas, por ser de prova mais facil, preferem-na muitas vezes aquelles mesmos, que estão no caso de usar da acção confessoria ou da acção negatoria.

À publiciana regula-se pelos mesmos princípios reguladores das duas acções, a que suppre⁽²⁸⁵⁾.

§ 74 Direito

patrio

1. Acção confessoria.—Já dissemos (§ 71, n. 12), que a acção confessoria passou para o nosso direito com a mesma estructura e as mesmas funcções, que lhe dera o direito romano⁽²⁸⁶⁾.

* *

2. Acção negatoria. — Esta acção passou tambem do direito romano para o brasileiro,

(285) Conf. Dig., liv. 6.º, tit. 2.º, *de publiciana in rem actione*; Van Wetter, obra citada, §§ 207, 245 e 248; Mackeldey, obra citada, § 328; Bonjean, *Traité des actions*, § 265; Lafayette, obra citada, SS 88 e 135, n. 5.

(286) O direito patrio, na materia sujeita, vêm exposto em Cardoso, *Praxis judicum et advocatorum, Conimbricæ*, 1720, *verb. servitus*, n. 5; Lafayette, obra citada, § 135, vol. 1.º, pag. 363; B. Carneiro, *Direito civil*, liv. 2.º, § 82, vol. 4.º, pag. 282; Corrêa Telles, *Doutrina das acções*, edição port., §§ 112, 113 e 114 e notas; edição de Teixeira de Freitas, §§ 55 e 56 e notas; edição de Sousa Pinto, §§ 112, 113 e 114 e notas; Corrêa Telles, *Formulario de libellos e petições summarias*, 4.º edição, accomodada ao fôro brasileiro por A. J. R. de Oliveira, Rio de Janeiro, 1880, pag. 61. Confrontando se a doutrina exposta por estes escriptores com a doutrina do direito romano, verifica-se a veracidade do nosso asserto conatante do texto. Conf. *Revista Forense*, de Bello Horizonte, vol. 1.º, pag. 460.

sem alteração de estrutura nem de funcções. Isto se torna patente pelo confronto entre os expositores do direito patrio e as fontes e expositores do direito romano ⁽²⁸⁷⁾).

. *

3. Abolição de atravessadouro superfluo. - Entretanto, constitúe uma especie de acção negatoria, o que, com relação aos caminhos e atravessadouros particulares, feitos nas propriedades tambem particulares, dispõe a lei de 9 de julho de 1773, § 12⁽²⁸⁸⁾, nos seguintes termos:

«Mando que todos os caminhos e atravessadouros particulares feitos pelas propriedades tambem particulares, que se não dirigem a fontes, ou pontes com manifesta utilidade publica, ou a fazendas, que não possam ter outra alguma serventia, sejam vedados e abolidos por officio dos juizes, posto que de taes servidões se alleguem as posses immemoriaes, que são repugnantes á liberdade natural, quando não consta que para ellas precederam títulos legítimos que, conforme o aireito, excluam a acção negatoria».*

(287) Cardoso, obra citada, *verb. servitus*, n. 5; Conf. Lafayette, obra citada, § 87; Corrêa Telles, Doutrina citada, edição port., §§ 117-8 e notas; edição de Teixeira de Freitas, § 58 e notas; edição de Sousa Pinto, §§ 117-8 e notas; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 82, ns. 17 e seguintes.

(288) C. Telles, *Doutrina das acções*, edição port., § 120; edição Preitas, § 59; edição de Sousa Pinto, § 120. Ahi se lê: E' uma especie de acção negatoria o beneficio da lei de 9 de julho de 1773, § 12, que compete ao dono de qualquer predio, pelo qual se fez *atravessadouro superfluo*, para requerer a abolição d'elle summariamente. Vejam-se as respectivas notas.

4. Noção de atravessadouro. -- *Atravessadouro*, diz Pereira e Sousa ⁽²⁸⁹⁾, *se diz o caminho particular que corta o terreno da propriedade alheia.*

*
* *

5. Vigencia da lei de 9 de julho. *A lei de 9 de julho de 1713, § 12, está em vigor.* A disposição transcripta foi confirmada pelo decreto de 17 de julho de 1778, consolidada por Teixeira de Freitas e por Carlos de Carvalho. O primeiro consolidou-a no art 957 da *Consolidação das leis civis*, que diz:

Não constituem servidão os caminhos e atravessadouros particulares, feitos por propriedades também particulares, que se não dirigem a fontes, ou pontes, com manifesta utilidade publica; ou a tomares que não possam ter outra serventia».

E no art 958:

«Para haverem taes servidões é necessario que se apresentem títulos legítimos, que excluam a acção negatoria. Não basta posses immemoriaes».

E, finalmente, no art 1333:

«Tambem não prescreve o direito de fazer abolir atravessadouros superfluos, nos termos dos arts. 957 e 958 .

A contrario sensu do nosso art 957, acrescenta elle, em nota ao art 1333, *con-*

⁽²⁸⁹⁾ Pereira e Sousa, Diccionario jurídico, *verb*, *atravessadouro*.

stitúem servidão os caminhos e atravessadouros particulares, feitos por propriedades particulares, que se dirigem a fontes, ou pontes, com manifesta utilidade publica; ou a tomares, que não possam ter outra alguma serventia. O segundo consolidou a dita lei de 1773, § 12, no art. 605 e no art. 606 de sua *Nova consolidação*, que diz:

«Não constituem servidão os caminhos e atravessadouros particulares, por propriedades também particulares, quando não forem indispensaveis aos visinhos para irem a alguma fonte, estrada publica, povoação, ponte ou porto de embarque ou estação mais proxima de estrada de ferro ou de navegação fluvial ou marítima, ou a alguns tomares que não possam ter outra serventia».

§ 1.º: *Tal serventia não será gratuita, mas obrigará á indemnização quando fôr proveitosa aos visinhos por encurtamento de um quarto ou mais de caminho.*

§ 2.º: *Para constituir servidão é necessario que se apresentem títulos legítimos capazes de excluir a acção negatoria, não bastando a posse immemorial.*

Como se vê das fontes que, a proposito, cita o auctor da *Nova consolidação*, elle não consolidou só aquella lei de 1773, confirmada pelo decreto de 1778, mas também as que lhe sobrevieram, que são a lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 e o decreto n. 720 de 5 de setembro de 1890, art 65, § unico, de que já tivemos occasião de falar.

A lei n. 601, art 16, dispõe:

As terras devolutas, que se venderem, ficarão sempre sujeitas aos onus seguintes: § 1.º § 2.º: «Dar servidão gratuita aos visi-nhos, quando lhes fôr indispensavel para saturem a uma estrada publica, povoação ou porto de embarque, e com indemnização, quando lhes fôr proveitosa por encurtamento de hum quarto ou mais de caminho».

E' o que foi consolidado no § 1.º da Nova consolidação. Mas, sem desmerecer no valor intellectual e jurídico do operoso mestre e de sua excedente obra, parece-nos que a . materia não foi bem consolidada, porquanto, segundo cremos, o § 1.º do art 606 faz suppor que póde haver servidão de caminho de prédio encravado *para se dar o encurtamento de caminho*, o que não é verdade. Falar de caminho mais curto é admittir a existencia de um mais longo: e o] predio encravado não tem caminho algum, nem curto nem longo.

Além dessas duas consolidações, temos ainda, para provar a vigencia da referida lei, a *Consolidação do processo civil*, de Ribas, que, no art 921, diz:

Pertencem á segunda classe dos processos de que trata o art 919 (a dos processos que só pódem ser promovidos a requerimento de parte): § 5.º.

A extinctão de caminhos e atravessadouros particulares, feitos nas propriedades tambem particulares, que se não dirigem a fontes

ou ponta, com manifesta utilidade publica, ou a fazendas que não possam ter outra alguma serventia, posto que de taes servidões se allegue posse immemorial, quando não consta que para ella precederam títulos legítimos que, conforme o Direito, excluam a acção negatoria ⁽²⁹⁰⁾.

6. Jurisprudencia.—Além disso, temos a jurisprudencia dos tribunaes a julgar de accôrdo com essa lei ⁽²⁹¹⁾.

(290) Conf. Didimo. obra citada, n. 316.

(291) *Direito*, vol. 6.º, pag. 563; vol. 14, pag. 571; vol. 19, pag. 474; vol. 41, pag. 390;

S. *Paulo Judiciario*, vol. 1.º, pag. 31; vol. 3.º, pag. 399; vol. 7º, pag. 160;

Gazeta Jurídica, vol. 24, pags. 75 e 188; vol. 32, pag. 56; vol. 38, pag. 34;

Revista de Jurisprudencia, vol. 14, pag. 69, e vol. 17, pag. 53.

Esta acção é summarissima : consiste numa vistoria, a que se segue logo a sentença. Para ella citam-se as pessoas que fazem o atravessadouro, as certas pessoalmente, as incertas por editos com o prazo de 30 dias, afim de virem se louvar com o requerente em peritos, que procedam á vistoria no logar em questão, para a verificação dos factos allegados pelo auctor, isto é, a inutilidade ou superfluidade do atravessadouro, o prejuízo que lhe causa, a ausencia de utilidade publica, a existencia de outro caminho. A louvação deve ser feita de accôrdo com o reg. n. 737 de 25 de novembro de 1850. No acto da vistoria devem os réos allegar o que entenderem ser a bem de seus direitos e inquirir suas testi-munhas para prova dos factos allegados. Nessa mesma occasiao poderá o auctor inquirir as testemunhas, que por ventura quizer produzir. Concluida a vistoria, com allegações e inquirições, subirão os autos á conclusão para a sentença, que haverá ou não por abolido o atravessadouro. Citam-se tambem as mulheres casadas. (Consultem-se C. Telles, *Dig. port.*, vol. 4.º, §8 465-6; idem, *Libellos*, § 12 e nota; *Doutrina das acções*, edição de T. de Freitas, § 60, *in fine*; Ribas, *Consolidação do processo civil*, art. 921, § 5.º, e commentario 595; *Direito*, vol. 41, pag. 390).

* *

7. Camarás municipaes. — As camaras municipaes nada têm que vêr com os caminhos e atravessadouros particulares, por propriedades tambem particulares, que não interessam a todos, mas apenas a uma parte dos respectivos munícipes. Taes caminhos só pôdem existir com o character de servidão. E todas as questões sobre servidão de caminho competem exclusivamente ao poder judiciario, por sua propria natureza e, ainda mais, por declaração expressa da lei ⁽²⁹²⁾ como se vê da seguinte petição de recurso, que ha dez annos apresentámos ao Congresso Legislativo do Estado de S. Paulo:

«Illmos, e Exmos. Senhores Senadores e Deputados ao Congresso do Estado de S. Paulo D. Marianna Leopoldina Nogueira, vulgo Marianna Marçal, viuva, residente neste município de S. José do Rio Pardo, recorre para Vs. Exs., na fôrma dos arts. 79, §§ 1.º e 3.º, e 81 da lei n. 16 de 13 de novembro de 1891, e arts. 23, §§ 1.º e 3.º, e 24 de seu reg. n. 86 de 29 de julho de 1892, -do acto da Camara Municipal desta cidade que, a *requerimento de Joaquim de Sousa Nogueira, habitante de município diverso, declarou de servidão publica um caminho particular existente na fazenda da recorrente denominada Floresta, e exclusi-*

(202) Lei de 9 de julho de 1773, § 12; alvará de 14 de outubro de 1773, § 2.º; alvará de 27 de novembro de 1804, § 7.º; Corrêa Telles, *Manual do processo civil*, § 465; *Direito*, vol. 10, pag. 388; lei do Estado de S. Paulo n 16 de 13 de novembro de 1891, art. 20.

vamente de sua *serventia*, pois não passa de *carreadouro de café da fazenda*, mandando ainda que o *mesmo seja mudado á custa da recorrente*, para por detrás da machina de beneficiar café (documentos junctos, sob. ns. 1, 2 e 3).

E foi razão de decidir ser o carreadouro antigo e *mais commodo* a dito Joaquim de Sousa Nogueira e a seus visinhos, do que os outros dois caminhos, que já oneram a mesma fazenda da recorrente.

O acto da Illustre Corporação, porém, incorre, *data venia*, na mais acre censura de direito e deve ser annullado por este Esclarecido Congresso, porquanto, *viola a Constituição Federal e a do Estado, e exorbita das attribuições do governo municipal*.

Vamos demonstrar que o alludido acto da Camara Municipal de S. José do Rio Pardo viola a Constituição Federal e a Constituição Estadual.

Com effeito, a Constituição Federal dispõe, no art 72, § 17, o seguinte:

«O direito de propriedade man-tém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade, ou utilidade publica, mediante indemnização previa,. A Constituição Estadual prescreve igualmente, no art. 65, § 18:

E' mantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indemnização previa».

Eis ahí ambas as constituições garantindo o direito de propriedade em toda a sua plenitude, com a *unica excepção* da desapropriação por *necessidade*, ou *utilidade publica*, mediante indemnização, necessidade e utilidade que precisam ser legalmente verificadas, antes de se decretar a desapropriação, conforme já fazia sentir a Constituição ao ex-Imperio, no art. 179, § 22.

Ora, que fez o acto recorrido?

Mandou que a propriedade da recorrente fosse entregue ao uso e gozo de terceiros, determinando ainda nella grave e profunda modificação que importa a destruição de milhares de caféeiros ora carregados de fructos e, ainda mais, ordenando que essa modificação (a mudança do caminho), aliás mui custosa e dispendiosa, seja feita á custa da propria recorrente !

Onde encontrar mais profunda e flagrante violação do Pacto Fundamental da União e do Estado ? !

Mesmo quando o caminho, da serventia privada da recorrente, fosse exigido pela necessidade ou utilidade publica do município, outros seriam os meios a empregar.

Despojar assim um munícipe de sua propriedade, depreciar-lhe, sinão inutilizar-lhe a fazenda, tornando-a infructifera, quasi varejar-lhe a casa de habitação com uma estrada publica

e ainda obrigar-o ás despesas necessarias para traduzir-se em facto o attentado que se commette e o sacrificio que se lhe impõe, é golpear de morte a Constituição Federal e a do Estado, na parte em que garantem a inviolabilidade do direito sagrado de propriedade.

