

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO**

A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA DAS SERVIDÕES

TIAGO COSTA CAMILO

**Belo Horizonte
2005**

TIAGO COSTA CAMILO

A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA DAS SERVIDÕES

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para a conclusão da disciplina Monografia II.

ORIENTADOR: PROF. JUVENTINO GOMES MIRANDA FILHO

DATA DA APROVAÇÃO DA MONOGRAFIA: __/__/__

ASSINATURA DO PROF. ORIENTADOR: _____

AVALIAÇÃO FINAL

DATA DA APRESENTAÇÃO ORAL: _____

MÉDIA FINAL _____

CONCEITO _____

Belo Horizonte

2005

AGRADECIMENTO E HOMENAGEM

Agradeço ao professor Juventino, por despertar em mim o interesse pela matéria através de suas lições sobre direitos reais e, principalmente, pela paciência e atenção durante minha orientação.

Homenageio, em especial, meu primo Carmo, que desde o dia 10 de outubro não mais se encontra em nosso convívio. Foi justamente durante o luto por sua morte que tive de cuidar dos últimos detalhes para a conclusão do presente trabalho. Neste momento que marca a passagem de mais uma fase da minha vida, impossível não olhar para trás e ver com carinho as pessoas que estiveram ao meu lado, como sempre estive este grande parceiro. O que me conforta são as alegres lembranças, que seguramente não deixam que sua morte apague grande parte da minha infância e da minha adolescência, quando quase sempre estive acompanhado do inesquecível amigo.

Carmo, a homenagem é singela, pois poucas pessoas lerão este simples trabalho de conclusão de curso. Mas não haveria melhor oportunidade, já que você seria, ou melhor, é presença certa na minha

formatura. Descanse em paz, mas, em dezembro, comemore junto comigo meu companheiro.

SUMÁRIO

<u>1. INTRODUÇÃO.....</u>	<u>4</u>
<u>2. ASPECTOS GERAIS DAS SERVIDÕES.....</u>	<u>6</u>
<u>3. CLASSIFICAÇÕES E IMPORTÂNCIA PARA A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.....</u>	<u>14</u>
<u>4. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA ÀS SERVIDÕES.....</u>	<u>23</u>
<u>5. DISTINÇÃO ENTRE UM PEDIDO DE TUTELA POSSESSÓRIA A UMA SERVIDÃO DE TRÂNSITO E UM PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PASSAGEM FORÇADA</u>	<u>36</u>
<u>6. CONCLUSÃO.....</u>	<u>43</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>46</u>

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho presta-se a estudar a tutela possessória das servidões, questão que se encontrava regulada pelo artigo 509 do antigo Código Civil e encontra-se normatizada pelo artigo 1213 do atual Código. Para tanto, far-se-á necessário analisar o conceito do supracitado direito, sua localização no ordenamento jurídico, suas características e classificações, para se chegar, enfim, ao respaldo que o ordenamento jurídico dá ao estado de fato consubstanciado no exercício da quase-posse.

O problema central a ser trabalhado será a possibilidade de proteção possessória às servidões descontínuas aparentes, buscando-se uma interpretação coerente do supracitado artigo 509 com o comando do artigo 698 do antigo *codex*, que tratava da aquisição da servidão através da usucapião. Em síntese, busca-se demonstrar a impropriedade de negar tutela possessória a todas servidões descontínuas, não obstante as que sejam também aparentes possam ser adquiridas pela prescrição aquisitiva.

Por versar sobre questão exaustivamente debatida desde o início da vigência do Código Civil de 1916 - estando já sumulada na jurisprudência e pacificada na doutrina, cujo entendimento, inclusive, já foi absorvido pelo ordenamento jurídico - a uma primeira vista poderia ser questionada a relevância do estudo realizado.

Todavia, é justamente pela nova regência dada pelo atual Código Civil à matéria que se justifica a análise de toda a evolução doutrinária e jurisprudencial, a fim de que seja compreendida a razão de ser da mudança e de que o novo dispositivo legal seja aplicado com perfeição aos casos concretos.

Portanto, está aí a importância do trabalho desenvolvido, que decerto não pode ser menosprezada pelo simples fato de o tema não estar dentre aqueles que

figuram na pauta das discussões jurídicas do momento. E, neste ponto, cumpre ressaltar o intento de apurar se, a despeito da inexistência de uma novidade jurídica, os Tribunais têm se manifestado com segurança sobre os pedidos de tutela possessória às servidões, especialmente em relação às de passagem não tituladas e à sua distinção para com o instituto da passagem forçada.