Ai! da industria agrícola, ai! da paz e tranquillidade das famílias, si actos, como o de que ora se recorre, obtivessem *transeat* e viessem a constituir jurisprudencia no Estado, cuja primeira riqueza é a cultura do solo uberrimo de que a natureza o dotou.

Passemos ao segundo ponto. •

Demonstremos que o acto recorrido *exorbita das attribuições do governo municipal*.

Uma vez demonstrado, como está, que esse acto viola a Lei Constitucional da Federação e do Estado, demonstrado está que *exorbita das attribuições do governo municipal*, porquanto, não póde haver maior exorbitancia do que a consistente na violação de tal lei.

Queremos todavia demonstrar que aquelle acto, não só infringiu as duas constituições, como infringiu tambem leis ordinarias, excedendo dest'arte duplamente as attribuições conferidas ao governo municipal.

Vamos adduzir argumentos nesse intuito.

a) E' corrente em direito que a acção e competencia do governo municipal restringe-se ao territorio do município, nada tendo elle que vêr com a necessidade ou utilidade de outros municípios ou de munícipes destes.

Ora, o acto recorrido sacrificou a propriedade da recorrente para attender á pretendida *commodidade* de Joaquim de Sousa Nogueira, do município de Caconde, homem que, votando odio á recorrente e a sua família, por motivos inconfessaveis, se prevalece da influencia e poderio, de que gosa, para mover-lhes *perseguição* em um outro município.

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

b) E sabido que a desapropriação é uma medida de excepção, que só se justifica quando a necessidade ou utilidade da collectividade exige o sacrificio da propriedade individual, devendo-se, porém, indemnizar previamente o proprietario, o que têm applicação mesmo na hypothese de *abertura* ou *melhoramento de estradas*, como é expresso no citado reg. n. 86 de 1892, art 12, § 7.º, letra c.

Ora, o acto recorrido, longe de indemnizar a recorrente, parece haver-se esmerado em busca dos maiores onus, que lhe impoz, devendo-se notar ainda a circumstancia de não se tratar, no caso em questão, de *necessidade ou utilidade geral dos munícipes*.

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

c) O aviso n. 533 de 16 de novembro de 1869 diz que só pódem ser considerados *municipaes* os caminhos que servem para as communicações *dentro do município*.

A lei fluminense n. 1478 de 4 de janeiro de 1870, art. 2.º, diz que *estradas municipaes*

são os caminhos que apenas ligam *entre si diversos pontos* de um *município*.

As estradas, diz Laxe, *Camaras municipaes*, pag. 481, *são municipaes quando communicam dois ou mais pontos do mesmo município*.

Os caminhos, que *ligam um município a outro*, diz o mesmo auctor, {obra citada, pag. (109), estão excluídos da denominação de *municipaes*, e só pôdem ser classificados entre as estradas federaes ou estaduaes.

E é certo que a competencia administrativa das camaras municipaes limita-se exclusivamente ás *estradas privativas do município*.

Lei de 29 de agosto de 1828, art. 2.º; lei n. 16 citada, art. 12, § 9.º, *b*.

Ora, o acto recorrido, conforme consta dos documentos junctos, cogita de uma estrada, *não municipal*, mas estadual pois tende a *ligar dois municípios*: o de Caconde e o de S. José do Rio Pardo.

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

d) O proprietario, que não é sesmeiro, não é obrigado a dar caminnos por suas terras e conserval-os transitaveis: não está sujeito ao onus das estradas.

O facto é que, sendo muito pesado o serviço das estradas, cahiu em desuso ha tanto tempo, que revivêl-o hoje é acto tão odioso que compromette o bom conceito de que gosa qualquer auctoridade, sem nenhum interesse publico.

Accresce ainda que propriedades ha, por onde pôdem passar tantas estradas, que as depreciam, e que talvez não produzam quanto se têm de despender para conservar as estradas: Resolução imperial de 10 de dezembro de 1845; aviso n. 321 de 1 de agosto de 1860, § 6.º; aviso n. 4 de 10 de janeiro de 1862, § 6; aviso n. 192 de 6 de maio do mesmo anno, § 2.º, e aviso n. 488 de 21 de outubro, tambem do mesmo anno, § 4.º; V. de Uruguay, *Administração das Provindas*, § 416; Laxe, obra citada, *op-cit.*, pags. 183 e 184.

Ora, a recorrente não é sesmeira, e portanto não é obrigada a dar caminhos por suas terras e conserval-os transitaveis.

O acto recorrido, entretanto, impõe-lhe esse onus pesado e odioso, ordenando que se abra estrada pelos cafezaes e colonia da recorrente, cuja fazenda *já se acha, note-se bem, já se acha onerada com duas estradas publicas*, como consta do incluso doc. n. 3 e como o confessa o proprio Joaquim de Sousa Nogueira, quando affirma em seu requerimento (doc. n. 1) *que o caminho pretendido lhe convém mais, por ser mais commodo*, o que suppõe a existencia de outros caminhos, que de facto existem, e na mesma fazenda da recorrente.

Logo, *exorbitadas attribuições do governo municipal*.

e) Do requerimento de Joaquim de Sousa Nogueira e dos demais documentos que acompanham esta petição, vê-se que o caminno em questão será, quando muito, um *atravessadouro particular*, que não se dirige a fontes, ou pontes com

manifesta utilidade publica, nem as fazendas, que não possam ter outra serventia.

E a lei de 9 de julho de 1773, § 12, confirmada pelo decreto de 17 de julho de 1778 e consolidada por Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, art. 957, estatúe que *taes atravessadouros, por mais antigos que sejam, não constituem servidão*, e manda que *sejam, vedados e abolidos* porque, diz ella no preambulo, *fazem infructiferos, não só os togares que occupam, mas tambem as outras consideraveis porções dos terrenos que a elles são contíguos*.

Ora, o acto recorrido fez o contrario: declarou que tal caminho *constitua servidão* d'ora em diante, e mandou que fosse aberto por outro ponto da fazenda.

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

f) Os atravessadouros particulares, de que fala a lei de 9 de julho de 1773, § 12, não são caminhos estabelecidos *em proveito da generalidade dos habitantes de um município* e, portanto, *não compete á administração ou mais especialmente á municipalidade, o pronunciar-se sobre elles, pois não lhe compete provêr as precisões dos particulares quanto ao transito de simples commodidade* (Dr. Pereira do Rego, *Direito administrativo brasileiro*, § 206; *Direito*, vol. 41, pag. 390).

Ora, o acto recorrido pronunciou-se sobre tal atravessadouro, e ainda mais, em proveito de particulares, *habitantes de outro município*.

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

g) E corrente em direito e secularmente seguido no estylo e pratica de julgar — que quando é caso de impôr-se o onus de caminho por uma fazenda, *este caminho deve ser feito por onde fôr menos prejudicial ao predio onerado* : lei 9.^a, Dig., *de servitutibus*; Coepolla, *de servitutibus*, tract. 2.^o, cap. 1.^o, n. 5, *in fine*, e n. 6; B. Carneiro, liv. 2.^o, tit. 2.^o, §18, n. 20; Didimo, *As servidões reaes*, n. 325; Codigo civil francez, arts. 683 e 684 : Mourlon, *Répétitions écrites*, vol. 1.^o, n. 1802.

Ora, o acto recorrido, além de ser já um attentado a simples abertura do caminho, escolhe o coração da fazenda e do cafezal, a colonia, a agua potavel, a residencia da recorrente, e manda que por ahi passe a estrada, depreciando a fazenda e desvalorizando-a em mais de duzentos contos de réis.

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

h) Todas as questões sobre servidão de caminho pertencem, por lei, *exclusivamente ao poder judicial*: lei de 9 de julho de 1773, § 12; alvará de 14 de outubro de 1773, § 2.^o; alvará de 27 de novembro de 1804, § 7.^o; Corrêa Telles, *Manual do processo civil*, § 465; Mourlon, obra citada, vol. 1.^o, n. 1802 ; Direito, vol. 10, pag. 388. E é tambem de lei que as camaras municipaes *não exercem hoje jurisdicção alguma contenciosa*: lei n. 16 citada, art. 20.

Ora, o acto recorrido decidiu de questão sobre servidão de caminho e decidiu de materia

contenciosa, qual seja a que faz objecto da contenda entre a recorrente e Joaquim de Sousa! Nogueira (Vide V. do Uruguay, *Direito administrativo*, vor. 1.º, pags. 83 e 95.).

Logo, *exorbita das attribuições do governo municipal*.

Basta. Para que este Esclarecido Congresso, usando da attribuição que lhe confere o art 23, § 3.º da Constituição do Estado, annulle o acto da Camara Municipal de S. José do Rio Pardo, na fórnica do art 79, §§ 1.º e 3.º da lei n. 16 de 1891, restabelecendo o direito violado e restaurando a lei postergada, não é mister insistir mais, porquanto, as luzes desta Conspícua Corporação, que mais que ninguem conhece quanto convém acoroçoar e proteger a lavoura, a mais copiosa fonte de riqueza que figura na vida economica do Estado, supprirão as lacunas que ahi ficam.

A recorrente sabe que os actos deste Ilustrado Congresso são dictados pela voz da razão e do direito. E por isso espera que o seu recurso seja provido para o fim de ser annullado o acto da Camara Municipal de S. José do Rio Pardo, como é de indefectivel

JUSTIÇA. S.

José do Rio Pardo, 20 de abril de 1896.

O advogado,

JOSÉ MENDES

8. Partes na abolição de atravessadouro superfluo. — Esta acção compete ao dono do predio que se sente prejudicado, contra aqueles que fazem o atravessadouro, os quaes pódem ser pessoas certas ou incertas. (Vide nota 291).

. *

9. Acção publiciana. Esta acção tam bem foi recebida em nosso direito, sem alteração, quer na estrutura, quer nas funcções⁽²⁹³⁾.

SECÇÃO III

Das acções possessorias

SUMMARIO

§ 75 *Interdicto de itinere actuque privato.* § 76
Interdicto de itinere actuque reficiendo.

§ 75

Interdioto de itinere actuque privato

1. Noção.—Já estudámos as acções tendentes á constituição das servidões de caminho e as acções petitorias. Falta-nos a terceira classe : a das acções possessorias, protectoras da quasi-posse das servidões de caminho.

(293) Conf. Lafayette, obra citada, §§ 88 e 135, n. 5; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 15; Corrêa Telles, *Doutrina das acções*, edição port., § 74 e notas; edição de Teixeira de Freitas, § 38, nota 98; edição de Sousa Pinto, §§ 74-6 e notas.

O direito não considera como turbação da posse do predio dominante—a supressão, ou a turbação do exercício das servidões de caminho (que são servidões affirmativas, descontinuas, cujo exercício consiste, pois, em facto independente). Em outros termos: não considera molestia da posse do predio, aquella que affecta a quasi-posse da servidão de caminho. Por isso, concede interdictos especiaes para proteger a quasi-posse das servidões de caminho, interdictos que são os dois seguintes:

- a) *de itinere actuque privato e*
- b) *de itinere actuque reficiendo.*

O interdicto *de itinere actuque privato* é *aquelle, pelo qual o pretor prohiibe que alguém faça violencia ao titular da servidão de caminho, afim de impedil-o de passar livremente do mesmo modo como, sem violencia, nem clandestinidade, nem precariedade, relativamente ao turbador, passava desde um anno antes* ⁽²⁹⁴⁾.

E' uma *adio confessoria* *summaria*, no conceito de Savigny e de Glück ⁽²⁹⁵⁾.

2. Fim. - O fim deste interdicto é obtêr a condemnação do réo a desistir da turbação e a indemnizar as perdas e danos causados ⁽²⁹⁶⁾

(294) Pothier, *Pandectas de Justiniano*, vol. 17, pag. 579; Voet, *Ad Pandectas*, liv. 43, tit. 19, § 1.º.

(295) Savigny, *Traité de la possession*, § 46; Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pag. 365, nota 95.

(296) Frang 1.º, § 1.º; *Dig.*, liv. 43, tit. 19 *de itinere actuque privato*; Voet, *Ad Pandectas*, liv. 43, tit. 19, § 1.º Savigny, *Traité de la possession*, § 46, pag. 462; Glück, obra citada, §§ 685 e 687, vol 8.º, pags. 370 e 390.

3. Condições. - - Quatro são as condições ou requisitos deste interdicto, a saber:

- a) a quasi-posse da servidão de caminho;
- b) ter sido essa quasi-posse exercitada pelo menos em 30 dias no anno immediatamente anterior ao uso do interdicto;
- c) turbação violenta da quasi-posse por parte do réo, e
- d) ausencia de vícios (*vi, clam aut precario*) na quasi-posse ⁽²⁹⁷⁾

4. a) Quasi-posse. — Esta é a condição ou requisito fundamental. Os outros requisitos, que se lhe seguem, são seus accessorios.

O auctor não têm necessidade de allegar direito á servidão, *Hic de facto, in actione confessoria de jure quoeritur* ⁽²⁹⁸⁾.

5. Duração ou medida da quasi-posse.

— Não basta a simples quasi-posse: é neces-

(297) Frag. 1.º, § 2.º; frag. 3.º, § 13, Dig. liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; frag. 1.º, § 10, Dig., liv. 43, tit. 20, *de aqua quotidiana et aestiva*; frag. 1.º, § 9.º; frag. 2.º, § 3.º, Dig., liv. 43, tit. 21, *de rivis*.

(298) Nota anterior; frag. 2.º, § 3.º, Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*. Schul-ting, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, 1828, vol. 6.º, pag. 568, ao liv. 43, tit. 19; Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pag. 366; Savigny, obra citada, § 46, pag. 360; Pothier, *Pandectes de Justinien*, vol. 17, pags. 579 e 581; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 18, n. 35 (argumento), e § 82, n. 5.

sana uma certa medida ou duração. Para o quasi-possuidor ter direito ao uso deste interdicto, é preciso que a servidão tenha sido exercitada pelo menos em trinta dias, *non minus quàm triginta diebus*, na phrase de Ulpiano, durante o anno decorrido immediatamente anterior á propositura do interdicto ⁽²⁹⁹⁾.

*

Si a quasi-posse fôr exercida em 29 dias durante o referido anno, já não têm cabimento o interdicto *de itinere actuque privato*, por faltar o lapso de tempo determinado na lei ⁽³⁰⁰⁾.

*
*.

6. Modo de contar o lapso de tempo. — *Annum*, diz Ulpiano, *ex die interdicti retrorsum computare debemus*.

Em vernaculo: *Devemos contar o anno, a partir do dia do interdicto* ⁽³⁰¹⁾. E devem ser observadas as seguintes regras:

(299) Frag. 1.º, pr., e §§ 2.º e 3.º; Frag. 3.º, § 11, Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; Schulting, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, vol. 6.º, pag. 568, á lei 1.ª, § 2.º, do liv. 43, tit. 19, *verbis*: *Si modo anno usas est*; Savigny, obra citada, § 46, pag. 460 e nota 3; Bonjean, *Traité de» actions*, § 341; Glück, obra citada, § 685, vol. 8.º, pags. 368 e 370; Pothier, *Pandectes de Justinien*, vol. 17, pags. 579 e 581; Caepolla, tract. 2.º, cap. 1.º, ns. 24, i. f. e 36; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 18, n. 37; Didimo, obra citada, n. 349; Corrêa Telles, *Doutrina das acções*, edição port. § 195 e notas; edição de Teixeira de Freitas, § 88 e notas

(300). Savigny, *Traité de la possession*, § 46, pag. 460, nota 3: textos citados na nota anterior (argumento).

(301). Frag. 1.º, § 3.º, Dig. liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*.

a) o lapso de tempo se conta por dias civis, isto é, por durações de 24 horas, de meia noite a meia noite, e não de momento a momento ⁽³⁰²⁾;

b) exclúe-se do prazo o dia em que começa a quasi-posse, *dies à quo* ⁽³⁰³⁾;

c) o ultimo dia, uma vez começado, reputa-se acabado. *Dies novissimus coeptus pro completo habetur*. Ou : *Dies coeptus pro jam completo habetur* ⁽³⁰⁴⁾;

d) o prazo é continuo: contam-se os dias como se seguem, sem deduzir os feriados ⁽³⁰⁵⁾;

e) contam-se 30 dias. por um mez ⁽³⁰⁶⁾;

f) serve de base para o calculo (entre nós) o kalendario gregoriano ⁽³⁰⁷⁾.

* *

7. Accessão da quasi-posse—A accessão, *accessio*, têm cabimento na materia sujeita. E a *accessio quasi-possessionis* rege-se pelos mesmos princípios, que regulam a *accessio possessionis*. Estes princípios são, no direito romano

(302). Frags. 6.º e 7.º, Dig., liv. 41, tit. 3.º, *de usurpationibus et usucapionibus*, applicavel ao caso por analogia; Lafayette, obra citada, § 71, n. 1 e nota 1; Cujacio, vol. 1.º, col. 974, B.

(303). Lafayette, obra citada, § 71, n. 1 e nota 2.

(304). Frag. 15, Dig., liv. 44, tit. 3.º, *de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum*; Lafayette, obra citada, § 71, n. 1 e nota 4; Maynz, obra citada, § 113, vol. 1.º, pag. 758, nota 58.

(305). Lafayette, obra citada, § 71, n. 1 e nota 5.

(306). Lafayette, obra citada, § 71, n. 1 e nota 6, e as fontes romanas em que o mesmo calca sua doutrina.

(307). Lafayette, obra citada, § 71, n. 1 e nota 7; codigo com., art. 358.

e no direito patrio, os que vêm expostos por Lafayette, no *Direito das cousas* ⁽³⁰⁸⁾.

*
* *

8. Exercício da quasi-posse por terceiro.- Não faz ao caso que a quasi-posse seja exercitada pelo proprio titular da servidão de caminho ou por outrem em seu nome. "*Is cujus colonus, aut hospes, aut quis alias iter ad fundam fecit, usus videtur itinere, vel actu, vel via: et idcirco interdictum habebit*" ⁽³⁰⁹⁾.

*
* *

9. Turbação violenta. — Esta turbação pôde partir do dono do predio serviente, ou de terceiro. E, sem ella, não têm logar o interdicto, por falta de objecto ⁽³¹⁰⁾.

*
* *

10. Ausencia de vicios na quasi posse.
E' tambem condição desse interdicto que a

(308) Frag. 6.º. Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; Glück, obra citada, § 685 vol 8.º pag.370; Savigny, *Tratado da posse*, § 46, pag. 461; Pothier *Pandectes de Justinien*, vol. 17, pag. 587; Lafayette, obra citada. § 72 e notas. *Revista Forense*, de Bello Horizonte, vol. 1.º pag. 463, col. 2., *Revista Mensal* de S. Paulo, vol. 5.º pag. 97.

(309) Frag.3º, §§ 6.º, 9.º e 10, Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*; Glück, obra citada § 685, vol 8.º, pag.

370; pothier, *Pandectes de Justinien*, vol. 17, pag. 581

(310) Frag. 3.º, § 5.º, Dig., liv. 43, tit. 20, *de aqua tuque privato*; frag 1º, § 25, Dig., liv. 43, tit. 20, *de aqua quotidiana et aestiva*; Glück, obra citada, § 685, vol. 8º, pag. 370 e nota 4; Savigny. obra citada, § 46, pag. 461.

quasi-posse seja extreme de vícios, — vi CLam, vel precario. "Quod ait praetor in interdicto, diz Ulpiano, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis; hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei, possessio; si verò ab adversario suo, non debeat cum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. has enim possessiones non debere proficere palam est (311).

* *

11. Proibição do proprietário do predio serviente. — Si o proprietario do predio serviente proíbe a passagem pelo seu predio, a quasi-posse exercida posteriormente á prohibição considera-se clandestina. Nam qui prohibitus utitur, ciam utitur (312).

Este principio deve ser entendido em termos hábeis, pois não têm o sentido absoluto, que sua letra inculca. Si, feita a prohibição pelo proprietario do predio serviente, o titular da servidão usa desta ás escondidas, a sua quasi-posse passa a ter o vicio da clandestinidade, — clam. Si, porém, usa da mesma servidão á força, a sua quasi-posse passa a ter o vicio da violencia,—vi (313).

(313) Frág. 1.º, § 9.º, Dig., liv. 43, tit. 17, *uti possidetis*; Savigny, obra citada, § 46, pag. 462; Pothier, obra citada, vol. 17, pag. 585, Didimo, obra citada, n. 349, pag. 311.

(314) Schulting, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, vol. 6.º, pag. 569, á lei 3.ª, Dig., liv. 43, tit. 19; Pothier, *Pandectes de Justinien*, ao mesmo liv. 43, tit. 19, n. 10, vol. 17, pag. 585 e nota 2.

(315) Pothier, *Pandectes de Justinien*, ao liv. 43, tit. 19, n. 10, vol. 17, pag. 585 e nota 2.

12. Direito brasileiro.—O nosso direito não adoptou este interdicto *de itinere actuque privato*. raz-lhe ás vezes entre nós o interdicto *uti possidetis*, também chamado interdicto *retinendae possessionis*, acção de manutenção, interdito de manutenção e acção de força turbativa, porque o direito patrio considera as lesões á *quasi-posse* das servidões de caminho,—impeçam-lhe ou perturbem apenas o exercício,—como méras turbações da posse do predio, a que são inherentes as servidões.

Dahi, a referida modificação. E note-se que, si as lesões á quasi-posse da servidão não pôdem passar de turbações da posse do predio dominante, não têm logar o interdicto recuperatorio, quando se trata da quasi-posse das servidões de caminho ⁽³¹⁴⁾.

* *

O interdicto de manutenção, applicado á quasi-posse das servidões de caminho, tende a fazer restabelecer o exercício dos actos materiaes da servidão e condemnar o réo a não reproduzir a lesão, sob certa pena, e a indemnizar as perdas e danos causados ⁽³¹⁵⁾.

(314) Lafayette, obra citada, § 136; *Gazeta Jurídica*, de São Paulo, vol. 21, pag. 77; Conf Ihering, *Actio injuriarum*, pags. 36 e 37, referencias ao interdicto *uti possidetis*.

(315) Lafayette, obra citada. §136, n. 4, e textos de direito romano por elle citados; Didímo, obra citada, n. 349, pags. 311-2

§ 76

**Interdicto de itinere actuque
reficiendo**

1. Noção. Diz o pretor: *Quo itinere actuque hoc atino, non vi, non clam, non precario, ab alio usus es, quominus iter actumque, ut tibi jus esset, reficias vim fieri veto. Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni in-fecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat.* Em vernaculo: "Prohibo que alguém te faça violencia para impedir que repares o caminho ou a passagem, afim de que, como é teu direito, o reponhas no estado em que delle gosaste durante este anno, sem violencia, nem clandestinidade, nem precariedade. Quem quizer servir-se deste interdicto deve dar caução de reparar o damno, que póde causar por sua culpa»⁽³¹⁶⁾ Este texto contém a noção desta especie de interdicto, referente á reparação de caminho.

*
* *

2. Fim. Seu fim é garantir ao titular da servidão o direito de reparar o caminho, quando isto lhe fôr necessario ao uso da mesma servidão. E' um interdicto inspirado em motivo de utilidade publica⁽³¹⁷⁾.

(316) Frag. 3.º, § 11.. Dig., liv. 43, tit. 19, *de itinere actuque privato*.

(317) Pothier, *Pandectes*, vol. 17, pag. 589.

3. Condições. São as mesmas do interdito *de itinere actuque privato* e mais uma, que aquelle não exige, e é esta: *o auctor deve provar o seu direito á servidão. Et jus sibi esse reficiendi*, diz o frag. 3.º, § 13, Dig., liv. 43, tit. 19. Provar que têm o direito de reparar o caminho é provar que têm uma servidão sobre elle ⁽³¹⁸⁾.

4. Direito patrio. Quanto ao nosso direito, reportamo-nos ao que ficou exposto acima, no § 75, n. 12: ò interdito ou acção de manutenção de posse suppre, não só o interdito *de itinere actuque privato*, como este outro, *de itinere actuque reficiendo* ⁽³¹⁹⁾.

(318) Pothier, *Pandectes*, vol. 17, pag. 591.

(319) Lobão, Interdictos possessorios, §§ 94 e 95; B. Carneiro, obra citada § 82, n. 2; C. Telles, Doutrina das acções, edição port. § 195; edição de T. de Freitas, § 88, Lafayette, obra citada, § 136, n. 3 e nota 6; *Gazeta Juridica*, de S. Paulo, vol. 21, pag. 77.

CAPITULO X

Da servitus itineris

SUMMARIO

- § 77. *Noção da servitus itineris.*
- § 78. *Natureza da servitus Itineria.*
- § 79. *Largura da servitus itineria.*
- § 80. *Logar serviente na servitus itineria.*
- § 81. *Extensão da servitus itineris.*
- § 82. *Confronto da servitus itineria com o actua
e a via.*
- § 83. *Aplicação dos principios geraes á servitus
itineria.*
- § 84. *Modificações do nosso direito.*

§77 Noção da servitus

itineris

1. Gradação da servidão de caminho. — Servidão de caminho, em geral, é a servidão que têm por objecto pôr um predio em comunicação com outro ou com a via publica, através de um ou mais predios intermedios (³²⁰).

Esta servidão, que é a mais importante das servidões ruraes, conforme notam Salivas et Bellan, têm uma tríplice gradação, pois desdobra-se em tres ramos, que são, partindo da menor para a maior:

O Pr. Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º Dig. liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Lafayette, obra citada, § 130, n. 1.

a) *iter*,

b) *actus* e

c) *via* ⁽³²¹⁾.

A concisão admirável da lingua latina permittiu aos romanos, como se vê, dar um nome especial e expressivo a cada servidão ⁽³²²⁾.

2. Faculdades typicas de cada servidão de caminho. A faculdade essencial, typica, característica, de cada uma destas servidões é :

A) para o *iter*: a passagem de pessoa só;

b) para o *actus*: a passagem de rebanho só,e,

c) para a *via*: a passagem de pessoa, de rebanho; de carro e tudo mais.

3. Jus eundi, jus agendi e jus vehendi. — Por isso, póde-se dizer que: a) *iter* é o *jus eundi*;

b) *actus* é o *jus agendi* e

c) *via* é o *jus eundi, agendi et vehendi*.

Eundi diz respeito ás pessoas; *agendi* aos animaes, e *vehendi* aos carros.

Como de *ire* derivou *iter*, tambem de *agere* derivou *actus*, e de *venere* derivou *via*.

Certo que na *servitus itineris* o homem póde passar a pé, a cavallo ou de liteira. Mas

(321) Pr. Insts., liv. 2.º. tit. 3.º; frag. 1.º. Dig., liv. 8.º, tit. 3.º ; Salivas et Bellan, obra cttada, vol. 1.º, pag. 503.

(322) Dalloz, Répert., verb. *servitude*, n. 4, vol. 40, pag. 54.

o que caracteriza esta especie é a passagem da pessoa. O mais é accessorio.

Certo tambem que na *servitus actus*, além do rebanho, passa o conductor deste.

Mas o que caracteriza esta especie é a passagem do rebanho.

A *servitus viae* é todas as outras reunidas e mais alguma coisa ainda: é o *jus eundi, agendi* e mais o *jus vehendi*. *Iter et actus via' in se continet*.

4. Dupla significação da palavra *iter*. —

A palavra *iter*, que os francezes traduzem por *sentier, petit chemin*; os italianos por *sen-tiero*, e nós podemos traduzir por *trilho, verêda, azinhaga*, vêm do verbo *ire*. E significa, não só o caminho, como também o direito á servidão do mesmo caminho ⁽³²³⁾.

E' a mais antiga entre as mais antigas de todas as servidões. A principio, *iter* designava o todo homogeneo e indefinido dos '*jura itinerum*. Com o tempo, sobreveiu uma differenciação, e surgiu o *actus*.

Mais uma differenciação sobreveiu, esta já posterior á lei das XII taboas, fez desdobrar-se o *actus* e produziu a *via* ⁽³²⁴⁾.

Assim, a significação da palavra *iter* teve de restringir-se aos limites que hoje lhe competem no direito romano actual.

(323) Ihering, obra citada, vol. 3.º, nota 133, pag. 131.

(324) Arno, obra citada, § 8.

5. Noção. — Podemos, pois, definir a servidão *iter* pela seguinte fórmula:

E o direito de passar (ius eundi) a pé, a cavallo ou de liteira, pelo predio alheio, no interesse do predio do titular da servidão.

Iter est Jus eundi, dizem as Instituições, *ambulandi homini, non etiam jumentum agendi vel vehiculum*. E' a mesma noção de Ulpiano, que vêem no Dig. ⁽³²⁵⁾.

Que o titular do *iter* póde passar a cavallo prova um texto de Modestino, que diz: «*Iter est enim qua quis pedes vel eques commeare po-test*» ⁽³²⁶⁾.

Que póde passar de liteira faz certo um texto de Paulo: *Qui sella* (cadeirinha) *aut lectica* (liteira) *vehitur ire, non agere dicitur*» ⁽³²⁷⁾.

Na cadeirinha, *sella*, andava-se sentado; na liteira, *lectica*, deitado.

Tanto a cadeirinha, como a liteira, eram, entre os romanos, conduzidas por escravos: a primeira por dois escravos; a segunda ordinariamente por quatro e, ás vezes, por seis ou oito ⁽³²⁸⁾.

(325) Pr., Insts, liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 503; Lagrange, *Manuel de droit romain*, pag. 201.

(326) Frag. 12, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º; Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º, pag. 267.

(327) Frag. 7.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º; Pothier, *Pandectas*, vol. 4.º, pag. 314.

(328) Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º, pags. 267-8 e notas 95-9; Pothier, *Pandectas* de Justiniano, vol. 4.º, pag. 315, nota 2.

6. Iter através de um lago.— Reputa-se incluído na *servitus itineris* o direito de navegar através de um lago existente no predio serviente, para poder chegar a um prédio situado defronte ⁽³²⁹⁾.

Por isso, Cujacio opina que á definição de *iter* se accrescente a palavra *navigandi* ⁽³³⁰⁾.

§ 78 Natureza da servitus itineris

1. E' rural. — Esta servidão é rustica ou rural. As fontes são expressas a respeito.

Rusticorum praediorum jura sunt haec, dizem as Instituições: *iter, actus, via, aquaeductus*. O mesmo se lê em Ulpiano: "*Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus*" ⁽³³¹⁾.

2. Suppõe dois predios. - Consequentemente, a *servitus itineris* suppõe dois predios: um que serve, outro que é servido com o caminho, *iter*. O predio dominante, que recebe o augmento, e o serviente, que soffre a diminuição.

(329) Frag. 23, § 1.º Dig., liv. 8.º tit. 3.º de servitutibus proediorum rusticorum; Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º pag. obra citada, vol. 1.º n. 457, pag. 332.

(330) Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º, pag. 269

(331) Pr. Insts, liv. 2.º tit. 3.º, de servitutibus; frag. 1.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit 3.º, de servitutibus proediorum rusticorum.

3. Pessoal, ou urbana. — Esta servidão póde, por excepção, ser pessoal, o que acontece quando o direito de passagem é estabelecido, não em proveito de um predio, mas de uma pessoa ⁽³³²⁾. Póde tambem, em algum caso, ser urbana, "*Iter*, diz Cujacio, *non tantum est servitus praediorum rusticorum, sed et urbanorum et personarum sive hominum*.

O predio serviente póde ser uma casa.

O dominante tambem o póde ⁽³³³⁾.

4. Inclúe-se na servitus aquaehaustus. -A servitus itineris inclúe-se tacitamente na servitus aquaehaustus, direito de tirar agua no poço ou fonte do visinho. *Qui habet haustum iter quoque habere videtur ad hauriendum* ⁽³³⁴⁾. Isto, porém, se entende com o caso, em que o terreno, por onde o titular da servidão têm

(332) Frag. 6.º, Dig., liv. 33, tit. 3.º, *de servitute legata*; Bonjean, *Institutas*, vol. 1.º, n. 1009, pag. 529. Veja-se o § 2.º, n. 1, *supra*.

(333) Frag. 14, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communio praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum*; Cujacio, *Opera omnia*, vol. 4.º, col. 1033, *D e E*; vol. 6.º, col. 289, *C*; Hulot, *La clef des lois romaines, verb. servitude*, vol. 2.º, pag. 577, col. 1.ª; Ihering, *Espiritito do direito romano*, vol. 3.º, nota 373, pag. 226. Veja-se o § 2.º, n. 1; Merlin, *Jurisprudence, verb. servitude*, vol. 16, pag. 120; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, S 18, n. 42.

(334) § 2.º Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º, § 1.º; frag. 3.º, pr. e § 3.º; frag. 4.º; frag. 6.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Serafini, obra citada, § 81, pag. 210; Mackeldey, obra citada, § 323, pag. 162 e nota 6; Cardoso, *Praxis judicum et advocatorum, verb. servitus*, n. 44.

de passar, pertence ao proprietário do poço ou fonte serviente ⁽³³⁵⁾.

5. Inclúe-se no direito de exploração de uma mina.—A *servitus itineris* inclúe-se também no direito de exploração de uma mina ⁽³³⁶⁾. *Cum enim aliquid conceditur, lê-se em Cardoso, intelligitar concessum omne illud, sitie quo consistere non potest* ⁽³³⁷⁾.

6. Pertence ao numero das coisas immoveis. -- Esta servidão pertence ao numero das coisas immoveis. O mesmo acontece com as outras duas: *actus* e *via: quoniam jura et qualitates sunt praediorum*, diz Cardoso ⁽³³⁸⁾.

E é por isso que o lapso de tempo, exigido para consummar-se a sua prescrição acquisitiva, é o mesmo que o direito exige para a prescrição acquisitiva da propriedade imovel ⁽³³⁹⁾.

7. Obstaculo entre os predios, Não póde haver *servitus itineris* entre dois predios

(335) Veja-se o § 21, supra. Lafayerte, obra citada, § 118, vol. 1.º, pag. 315 e nota 9.

(336) Revista Forense, de Bello Horizonte, 1904, vol. 1.º, pag. 205

(337) Cardoso, Praxis judicum et advocatorum, ver servitus, n. 44

(338) Cardoso, obra citada, verb. servitus, n. 45

(339) Cardoso, obra citada, addit. ad verbum servitus, vol. 2.º pag. 507, col. 2.ª

separados por um terceiro ou por qualquer obstaculo, que se não possa atravessar ou vencer. E a razão disto é que não póde haver servidão inutil ao predio dominante. *Servitus fundo utilis esse debet. E servitus in tantum debetur praedio in quantum ei utilis et non ultra* ⁽³⁴⁰⁾.

"Publico loco interveniente, vel via publica, hautus imponi potest, aquaeductus non potest: principi auteni peti solet ut, viam publicam, aquam ducere sine incommodo publico liceat. Sacri et religiosi loci interventum etiam itineris servitutem impedit: cum servitus per ea loca nulli deberi potest ⁽³⁴¹⁾.

Em outro texto, diz ainda o mesmo jurisconsulto : *"Via publica intercedente hautus servitutem constitui posse placuit: et est verum; sed non solum si via publica interveniat, sed et si flumen publicum; eodem casu, quo interveniente flumine publico, viae, itineris, actus servitus imponi potest, id est, si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis,* ⁽³⁴²⁾

Praedium intermedium servitutem impedit ⁽³⁴³⁾.

(340) Macedo, decis. 42, ns. 1, 2 e 3; e decis. 43, ns. 1, 2 e 3. Veja-se o § 6.º, n. 2.

(341) Frag. 14, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*.

O Frag. 7.º, § 1.º; frag. 17, § 2.º, Dig., liv. 39, tit. 3.º, *de aqua, et aquae pluviae arcendae*. E vejá-se os outros §§ desse frag., que fazem ao caso. Conf. Ortolan, obra citada, vol. 1.º, n. 456, pag. 330 e nota 3; Glück, obra citada, § 621, vol. 7.º, pag. 14 e nota 45; Donellus, *Opera omnia*, vol. 5.º, col. 305, *D*; Lafayette, obra citada, § 115, n. 3, nota 8, vol. 1.º, pag. 307.

(342) Macedo, decis. 43, n. 5.

§79 Largura da servitus

itineris

1. Não é fixada pela lei.— A lei não marca a largura do *iter*. Sua largura deve ser fixada no acto constitutivo da servidão: contrato, testamento, etc. Na falta de fixação no acto constitutivo, deve ser determinada pelo juiz, *ex aequo et bono*, mediante parecer de peritos ⁽³⁴⁴⁾.

*

* *

2. Largura mínima.— O *iter* não póde ter menos de dois pés de largura. A servidão está validamente constituída, quando se póde apenas passar a pé no trilho, e não a cavallo ou em cadeirinha ou em liteira, porque, neste ponto, impera a vontade das partes, que convencionam ⁽³⁴⁵⁾.

*

* *

Mas, quando a largura do caminho tiver de ser determinada pelo juiz, deve ser tal, que permitia passar a cavallo e de cadeirinha ou de liteira, puxada a mão ou a animal. Para isto bastam quatro a cinco pés ⁽³⁴⁸⁾.

(344) prag. 13, § 2.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 504; Pothier, Pandectas, vol. 4.º, pag. 316; Waldeck, obra citada, § 292; Örtolan, obra citada, vol. 2.º, n. 452, pag. 324; Gravina, *Opera*, pag. 142. cols 1.a e 2.a; Glück, obra citada, §§ 674 e 677, vol. 8.º, pags. 20» e 285; Didimo, obra citada, n. 347, pag. 309.

(345) Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º, pag. 268.

(346) Glück, obra citada, § 674, vol. 8.º, pags. 268-9 comb. com pag. 267.

§ 80

Lograr serviente na servitus itineris

1. Noção. *Logar serviente, locus serviens*, define Cujacio, *est pars fundi, per quam servitus constituía est* ⁽³⁴⁷⁾ *Locus, est nonfundus*, diz Ulpiano, *sed portio aliqua fundi* (Frag.60, pr. Dig., liv. 50, tit. 16, de *verborum significatione*).

Determinado o logar, as outras partes do predio serviente ficam livres. *Caeterae partes liberae sunt* (Frag. 13, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, de *servitutibus praediorum rusticorum*).

*
*

2. Por onde deve ser estabelecida a servidão ? — Por onde fôr mais conveniente a ambos os predios. O logar serviente deve ficar onde fôr mais proveitoso ao predio dominante, e menos prejudicial ao predio serviente. «*Cum id aequè commodè per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento*», diz o frag. 9.º Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, de *servitutibus* ⁽³⁴⁸⁾

⁽³⁴⁷⁾ Cujacio, *Opera omnia*, vol. 7.º, col. 443, C; Glück; obra citada, vol. 8.º, nota m, de Brugi, pag. 77.

⁽³⁴⁸⁾ Veja-se o § 58, n. 13, *supra*. Frag. 9.º Dig., liv. 8.º, tit. 1.º; frag. 13, § 13. Dig., liv. 8.º, tit. 3.º; Van Wetter, obra citada, § 242, n. 1.º e notas. É este principio domina em nosso direito e no direito de outras nações modernas. Conf. Lafayette, obra citada, § 125, n. 2; Didimo, obra citada, ns. 325 e 347; *Doutrina das acções*, nota 227; Caepolla, obra citada, tract. 2.º, cap. 1.º, n. 2; código civil francez, arts. 683-4; código civil port., art. 2310; código civil italiano, art. 647; Mourlon, obra citada, vol. 1.º, n. 1802; Zacharios, obra citada, vol. 2.º, § 331; Dias Ferreira, *commentario ao código civil port.*, vol. 5.º, pag. 70; Mazzoni, *Istituzion di diritto civile italiano*, 3.º edição, Firenze. 1884, vol. 3.º, n. 248, pag. 469.

3. Escolha do logar serviente.—A escolha deve ser feita no acto constitutivo da servidão: convenção, testamento, sentença. Si a servidão é adquirida por prescrição, applica-se a maxima *quantum possessum tantum prescriptum* (349)

Si o acto fôr ommisso, deve a escolha ser feita por accôrdo de ambas as partes, isto é, dos donos dos predios dominante e serviente. E na falta de accôrdo, pelo juiz, medeante parecer de peritos.

Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant At si iter actusve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur: et quâ primum iter determinatum est, ea servitus constituit: caeterae partes agri liberae sunt. Igitur arbiter dandus est, qui ut roque casu viam determinare debet.

E' texto de Javoleno. Eil-o vertido: *Si o predio todo deve a servidão iter ou actus, nada póde nelle fazer seu proprietario, que impeça o uso da servidão, extensivo a todas as glebas. Mas, si a servidão foi legada sem determinação alguma, o logar será fixado, e a servidão affectará só esse logar, ficando as outras partes do predio livres. Assim, em um e outro caso, deve-se tomar um arbitro, para determinar o logar destinado á servidão»* (350).

(349) Mazzoni, obra citada, vol. 3.º, n. 248, pag. 463.

(350) Frag. 13, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus proediorum rusticorum*; Lafayete, obra citada, § 130, n.1 Didimo, obra citada, ns. 72, 327 e 347; Mackeldey, obra citada, § 323, n.1 Cardoso, *Praxis judicum et advocatorum verb. servitus*, n. 7; reg. n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65

O accôrdo das partes, a respeito, pôde ser tacito, o que acontece quando, determinado o lugar por um dos dois proprietarios, o outro se conforma, deixando de reclamar.

*
* *

Glück (no § 677, vol. 8.º), expõe doutrina diferente, dando ao titular da servidão o direito de escolher o lugar serviente, quando fôr omissa o titulo de constituição. Funda-se elle no principio: *Totus enim fundas servil*

Mas a doutrina, que acabamos de expôr, parece preferivel, por mais consentanea com o espirito do direito romano systematicamente interpretado, onde a servidão é considerada instituto excepcional, de interpretação restrictiva; e tambem por mais accorde com a realidade viva das coisas.

O mesmo auctorizado mestre (no § 630, vol. 7.º, pag. 127), presta seu valioso apoio á doutrina que preferimos, e que está perfeitamente de harmonia tambem com o direito e costumes patrio.

*
* *

4. Mudança do caminho. - Uma vez escolhido, deve o caminho, em regra, ser sempre conservado no mesmo lugar. «*Verum constitit, ut, quâ primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplias mutandas ejus potestatem haberet, .. quod et in via servan-*

dum esse verum est», preceitua o frag. 9.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus* ⁽³⁵¹⁾.

"*Et, quàm primam iter determinatum est, ea servitus constitit*", confirma o frag. 13, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus poediorum rusticorum*.

Diz-se—*em regra*, por causa da excepção do frag. 2.º, § 8.º, Dig., liv. 11, tit. 7, *de religiosis et sumptibus funerum*, a que allude Didimo (obra citada, n. 330): "*Sed si non minas commodè per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutes impediendas causa id fieri.*", ⁽³⁵²⁾

E' regra adoptada por nosso direito, que applica o disposto no § 8.º, do frag. 2.º, Dig., *de religiosis et sumptibus funerum*, a todos os casos analogos ⁽³⁵³⁾.

*

5. Domínio do terreno occupado pelo caminho.—A quem pertence a propriedade do *locus serviens*? ao proprietario do predio serviente ou ao titular da servidão ? Pertence ao proprietario do predio serviente, resolve Ulpiano:

(351) Veja-se o § 58, n. 13, supra. Didimo, obra citada, ns. 325 e 377.

(352) Glück, obra citada, § 677, vol. 8.º, pag. 287, e também pag. 76, nota m, e pags. 186 e 377, nota k; Cardoso, *Praxis judicium* citada, *verb. servitus*, n. 8.

(353) Lafayette, obra citada, § 119, vol. 1.º, pag. 316 e nota 17; Didimo, obra citada, ns. 329, 330 e 347; B. Carneiro, obra citada, liv. 2.º, § 80, ns. 29 e 30; C. Telles, *Digesto, port.*, vol. 3.º, art. 471; Lobão, *Agua*, § 187. No direito francez, idem; código civil francez, art. 701; Aubry et Rau, obra citada, § 254, vol. 3.º, pag. 98. No direito italiano, idem; código civil italiano, art. 645; Mazzoni, obra citada, vol. 3.º, n. 249, pag. 466. Veja-se o § 27, n. 5.º, supra.

" *Loci corpus non est dominii ipsius, cujus servitus debetur, sed jus eundi habet* ⁽³⁵⁴⁾.

6. Coexistencia de servidões.— O dono do predio serviente, que á servidão de caminho a alguém, póde conceder a mesma servidão a favor de outro predio visinho, pelo mesmo lugar ⁽³⁵⁵⁾.

§81 Extensão tia

servitus itineris

1. Tempo, lugar e modo. — O uso de uma servidão de caminho póde ser mais ou menos extenso, com relação

- a) ao tempo,
- b) ao lugar e
- c) ao modo.

Bem entendido: salvos seus elementos essenciaes ⁽³⁵⁶⁾.

* *

2. Tempo. — Assim, pódem as partes convencionar o tempo, em que deve ser exer-

(354) Frag. 4.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 5.º, si *servitus vindicetur vi ad alium pertinere negetur*.

(355); Frag. 15, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum*. Veja-se o § 58, n. 18.

(356) Frag. 14, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communia praediorum*; frag. 11, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*; Ortolan, obra citada, vol. 2º, ns. 451 e 459, pags. 324 e 334; Maynz, obra citada, § 134, nota 3.

citada a servidão, estabelecendo para seu exercido certos períodos ⁽³⁵⁷⁾.

Pódem convencionar, v. g., que a servidão seja exercitada só de dia, ficando vedada a passagem de noite ⁽³⁵⁸⁾.

3. Logar. As partes têm plena liberdade para localizar a servidão onde bem lhes convier; regularizar a largura do caminho; de terminar a sua direcção, e convencionar, a respeito do local, o que quizerem, respeitado o elemento essencial, para que a especie não se degenere em outra diversa, como, por exemplo, convencionar a passagem de rebanho e de animaes de carga em favor do predio serviente, o que faria a *servitus itineris* degenerar-se na *servitus actus* ⁽³⁵⁹⁾.

*

4. Modo. — « *Modum adjici servitutibus posse constai: veluti quo genere vehiculi agatur*

(357) Frag. 4.º, §§ 1.º e 2º; frag. 5.º, § 1.º, Dig. liv. 8.º, tit. 1.º, de *servitutibus*; Glück, obra citada, § 677, vol. 8.º, pag. 288; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1011, pag. 633; Didimo, obra citada, n. 347; Mackeldey, obra citada, § 320, n. 5.

(358) Frag. 14, Dig., liv. 8.º, tit. 4.º, *communis praediorum*; Ortolan, vol. 2.º, n. 452, pag. 325, e nota 5; Glück, obra citada, § 677, vol. 8.º, pag. 288, e também o que diz seu traductor á pag. 122; Bonjean, obra citada, vol. 1.º, n. 1011, pag. 533; Didimo, obra citada, n. 347. Veja-se o § 6.º, n. 6, supra.

(359) Glück, obra citada, § 677, vol. 8.º, pag. 287. Veja-se o § 80, supra.

Na servidão necessaria, o logar deve ser determinado pelo juiz. Conf. o reg. n. 720 de 5 de setembro de 1890, art. 65, e o § 58, n. 20, nota 173, supra.

vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur», diz Papiano.

Traduzido: "Póde-se convencionar para o exercício das servidões uma medida determinada, v, g., a especie de carro que se conduzirá; que se passará só a cavallo; que se poderá transportar sómente carga de um certo peso; só rebanho de carneiros; permittir o transporte de carvão.

Assim, a *servitus itineris* póde ser limitada á passagem de pessoa a pé. Vimos (§ 77, n. 2) que o característico desta especie de servidão de caminho é a passagem da pessoa, o *jus eundi*. Ora, a pessoa bem póde passar a pé. Logo, a *servitus itineris* pôde consistir só na passagem de pessoa a pé, *ex vi* de convenção das partes, ou mesmo de circumstancias locais particulares, que impossibilitem a passagem a cavallo ou de liteira, como a estreitura do caminho, a existencia de plantações, que seriam damnificadas ⁽³⁶⁰⁾.

O titular da servidão não póde exceder o modo estabelecido. Contracto, legado acceito, sentença, qualquer destes actos constitutivos de servidão faz lei entre as partes interessadas. Sendo excedido o modo de exercício da servidão,

(360) Frags. 1.º e 7.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*, comb. com o frag. 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, *de servitutibus*; Serafini, obra citada, § 81, pag. 209; Gluck, obra citada, § 674, vol. 8.º, pag. 268. Veja-se o § 3º, ns. 5 e 6, e o § 55, n. 9, e o § 59, n. 2.

tém logar a acção negatoria. *Modum excedens partem gravat.*⁽³⁶¹⁾

Confronto da servitas itineris com o actua e a via

1. Ponto de contracto.— O iter contém-se no *actos* e na *via*, mas não contém o *actas* nem a *via*. *Qui habet iter, actum non habet; qui actum habet, et iter habet. Iter et actum in se continet via.*

O *iter* é um denominador commum⁽³⁶²⁾

2. Ponto de divergencia.—*Inter actum et iter non nulla est differentia: entre o iter e o actus ha alguma differença. Iter est enim quà quis pedes vel eques commeare potest: actus veró ubi et armenta trajicere, et vehiculum ducere liceat*⁽³⁵⁸⁾.

Entre *iter* e *via* ha enorme distancia: *iter* é a mais restricta, e *via* é a mais ampla das servidões de caminho: uma contém o minimo e a

(361) Frag. 11, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*.

(362) Pr Inst. liv. 2 o, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 21; frag. 110, Dig., liv. 50, tit. 17, *de regulis juris*, Cujacio, *Opera omnia*, vol. 1.º, col 66, D.; Strykio, *Opera omnia*, vol. 10, disert. 1.ª, cap. 10, § 60. Trata-se aqui da applicação do principio -que a servidão mais onerosa inclúe a menos onerosa, e esta exclúe aquella. Veja-se o § 19, acima.

(363) Frag. 12, Dig. (de Modestino), liv. 8.º, tit 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Pothier, *Pandectas*, vol. 4.º, pag. 314.

outra o maximo de faculdades para o titular do *jus servitutis*. Além disso, a *via* têm largura fixada na lei, e o *iter* não têm.

§ 83

Applicação dos principios geraes á servitus itineris

As demais questões referentes a esta servidão resolvem-se pelos princípios geraes reguladores das servidões, os quaes já ficaram expostos.

§ 84

Modificações do direito patrio

No assumpto das servidões vigora entre nós o direito romano, com ligeiras modificações determinadas pelos nossos costumes. Aquellas denominações romanas, referentes á gradação estabelecida na servidão de transito ou caminho, a saber: *iter*, *actus e via*, já não são rigorosamente observadas entre nós. As questões relativas ás servidões dessa especie se resolvem pelas clausulas dos actos, que as constituem, intenção das partes e costumes locais, postostas as illudidas denominações ⁽⁸⁶⁴⁾.

Segundo o nosso direito, a mais modesta servidão de caminho é a que dá direito á pas-

(804). Lafayette, obra citada, § 130, n. 1, nota 2; Didimo, obra citada, ns. 346-7.

sagem de pessoa a pé sómente, e não a cavallo ⁽³⁶⁵⁾.

A gradação, que se costuma observar entre nós, calcada em nossos costumes, é esta:

- a) passagem de pessoa a pé;
- b) passagem de pessoa a cavallo, em liteira, e de animal de carga;
- c) passagem de pessoa em carro, passagem de rebanhos, e transporte de cargas e matenaes em vehiculos rodantes.

Corresponde, mais ou menos, ás servidões *itineris, actus e viae* ⁽³⁶⁶⁾

(365) Lafayette, obra citada, § 130, n. 1 e nota 3. (366)
Lafayette, obra citada, § 130, n. 1 e notas; Didimo,
obra citada, ns. 346-7.

CAPITULO XI

Da servitus actus

SUMMARIO

§ 85. Noção da *servitus actus*.
§ 86. Natureza da *servitus actus*.
§ 87. Largura da *servitus actus*. § 88. Logar
serviente na *servitus actus*. § 89. Extensão da
servitus actus. § 90. Confronto da *servitus actus*
com o *iter* e a via.
§ 91. Aplicação dos princípios gerais á *ser-*
vitus actus. § 92. Modificações do direito
patrio.

§ 85 Noção da *servitus actus*

1. *Jus agendi*. — *Actus (jus agendi)* é o
direito de conduzir (*agere*) rebanhos e animaes
de carga atravez do predio do visinho,
Rectè ergo definitur actus, diz Donellus, jus
agendi tantum ⁽³⁶⁷⁾.

2. *Vehiculum*.—Não exclúe o direito de
passar de carro, *vehiculum*, mas este direito não

(367) *Pr. Insts.*, liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º, pr.;
frag. 12, *Dig.*, liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*;
Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º pag. 503; *Donellus, Opera*
omnia, vol. 3.º, col. 282, n. 15; Didimo, obra citada, n. 346. Veja-se
o § 77, n.º 3, *supra*.

é da essência desta servidão. Não permite puxar e arrastar pedras e traves (368).

3. Agere.—A palavra *actus* deriva, como vimos, de *agere*, verbo que significava originariamente impellir para deante ou tocar por deante, conduzir, e applica-se aos rebanhos e aos animaes de carga.

"*Agi propriè dicimus*, ensina Gaio, no frag. 235, Dig., liv. 50, tit. 16, *de verborum significatione, ea, quae animalia sunt* (369).

4. Armentum, grex, pecus e jumentum.—*Armentum*, plural—*armenta*], significava, entre os romanos, o gado grande, gado grosso, *animalia maiora*, de preferencia os bois. *Actum esse*, diz Cujacio, *quo quis etiam armenta, id est, boves trajicere, et vehiculum ducere potest* (370).

Grex é o gado miudo, *pecora minora*, de preferencia as ovelhas e cabras.

Pecus é o genero gado, comprehensivo das duas especies: *armentum* e *grex*, gado grande e gado pequeno (371).

(368) Gluck, obra citada, § 675, vol. 8.º, pags. 273, 276 e 278-9; frag. 1.º, pr.; frag. 7.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*.

(369) Gluck, obra citada, § 675, vol. 8.º, pag. 270; Didi-mo, obra citada, n. 346.

(370) Cujacio, *Opera omnia*, vol. 5.º, col. 1171, C.

(371) Frag. 65, § 4.º, Dig., *de legatis et fideicommissis*; Gluck, obra citada, § 675, vol. 8.º, pag. 272.

Jumentum, plural —*jumenta*, era o nome dado aos animais destinados a puxar, ou a carregar peso, como os cavallos e os burros (372).

Distingue-se, pois, de *armentum*.

Por isso é que diz Pomponio, no frag. 89, Dig., liv. 50, tit. 16, *de verborum significatione*:

«*Boves magis armentorum, quàm jumentorum generis appellantur*».

5. Actus est agere pecus aut jumentum.— A noção dada, *direito de conduzir rebanhos e animais de carga*, abrange, pois:

- a) *armentum* (gado grande),
- b) *grex* (gado pequeno), *pecus*
- c) *jumentum* (animal de tracção ou de carga).

Este é o seu conceito resultante das fontes. Nas *Basílicas*, liv. 58, tit. 3.º, lei 1.ª lê-se: *Actus est agere pecus aut jumentum*.

Itaque qui actum habet, et iter habet (373).

Consequentemente, em regra, quem têm a servidão *actus* pôde conduzir todas as espécies de animais. E, si as definições dadas pelos jurisconsultos romanos fazem menção explicita sómente dos *armentia e jumenta*, é porque são estes os mais importantes. E, quem pôde o mais, pôde o menos:—*non debet cui plus licet, quod minus est non licere*, segundo o principio de Ulpiano (Frag. 21, Dig., *de regulis juris*).

(372) Glück, obra citada, § 675, vol. 8.º, pags. 272 e 275.

(373) Glück, obra citada, § 675, vol. 8.º, pag. 274.

6. Limitação contractual. — Esta servidão não se restringe, em regra, a um numero certo de cabeças de gado. Pódem, porém, as partes convencionar o contrario ⁽³⁷⁴⁾.

•*
*

7. Dupla significação de *actus*.—*Actus*, como *iter*, têm duas significações diferentes:

- a) o caminho;
- b) o direito á respectiva servidão.

A noção dada refere-se a *actus* no segundo sentido (375).

Esta servidão comprehende accessoriamente a *servitus itineris*, salvo convenção em contrario. A passagem de pessoa só, característica do *iter*, póde, nesta outra especie, o *actus*, ser vedada por convenção. Assim devem ser entendidas as fontes, quando dizem: *Qui actum habet, et iter habet, etiam sine jumento* ⁽³⁷⁶⁾.

Temo-nos acostado mais a Glück, no precisar o conceito de cada uma destas servidões, *jura itinerum*, porque este auctor desenvolve muito bem a materia e segue um criterio muito

(374) Glück, obra citada, §§ 675 e 677, vol. 8.º, pags. 278-9; frag. 11, pr., Dig., liv. 8.º, tif. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*.

(375) Ihering, obra citada, vol. 3.º nota 133, pag. 131.

(376) Pr., Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, de *servitutibus*; frag. 1.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, de *servitutibus praediorum rusticorum*; Pothier, Pandectas, vol. 4.º, pag. 314; Glück, obra citada, j 675, vol. 8.º, pags. 269-70 e 276; Brugi, nota *m* ao § 675 de Glück, vol. 8.º, pag 277.

exacto na determinação das faculdades essenciais ou typicas de cada especie, como diz Brugi, seu traductor nesta parte de sua colossal obra ⁽³⁷⁷⁾.

§ 86 Natureza, da

servitus actus

1. E' rustica. Esta servidão, pertence ao numero das ruraes, tambem chamadas rusticas E' pouco mais nova do que a *servitus itineris*, o que basta para dar uma ideia, e medida de sua importancia na vida agrícola já dos primeiros habitantes do sólo romano. Nasceu, têm atravessado os seculos, têm experimentado graduações na escala evolutiva, que lhe têm sido imposta pela necessidade das adaptações e re adaptações continuas ás condições do meio, variavel no espaço e no tempo, e sempre ligada aos interesses da agricultura.

E', pois, a justo título, uma servidão rural e, como tal, dão-na as fontes jurídicas romanas ⁽³⁷⁸⁾.

2. Inclusão implícita na servitus ad aquam appulsus.—A *servitus actus* inclúe-se implicitamente na servidão consistente no direito de dar de beber ao rebanho no predio

(377) Conf. a nota e, no vol. 8.º, pag. 270.

(378) Pr. Insts, liv. 2.º, tit. 3.º. *de servitutibus*; frag. 1., pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, § 49, vol. 2.º, pag. 45. Veja-se o § 78, n. 3.

alheio. Sua extensão mede-se então pela necessidade inerente á servidão principal ⁽³⁷⁹⁾.

*

3. Inclusão implícita na servitus pas-cendi.—Esta inclusão deduz-se do frag. 3.º, § 3.º., Dig., liv. 8.º, tit: 3.º ⁽³⁸⁰⁾

§ 87

Largura da servitus actus

' Não é marcada pela lei. Deve ser regulada no acto constitutivo da servidão. Não o sendo, deverá ser determinada judicialmente, *ex aequo et bono*, como se pratica, em caso analogo, na *servitus itineris* ⁽³⁸¹⁾.

§ 88

Logar serviente na servitus actas

Com relação á noção do logar serviente, sua direcção, escôlha, mudança e propriedade da faixa de terra por elle occupada, applica-se-lhe perfeitamente o que ficou exposto a proposito da *servitus itineris* ⁽³⁸²⁾.

(379) Frag. 4.º; frag. 6º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Mackeldey, obra citada, § 323, n. 3 e nota 7.

(380) Mackeldey, obra citada, § 323, n. 2, pag. 161, col. 2.º e nota 14.

(381) Veja-se o § 79, n. 1, acima.

(382) Veja-se o § 80, acima. Conf. Didimo, obra citada, n. 347.

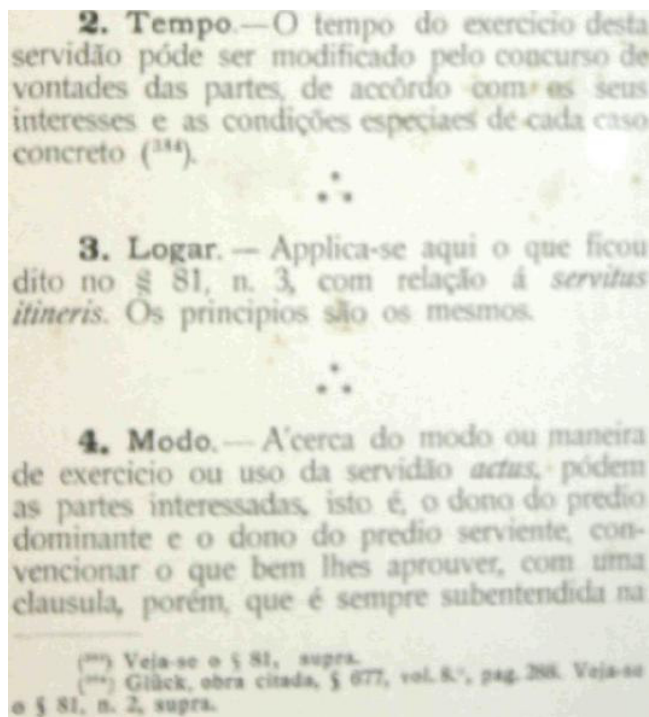
Extensão da servitus actus

1

. Tempo, lugar e modo.—A extensão póde ser maior ou menor, sob tres relações: a) de tempo

b) de lugar e

c) de modo (384)



enunciação dos princípios geraes, que soffrem limitações: *respeitado o elemento essencial, característico ou typico desta especie de servitus*. Si as partes não respeitarem este elemento; si, v. g, convencionarem que não passará gado algum pelo caminho, mas sómente pessoa, o seu acto será valido, mas não terão constituído a servidão *actus*, que tinham em vista constituir, mas sim, a servidão *itineris*. Pódem, porém, convencionar que só passará tal especie de gado ou de animal de carga, que não passará pessoa a pé, etc. ⁽³⁸⁵⁾.

§ 90

Confronto da servitus actus com o iter e a via

1. Ponto de contacto. - O *Jus eundi*, que constitúe a *servitus itineris*, é elemento que entra no *actus*, em regra, e na *via*, sempre. *Qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento* ⁽³⁸⁶⁾.

Et iter et actum in se continet via. Qui viam habent, eundi agendi jus habent ⁽³⁸⁷⁾.

(385) Coelho da Rocha, *Direito civil*, § 96; Glück, obra citada, § 677, vol. 8.º, pag. 284; frag. 4.º, § 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 6.º, *quemadmodum servitutes amittuntur*; frag. 13, Dig., liv. 8.º, tit. 1.º, (de Pomponio): *'Si tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire possit; iter magis, quam via, aut actus adquisitus videtur. Sed si jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum, actus videtur adquisitus'* (§ 81, n 4, supra).

(386) Conf. o § 85, n. 6, supra; Glück, obra citada, § 675, vol. 8.º, pag. 274.

(387) Pr. Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag 1.º pr.; frag. 7.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus, praediorum rusticorum*; Glück, obra citada, § 686, vol. 8.º, pags. 270 e 280; Didimo, obra citada, n. 346.

Em regra, não ha *servitus actus* sem a *servitus itineris*. O *iter*, porém, não lhe é elemento essencial, como pretende Bonfante ⁽³⁸⁸⁾. pertence ao numero dos que a technica denomina *naturalia* ⁽³⁸⁹⁾.

Actus sine itinere esse potest, ut fructus sine usa, diz Cujacio ⁽³⁹⁰⁾.

*

2. Ponto differencial.— O *actus* distancia-se do *iter*, por conter, a mais, o *jus agendi*. E distancia-se da *via*, por conter esta, a mais, o *jus vehendi* e o de passagem de quanto convenha ao seu titular ⁽³⁹¹⁾.

A *via* contém o *actus*. Este não contém aquella. *Et iter ei actum in se continet via. Plus est in acta*, diz Cujacio, *minus in itinere. Semper via latior est quàm actus*, diz o mesmo nota-vel predecessor de Savigny. *Plus est in via, minus in actu: ut retro, plus est in acta, et minus in itinere* ⁽³⁹²⁾

§91

A.pplicação dos princípios geraes á servitus actus

Os princípios expostos constituem as normas especificas reguladoras do instituto das ser-

(388) Bonfante, obra citada, § 102, nota 1. pag. 233.

(389) Glück, obra citada, § 675, vol. 8.º, pags. 269-71 e 276-7 e nota m; Lagrange, obra citada, pag. 202.

(390) Cujacio, *Opera omnia*, vol. 3.º, col. 342, B. (391) Frag 12, Dig., liv. 8.º, til. 3.º, *de servitutibus prae-dictorum rusticorum*; Glück, obra citada, § 675, vol. 8.º, pag. 272 Donellus, *Opera omnia*, vol. 3.º, col. 282, ns. 15 e 16 e notas. ⁽³⁹²⁾ Cujacio, *Opera omnia*, vol. 5.º, col. 1171, C E D.

vidões de caminho, *jura itinerum*: servem de chave para a solução das questões peculiares a estas servidões. As outras questões, que costumam ocorrer no dynamismo da vida pratica, nestas e outras servidões prediaes, têm a chave de sua solução nos princípios geraes anteriormente expostos que, por isso mesmo, que são geraes, têm applicação ás servidões de caminho, razão por que foram lembrados nesta monographia.

§ 92 Modificações do

direito patrio

O direito patrio, adaptando-se á diversidade de costumes notada entre os do povo romano e os nossos, operou leves modificações no direito romano, attinentes ao assumpto. As modificações já fizemos referencia acima ⁽³⁹³⁾.

Entre nós, a passagem de rebanhos pertence á mais ampla das tres servidões de caminho. A passagem de animal de carga pertence á servidão média. Assim, vemos que o nosso direito alterou algum tanto o conteúdo das servidões de caminho romanas. E é certo que, coherente, já não segue á risca a tecnologia adoptada pelo direito romano nesta materia ⁽³⁹⁴⁾.

(393) Veja-se o § 84. Conf. Didimo, obra citada, n. 347.

(394) Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, 5.^a edição, Conimbricæ, 1853, liv. 3.^o, tit. 13, § 10, nota, vol. 3.^o, pag. 221; Lafayette, obra citada, § 130, n. 1, nota 2; Didimo, obra citada, n. 347.

CAPITULO XII

Da servitus viae

SUMMARIO

§ 94. *Noção da servitus viae.*
§ 95. *Natureza da servitus viae.*
§ 96. *Largura da servitus viae.*
§ 97. *Logar serviente na servitus viae.*
§ 98. *Extensão da servitus viae.*
§ 99. *Confronto da servitus viae com o iter e o actus.* § 100. *Aplicação dos princípios gerais á servitus viae.* § 101. *Modificações do direito patrio.*

§ 93 Noção da servitus viae

1. Jus eundi, agendi e vehendi. - Esta é a mais ampla das servidões de caminho, e comprehende, como já vimos, o *iter* e o *actus*. Podemos definil-a syntheticamente, com Salivas et Bellan, -o *direito de passagem em toda a sua extensão*. Ou com Serafini e Arnò — o *direito de passar pelo predio do visinhod, o modo mais lato possível*.

O *iter* e o *actus* são elementos essenciaes delia. E não são os unicos, pois esta especie de servidão reune ainda o *jus vehendi*. Assim, podemos definil-a analyticamente — o *direito de passagem pelo predio do visinho, que comprehende :*

- a) o *iter*,
- b) o *actus*, e
- c) a *faculdade de passar com carros de qualquer especie, de arrastar pedras, traves e transportar quaesquer outros materiaes de construcção.*

Justiniano define-a nas Instituições: *Via est jus eundi et agendi et ambuiandi: nam et iter et actum via in se continet* Ulpiano no Dig.: *Via est jus eundi, et agendi et ambuiandi: nam et iter et actum in se via continet* ⁽³⁹⁵⁾.

A lingua latina, com a sua admiravel concisão, manejada pelos incomparaveis juriscultos classicos, cuja immortalidade está consagrada no *Corpus juris*, nos offerece ensejo para uma noção brevíssima da *servitus viae* e correctamente completa. Eil-a: *Via é o jus eundi, agendi et vehendi.*

Esta definição comprehende:

- a) no *jus eundi*, o—*iter*;
- b) no *jus agendi*,—o *actus*, e
- c) no *jus vehendi*,—o elemento differencial do conteúdo da *via*: as faculdades que as outras especies não contêm ⁽³⁹⁶⁾.

(395) Pr. Insts., liv. 2.º, tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º, pr.; frag. 7.º, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; frag. 11, § 6.º, Dig., liv. 2.º, tit., 2.º; Gluck, § 676, vol. 8.º, pags. 279-84 e 287; Waldeck, obra citada, § 293; Donellus, *Opera omnia*, vol. 3, § col 282, n. 150, nota 7; Theophilo, *Paraphrase da Instituta*, ao pr, liv. 2.º, tit. 3.º; Voet, *Ad Pandectas*, liv. §.º, tit. 3.º, § 2.º; Ortolan, obra citada, vol. 2.º, ns. 451 e 452; Deditno, obra citada, n. 346, pag. 306.

(396) Conf. o § 77, n. 2, supra.

2. Acepções da palavra *via*. — Témm duas: significa o caminho e o direito de servidão de caminho, conforme ensina Ihering, no *Espírito do direito romano*. A definição dada toma a palavra *via* no primeiro sentido.

3. Sua genese.—Esta servidão foi o resultado da ultima differenciação operada na evolução dos *jura itinerum*. Seu apparecimento é posterior á lei das XII taboas, porque esta não lhe faz allusão, ao passo que fez ás outras duas: *iter* e *actus*. E, pois, a mais nova das *servitutes itinerum*.

E' que as necessidades, a que ella veio satisfazer, se fizeram sentir mais tarde que as necessidades, que produziram as suas antecessoras. As instituições surgem depois das necessidades, que as exigem. Em nossos *Ensaíos de philosophia do direito*, tivemos occasião de accentuar bem esta lei, que é commum a todas as instituições normalmente estabelecidas.

§94

Natureza, da servitus viae

A *servitus viae*, não ha duvida, é uma servidão rustica, como o são as suas duas companheiras. As Instituições e as *Pandectas* ou Digesto, são expressas nesse sentido ⁽³⁹⁷⁾.

(397) Pr, Insts., liv. 2.º. tit. 3.º, *de servitutibus*; frag. 1.º, Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Colliolo, *Storia del diritto privato romano*, § 49, vol. 2.º, pags. 45-9.

§95 Largura da

servitus viae

1. E' determinada na lei.—*Viae latitudo ex lege duodecim tabularum, In porrectum* (em linha recta) *octo pedes habet; in anfractum, id est, ubi flexum est* (nas curvas), *sexdecim*, diz Gaio.

Em vernaculo: *Segundo a lei das XII taboas, a via deve ter oito pés de largura, quando em tinha recta, e dezeseis pés nas curvas.* (398)

Dissemos ha pouco que a *servitus viae* é posterior á lei das XII taboas. Mas o texto, que acabamos de transcrever, parece destruir completamente tal affirmacção. Entretanto, explica-se perfeitamente a apparente contradicção.

No tempo da lei das XII taboas, já existia a *via pública*. É a esta é que se referia dita lei ⁽³⁹⁹⁾ Os primeiros interpretes, pela notoria deficiencia de dados historicos ácerca das instituições da antiguidade classica, cahiram, cremos, no engano de acreditar que a lei das XII taboas se referisse á *servitus viae*. O texto de Paulo ⁽⁴⁰⁰⁾— *Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, ut ta-*

(398) Frag. 8.º, Dig. liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitutibus praediorum rusticorum*; Salivas et Bellan, obra citada, vol. 1.º, pag. 504; Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, vol. 2.º, § 49, pags. 45-6.

(399) Cogliolo, *Storia del diritto prtvaro romano*, § 49, vol. 2.º, pags. 45-6.

(400) Frag. 23, pr., Dig., liv. 8.º, tit. 3.º, *de servitatibus praediorum rusticorum*.

men eam latitudinem habeat qua vehiculum ire potest; alioquin iter erit, non via, este texto, dizemos, comprova o que acabamos de avançar. Glück é victima, parece-nos, daquelle engano, quando, alludindo a este texto, exclama: *E todavia notavel o que a respeito da largura da via, observa Paulo* (401).

2. Essa medida é modificavel. - E' certo, porém, que prevaleceu como verdade ter a servidão *viae* sua largura fixada na lei: 8 pés, quando o caminho vai em linha recta, e 16 pés, quando faz curva, podendo esta medida ser alterada no acto constitutivo da servidão, conforme os termos do citado texto de Paulo.

Oito pés correspondem a 2, m. 368 (402).

§96

Logar serviente na servitus viae A respeito a materia deste §, isto é, noção do que seja *locus serviens*, sua direcção atravez do predio, sua escôlha, mudança, e domínio da-faixa de terreno por onde elle passa, reporta-mo-nos ao que deixámos exposto acima (403).

§97 Extensão da

servitus viae

Quanto á sua extensão, a *servitus viae* re-ge-se pelos princípios expostos a proposito das

(401) Glück, obra citada, § 676, vol. 8.º, pag. 284. (402)

Cogliolo, *Storia* citada, § 49, pag. 46, nota 66. (403)

Veja-se o § 80, supra.

outras duas servidões de caminho, os quaes lhe *são* perfeitamente applicaveis ⁽⁴⁰⁴⁾.

§ 98

Confronto da *servitus viae* com o *iter* e o *actus*

Reportamo-nos ao que ficou dito nos dois capítulos precedentes ⁽⁴⁰⁵⁾.

§ 99

Applicação dos princípios geraes á *servitus viae*

As questões, que não fôrem susceptíveis de solução em face dos princípios particulares ás servidões de caminho, serão resolvidas com o subsidio dos *princípios gemes*, dominadores da theoria das servidões ⁽⁴⁰⁶⁾.

§ 100 Modificações do

direito patrio

1. Com relação á *servitus viae*.—O direito brasileiro acceitou esta especie de servidão de caminho, sem mudar a estrutura e as funções, que lhe dera o direito romano.

Segundo o nosso costume, a mais ampla das servidões de caminho é, como vimos, a que permite a passagem de pessoa a pé, a cavallo, de liteira, em carro, a passagem de rebanhos, e

(404) Vejam-se os §§ 81 e 89.

(405) Vejam-se os §§ 82 e 90.

(406) Veja-se o § 91, acima.

o transporte de cargas e materiaes em vehiculos rodantes (407).

Corresponde, portanto, á *servitus viae*.

2. Confronto das servidões de caminho do direito romano com as do direito patrio.—O seguinte quadro synoptico põe em relevo as modificações que, em nosso direito, soffreram as tres servidões de caminho romanas,— *iter*, *actus* e *via*, cuja theoria acabamos de expôr:

<i>Direito romano:</i>	<i>Direito brasileiro:</i>
a) <i>Iter</i> , passagem de pessoa a pé, a cavallo ou em liteira;	a) Passagem de pessoa a pé;
b) <i>Actus</i> , passagem de rebanhos e animaes de carga;	b) passagem de pessoa a cavallo, ou em liteira, e passagem de animaes de carga (cargueiros);
c) <i>Via</i> , passagem de carros de toda a especie e transporte de pedras, traves e quaesquer outros materiaes de construção. <i>Iter et actum in se continet via</i> .	c) passagem de pessoa em carro, passagem de rebanhos, e transporte de cargas e materiaes em vehiculos rodantes (ficcando subentendida a inclusão, nesta ultima servidão, das faculdades concedidas nas duas primeiras (408).

(407) Lafayette, obra citada, § 130, n. 1 e notas; Didimo, obra citada, ns. 346 e 347.

(408) Nota anterior; Felício dos Santos, *Projecto do código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1885, arts. 1256 e seguintes; Coelho Rodrigues, *Projecto do código civil*, arts. 1568—71; Clovis Bevilacqua, *Projecto do código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1902, ultima redacção, arts. 702 e seguintes.

Desse quadro vemos que a primeira servidão romana, a *servitus itineris*, foi pelo costume patrio restringida, tornando-se menos onerosa.

O mesmo aconteceu com a segunda, a *servitus actus*. E o nosso costume é fundado em bôa razão, como pondera Lafayette: para a passagem de pessoa a cavallo e de animaes de carga, não se Téquer caminho tão largo como para a passagem de rebanhos ou de materiaes arrastados ou conduzidos em carros (409).

3. Afinal.—Segundo pondera, com muitos acerto, Savigny, para que a exposição da theoria do direito romano apresente utilidade pratica, deve ser acompanhada da indicação das modificações soffridas pelo mesmo direito romano no seio das nações modernas. Obedecendo a este sabio ensinamento do grande mestre, indicámos as modificações operadas em nosso direito, na theoria do direito romano attinente ás servidões de caminho.

S. Paulo, 20 de julho de 1906.

(409) Lafayette, obra citada, § 130, n. 1, nota 5.

índice dos auctores e obras que consultámos

A

Agostinho de Bom Ferreira, *Summa da Instituto, com remissões ao direito de que esta se deduz. Ordenações com que se conforma, e doutrinas praticas.* Lisboa, 1746, 4 volumes

Arnò, *Delia distinziome tra servitu rustiche ed urbane.* Torino, 1895, I volume.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4.º edição, Paris, 1869, 8 volumes.

Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1889, 1 volume.

Bonjean, *Explication methodique des Institutes de Justinien*, Paris, 1878, 2 volumes. *Traité des actions*. 2.ª edição, Paris, 1841, 2 volumes.

Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, Lisboa, 1847, 4 volumes.

Cardoso, *Praxis judicum et advocatorum*, Coimbra, 1729. 2 volumes.

Carlos de Carvalho, *Nova consolidação das leis civis* Rio de Janeiro, 1899, 1 volume.

Caepolla, *De aervitutibus, Conimbriae*, 1707, 1 volume

Clovis Bevilacqua, *Projecto do código civil*, Rio de Janeiro, 1902, 8 volumes.

Coelho da Rocha, *Direito civil portuguez*, 11.ª edição

Coimbra, 1867, 2 volumes. Coelho Rodrigues, *Projecto do código civil*, Rio de Janeiro, 1897, 1 volume.

ÍNDICE DOS AUCTORES

- Cogliolo, *Storia del diritto privato romano*, Firenze, 1889, 2 volumes.
— *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1888, 1 volume.
— *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino, 1885, 1 volume.
Corrêa Telles, *Digesto portuguez*, Coimbra, 1836, 3 volumes.
— *Manual do processo civil*, Coimbra, 1842, 1 volume.
— *Doutrina das acções*, Lisboa, 1837, 1 volume.
— Traducção das Obrigações, de Pothier, Lisboa, 1849, 2 volumes.
Cortines Laxe, *Regimento das camaras municipaes*, 2.^a edição, 1885, 1 volume.
Cujacio. *Opera omnia, Venetiis*, 1758, 13 volumes.

D

- DAguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, Torino, 1890, 1 volume.
Daloz, *Répertoire*, Paris, 1870, 45 volumes.
Delgado, *Collecção da legislação portugueza*, Lisboa, 1826, 9 volumes.
Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 3.^a edição, Paris, 1876, 2 volumes.
Dias Ferreira, *Código civil portuguez annotado*, Lisboa, 1870, 5 volumes.
Didimo, *As servidões reaes*. Rio de Janeiro, 1887, 1 volume.
Direito, (revista), 100 volumes.
Domat, *Oeuvres completes*, edição Carré, Paris, 1821, 9 volumes.
Donnellus, *Opera omnia*, Lucae, 1763, 12 volumes.

E

- Edmond Picard, *Le droit pur*, Paris, 1899, 1 volume.

F

- Felicio dos Santos. *Projecto do código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1885, 4 volumes.

G

Gaio, *Institutes*, traduzidas e commentadas pro pellat,
Paris 844, 1 volume. 1

Gazeta Jurídica, de S. Paulo (revista), 40 volumes.

Gianzana, *Le acqae nel dirittocivile italiano*, Torino, 1879, 2 volumes.

Glück, *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia*. Direttori Filippo Serafini e Pietro Cogliolo, Milano, 48 volumes.

Gravina, *Opera, Venetiis*, 1758, 2 volumes.

Guelfi, *Enciclopédia giuridica*, 3.^a edição, Napoli, 1885, 1 volume.

H

Hulot, *La chef des lois romaines*, Metz, 1809, 2 volumes.

I

Ihering, *Vesprit da droit romain*, traducção de Meulenaere, 3.^a edição, Paris, 1886, 4 volumes. — *Actio injuriarum*, traducção de Meulenaere, Paris, 1888, 1 volume.

J

José **Mendes**, *Ensaaios de philosophia do direito*, S. Paulo, 1905, 2 volumes.

L

Lafayette, *Direito das cousas*, Rio de Janeiro, 1877, 2 volumes.

Lagrange, *Manuel de droit romain*, 8.^a edição, Paris, 1861, 1 volume.

Laurent, *Principes de droit civil français*. 5.^a edição, Paris, 1893, 33 volumes.

Lobão, *Aguas*, Lisboa, 1861, 1 volume.

INDICE DOS AUCTORES

M

Macedo, *Decisiones*, Lisboa, 1660, 1 volume. Mackeldey, *Manuel de droit romain*, traduzido do alle-mão por Beking, 3.^a edição, Bruxellas, 1846, 1 volume.

Marezoll, *Précis d'un cours sur L'ensemble du droit privé des romains*, traducção de Pellat, 2.^a edição, 1852, 1 volume.

Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3.^a edição, Firenze, 1880, 7 volumes.

Maynz, *Cours de droit romain*, 5.^a edição, 1891, 3 volumes.

Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani*, Coimbra, 1853, 7 volumes.

Merlin, *Jurisprudence (Répertoire universel et raisonné de)*, 5.^a edição, Paris, 1828, 18 volumes.

Miraglia, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1893, 1 volume.

Mommsen, *Histoire romaine*, traducção de De Guerle, Paris, 7 volumes.

Mourlon, *Répétitions écrites sur le code civil*, Paris, 1880, 3 volumes.

O

Ortolan, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, 12.^a edição, Paris, 1883, 3 volumes.

P

Pardessus, *Traité des servitudes*, 3.^a edição, Paris, 1811, 1 volume.

Pêgas, *Forenses*, Lisboa, 1682, 7 volumes.

Pellat, *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des romains*, 2.^a edição, 1852, 1 "volume. — *Institutes de GAIUS*, traducção e commentario, Paris, 1844, 1 volume.

Pereira do Rêgo, *Direito administrativo brasileiro*, Recife, 1877, 1 volume.

Pereira e Sousa, *Primeiras linhas*, edição port., Coimbra, 1872, 2 volumes. *Diccionario jurídico*, Lisboa, 1825 e 1827, 2 volumes.

Picard, *Le droit pur*, Bruxelles, 1899, 1 volume.

TEIXEIRA DE FREITAS

Pothier, *Oeuvres*, edição Bugnet, Paris, 1846, 10 volumes. —
Pandectes de Justinien tradução de Neuville, Paris, 1818,
26 volumes (com a *Analyse* ou índice, de Montalin). —
Obrigações, tradução de Corrêa Telles, Lisboa, 1840, 2 vo-
lumes.

Revista Forense, de Bello Horizonte, 5 volumes.

Revista de Jurisprudencia, do Rio de Janeiro, 22 volumes.

Revista Mensal, de S. Paulo 9 volumes.

Ribas, *Da posse*, Rio de Janeiro, 1883, 1 volume. —

Consolidação do processo civil, Rio de Janeiro, 1879, 2 vo-
lumes.

Salivas et Bellan, *Éléments de droit romain*, Paris, 2
volumes.

Savigny, *Système de droit romain*, tradução franceza de
Guenoux, 1855, 8 volumes. — *Traité de la possession en
droit romain*, tradução de Sted-
tler. 7.^a edição, Paris, 1866, 2 volumes.

São Paulo Judiciario (revista), de S. Paulo, 10 volumes.

Schulting, *Notae ad Digesta seu Pandectas*, Lugduni, 1809,
8 volumes.

Serafini, *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a edição, Firenze,

1889, 1 volume. Solon, *Traité des servitudes réelles*,

Paris, 1837, 1 volume. Strykio, *Opera omnia*, Francfort, 1743,
15 volumes.

Sousa Pinto, *Doutrina das acções accommodada ao fôro do
Brasil*, Rio de Janeiro, 1879, 1 volume.

Sumner Maine, *L'ancien droit*, tradução de Courcelle
Seneuil, 1 volume.

Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 3.^a edição,
Rio de Janeiro, 1876, 1 volume.

— *Doutrina das acções accommodada ao fôro do Brasil*, Rio
de Janeiro, 1880, 1 volume.

INDICE DOS AUCTORES

Tissot, *Le trésor de Vancienne jurisprudence romaine*,
traducção, Metz, 1811, 2 volumes.

Troplong, *Droit civil expliqué*, 4.^a edição, Paris, 1845, 28
volumes.

V

Van Wetter, *Cours, élémentaire de droit romain*, 3.^a
edição, Paris, 1893, 2 volumes. — *Traité de la*
possession en droit romain, Paris, 1868,
1 volume.

Visconde do Uruguay, *Direito administrativo*, Rio de Janeiro,
1862, 2 volumes.

Voet, *Ad Pandectas*, 1735, 2 volumes.

W

Waldeek, *Institutiones juris civilis, Conimbricae*, 1849, 1
volume.

Z

Zacharise, *Le droit civil français*, Paris, 1855, 5 volume

índice dos capítulos

		PAGS.
Capitulo	I	— Noções preliminares :
SECCÃO		— Das servidões em geral
SECCÃO		— Das servidões reaes.....
SECCÃO		— Das servidões rusticas.....
Capitulo		— Das servidões de caminho— Preliminares . . ,.....
Capitulo		- Princípios fundamentos communs ás servidões de caminho
III		— Direitos e onus Inherentes ás servidões de caminho.....
Capitulo		43
IV		— Da quasi-nosse das servidões de caminho.....
Capitulo		53
V		— Da constituição das servidões de caminho:
Capitulo		— Quem póde constituir servidão de caminho?
VI		63
SECCÃO	I	— Quem póde adquirir servidão de caminho ?
SECCÃO		63
		— Da constituição das servidões de caminho— Modos de constituição:
		— Modos de constituição por consentimento do proprietario . . .
		77
	II	— Modos de constituição sem con sentimento do proprietario ...
Capitulo		93
VII		— Da extinctão das servidões de caminho
SECCÃO		139
I		— Das acções relativas ás servidões de caminho:
SECCÃO		— Das acções tendentes a constituir servidões de caminho
II		151
Capitulo		— Das acções petitorias
VIII		152
IX		— Das acções possessorias
SECCÃO		180
Capitulo		— Da <i>servitus itineris</i>
X		191
SECCÃO	I	— Da <i>servitus actus</i>
SECCÃO		211
SECCÃO	II	— Da <i>servitus viae</i>
SECCÃO		221
Capitulo	III	
Capitulo	X	
Capitulo	XI	
Capitulo	XII	

Indice analytico

Capitulo I

Noções preliminares

SECÇÃO I Das

servidões em geral

	PAGINAS
§ 1.º Noção de servidão em geral	3
§ 2.º Divisão das servidões em geral	7
§ 3.º Princípios fundamentaes communs a todas as servidões	9

SECÇÃO II

Das servidões reaes

§ 4.º Noção de servidão real	14
§ 5.º Divisão das servidões reaes.	14
§ 6.º Princípios fundamentaes communs ás servidões reaes	16

SECÇÃO III

Das servidões rusticas

§ 7.º Noção de servidão rustica	21
§ 8.º Especies de servidões rusticas	23

Capitulo II

Das servidões de caminho. Preliminares

§ 9.º Noção de caminho.	25
§ 10. Divisão dos caminhos	26
§ 11. Genese das servidões de caminho.	29
§ 12. Noção de servidão de caminho.	31
§ 13. Evolução das servidões de caminho	31

ÍNDICE ANALYTICO

	PAGINAS
§ 14. Importancia das servidões de caminho ...	34
§ 15. Natureza do conteúdo das servidões de caminho	35
§ 16. As servidões de caminho são servidões positivas	35
§ 17. As servidões de caminho são descontinuas . . .	37
§ 18. As servidões de caminho, em regra, são appa- rentes ,	38

Capitulo III

Princípios fundamentaes communs ás servidões de caminho

§ 19. <i>Non debet, cai plus licet, quod minas est non licere</i>	39
§ 20. As servidões de caminho <i>in solo consistunt</i>	40
§ 21. A quem incumbem as despesas com a abertura e conservação dos caminhos ? ...	40
§ 22. A quem incumbe a prova das servidões de ca- minho ?	41

Capitulo IV

Direitos e onus inherentes ás servidões de caminho

§ 23. Aos direitos do titular das servidões de caminho não correspondem obrigações pessoais 43	43
§ 24. Concurso de obrigações pessoais com os onus	46
§ 25. Os direitos e onus não são propriamente dos predios, mas de seus proprietarios . . .	47
§ 26. enumeração dos direitos do titular das servi- dões de caminho	48
§ 27. Enumeração dos onus do proprietario do predio serviente, nas servidões de caminho . . .	50
§ 28. Obrigações <i>propter rem</i>	52

Capitulo "V

Da quasi-posse das servidões de caminho

§ 29. Noção da quasi-posse das servidões de caminho	53
§ 30. Princípios reguladores da quasi-posse das servi- dões de caminho. . . .	55
§ 31. Elementos da quasi posse das servidões de ca- minho	56
§ 32. Protecção da quasi-posse, independente de direi- to preexistente	58
§ 33. Direitos reaes susceptíveis de quasi-posse . . .	59

CAPITULO VII

	PAGINAS
§ 34. Aquisição e perda da quasi-posse das servidões de caminho. . . .	59
§ 35. Efeitos da quasi-posse das servidões de caminho	61

Capitulo VI

Da constituição das servidões de caminho:
quem pôde constituir e quem pôde adquirir.

SECÇÃO I

Quem pôde constituir servidão de caminho?

§ 36. O proprietário do predio semente	63
§ 37. O proprietário do domínio resoluvel. . .	64
§ 38. O nú-proprietario.	64
§ 39. O proprietário do domínio útil	65
§ 40. Os comproprietarios do predio indiviso . . .	65
§ 41. O proprietário do predio já gravado de servidão	67

SECÇÃO II Quem p'pde adquirir

servidão de caminho ?

§ 42. O proprietário do predio dominante	68
§ 43. O proprietário do domínio resoluvel. ...	69
§ 44. O proprietário do predio sujeito a usufructo	69
§ 45. Servidão de caminho em favor de terceiro. . .	70
§ 46. Os comproprietarios de coisa indivisa . . .	70
§ 47. O proprietário exclusivo e comproprietário	72
§ 48. O proprietário de dois predios vendidos, um entregue, outro não, pôde adquirir servidão de caminho sobre aquelle, em proveito deste . .	73
§ 49. Legado de servidão de caminho e de predio	
§ 50. Aquisição por mandatário	75
§ 51. Direito patrio	75

Capitulo VII

Da constituição das servidões de caminho.
Modos de constituição

SECÇÃO I

Modos de constituição por consentimento do proprietário

§ 52. Divisão geral dos modos de constituição das servidões de caminho	77
§ 53. Convenção e testamento	78

ÍNDICE ANALYTICO

	PAGINAS
§ 54. <i>Translatio e deductio</i>	78
§ 55. A) Constituição das servidões de caminho por convenção	79
§ 56. B) Constituição das servidões de caminho por testamento	87

SECÇÃO II

Modos de constituição sem consentimento do proprietário

§ 57. Lei, adjudicação e prescrição aquisitiva	93
§ 58. C) Constituição das servidões de caminho pela lei: servidão legal de transito de predio en cravado	94
§ 59. D) Constituição das servidões de caminho pela adjudicação	114
§ 60. Direito patrio	122
§ 61. E) Constituição das servidões de caminho pela prescrição aquisitiva	124

Capitulo VIII

Da extinção das servidões de caminho

§ 62. Causas extintivas das servidões de caminho	139
§ 63. Remissão ou renuncia da servidão	139
§ 64. Confusão	142
§ 65. Destruição de um dos prédios em relação de servidão.	145
§ 66. Resolução do domínio do prédio serviente	146
§ 67. Prescrição extintiva	147
§ 68. Direito patrio	150

Capitulo IX

Das acções relativas ás servidões de caminho

SECÇÃO I

Das acções tendentes a constituir servidões de caminho (acções pessoas)

§ 69. Classificação das acções relativas ás servidões de caminho,	151
§ 70. Quaes são essas acções ?	152

CAPITULO XI

SECÇÃO II

Das acções petitoras

§ 71.	Acção confessoria.	152
§ 72.	Acção negatoria.	158
§ 73.	Acção negatoria no direito patrio .	163
§ 74.	Acção publiciana.	164

SECÇÃO III

Das acções possessórias

75.	<i>Interdicto de itinere actuque privato</i>	.180
76.	<i>Interdicto de itinere actuque reficiendo ...</i>	188

Capitulo X

Da servitus itineris

§ 77	Noção da <i>servitus itineris</i>	191
§ 78	Natureza da <i>servitus itineris</i>	195
§ 79	Largura da <i>servitus itineris</i>	199
§ 80	Logar serviente na <i>servitus itineris</i> . .	200
§ 81	Extensão da <i>servitus itineris</i>	204
§ 82	Confronto da <i>servitus itineris</i> com o <i>actus</i> e a <i>via</i>	207
§ 83	Applicação dos princípios geraes á <i>servitus itineris</i> .	208
§ 84	Modificações do direito patrio	208

Capitulo XI

Da servitus actus

§ 85	Noção da <i>servitus actus</i>	211
§ 86	Natureza da <i>servitus actus</i>	215
§ 87	Largura da <i>servitus actus</i>	216
§ 88	Logar serviente na <i>servitus actus</i>	216
§ 89	Extensão da <i>servitus actus</i>	217
§ 90	Confronto da <i>servitus actus</i> com o <i>iter et via</i>	218
§ 91	Applicação dos princípios geraes á <i>servitus actus</i>	219
§ 92	Modificações do direito patrio	220

INDICE ANALYTICO

Capitulo XII Da Servitus viae

	PAGINAS
§ 93. Noção da <i>servitus viae</i>	221
§ 94. Natureza da <i>servitus viae</i>	223
§ 95. Largura da <i>servitus viae</i>	224
§ 96. Logar serviente na <i>servitus viae</i>	225
§ 97. Extensão da <i>servitus viae</i>	225
§ 98. Confronto da <i>servitus viae</i> com o <i>iter</i> e o <i>actus</i>	226
§ 99. Applicaçào dos princípios geraes á <i>servitus viae</i>	226
§ 100. Modificações do direito patrio	226

ERRATAS

Págs.	Linhas	Erros	Emendas
7	0		
7	10	abstractos	concretos
9	23	concretos, que	abstractos; aquellos a
10	13 e 14	não consiste	servidão não consiste
10	14 e 15	<i>positiva vel affirmativa</i>	<i>negativa vel prohibitiva</i>
24	27	<i>negativa vel prohibitiva</i>	<i>positiva vel affirmativa</i>
25	25	pastores	de pastores é
33	8	o nome	o nome
39	28	indistictamente	indistinctamente
41	18	rustico	rustico— a
51	21 e 22	abertura	abertura si isto
54	19	isto prejudicar	prejudicar
56	1a	a propriedade	a propriedade ou a coisa
72	2	Podemos	2. Podemos
72	2	<i>nutilis</i>	<i>inutilis</i>
72	23	Pothier	Pothier
80	33	129 31	129-31
86	6	(As	As
10	11	le	liei
10	22	pagamento	pagamento
11	29	<i>vedetur</i>	<i>videtur</i>
12	10	aqueducto	aqueducto I v.
13	14	v. g., se:	g.:
14	7 e 8	cesse, depois	cesse depois,
14	30	<i>dotati</i>	<i>dotati</i>
14	28	supratrasncrípta.	supratranscripta (252)
15	14	contra quer	contra quem quer
15	12	declare estar	declare esta
15	22	Os termo, sem que	Os termos, em que
16	25	<i>aité</i>	<i>Traité</i>
18	5	<i>possdietis</i>	<i>possidetis</i>
18	5	<i>Quo etinere</i>	<i>Qui itinere</i>
18	15	<i>violencia</i>	<i>violencia</i>
19	31	Arno	Arno
19	17	liteira)	(liteira)
19	9	<i>hautus</i>	<i>haustos</i>
20	4	proprietarios	proprietqrios
20	22	costumes patrio	costumes pqtrios
20	5	que á servidão	que dá servidão
20	33	e o § 55	o § 55
20	7	<i>contracto</i>	<i>contacto.</i>
21	35	<i>servitutibus,</i>	<i>servitutibus</i>
22	4	§ 94	§ 93.
22	13	§ 101	§100.
22	22	visinhod, o	visinho, do
22	11	fez que	faz
22	7		que,