Quanto a esta última questão, o novo Código Civil também traz importantes alterações que enfatizam a distinção dos supracitados institutos, inovações estas que de igual forma serão objeto de cuidadosa análise no decorrer deste estudo.

2. ASPECTOS GERAIS DAS SERVIDÕES

Servidão é todo encargo imposto a um prédio, chamado serviente, destinado a proporcionar utilidade e comodidade a outro prédio, denominado dominante. Implica uma relação de submissão entre prédios vizinhos, situação jurídica esta que traz limitação ao direito de propriedade na medida em que o proprietário do prédio serviente deve abster-se de perpetrar atos que seriam inerentes a suas faculdades dominiais ou tolerar que seu imóvel seja utilizado pelo proprietário do prédio dominante.

Trata-se de direito real sobre coisa alheia, situado em nosso ordenamento jurídico no título V do livro III do Código Civil de 2002, que trata do direito das coisas.

Como se vê, o caráter real das servidões já é revelado por sua própria localização na legislação civil, ao passo que a construção qualificadora “sobre coisa alheia” revela a característica daqueles direitos reais cujos titulares não são os proprietários da própria coisa sobre a qual aqueles são exercidos. Encontram-se nesta classe os direitos reais de garantia – tais como o penhor, a hipoteca, a anticrese e a propriedade fiduciária -, os direitos reais de aquisição – decorrentes de promessas irrevogáveis de compra e venda – e, por fim, os direitos reais de uso e fruição, dentre os quais se incluem o usufruto, o uso, a habitação, o direito de superfície e as servidões, sendo estas últimas o objeto do presente estudo.

São as servidões, portanto, direitos reais de uso e fruição sobre coisa alheia, haja vista que garantem ao proprietário do prédio dominante as faculdades de usar, fruir ou de exigir um comportamento negativo do proprietário do prédio serviente.

Do conceito exposto e da localização no ordenamento jurídico decorrem características inerentes à própria classe de direitos à qual pertencem às servidões, e, mais especificamente, aspectos ínsitos ao próprio instituto.

Em se tratando de direito real, a primeira característica a ser destacada é a oponibilidade *erga omnes*, decorrente do registro do ato constitutivo da servidão no cartório de imóveis. É, pois, direito exercido sobre uma coisa e contra toda a coletividade, que se encontra vinculada potencialmente a uma relação jurídica que pode vir a se determinar, caso seja imposto óbice ao exercício de alguma faculdade inerente à servidão.

Também decorre da natureza real o chamado direito de seqüela, que permite ao proprietário do prédio dominante exigir a observância ao direito de servidão de quem quer que se encontre na situação jurídica de proprietário do prédio serviente. Este imóvel, por conseguinte, seguirá gravado pelo ônus imposto pela servidão mesmo após sucessivas alienações, haja vista o efeito de seqüela inerente a todos os direitos reais.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento trata com grande clareza da característica acima exposta, acrescentando, ainda, a idéia de ambulatoriedade decorrente da irrelevância das pessoas que ocupam a posição de titulares dos prédios serviente e dominante:

Por isso a pessoa titular da servidão deve obedecer a um pressuposto básico: ser titular do prédio dominante. Sob outra visão, há a seqüacidade nos prédios e a ambulatoriedade de seus titulares. Há a seqüela, porque a servidão se impregna nos respectivos fundos. As pessoas, nesta primeira compreensão, pouco interessam. A servidão predial, no conceito do artigo 695 do Código Civil, se impõe 'a um prédio em favor do outro'. O proveito, a necessidade ou o serviço que contém na servidão se dirigem ao prédio dominante. Mudem o serviente ou o dominante de proprietário e a servidão se mantém porque os prédios da relação se mantiveram. É a seqüela. Mas, ao contrário, há ambulatoriedade. A titularidade da servidão ou as obrigações que dela advêm alcançam as pessoas físicas ou jurídicas que, no momento determinado, sejam titulares do prédio dominante ou do prédio serviente. Assim compreendido, vê-se que, na servidão, a pessoa sofre ou goza da servidão não em razão dela mesma mas através dos prédios¹.

Por se tratar de direito real sobre coisa alheia, surge como pressuposto lógico para a constituição de uma servidão a existência de dois prédios com proprietários

¹ NASCIMENTO, Tupinambá M. C. I. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 17-18.

distintos. A pluralidade de prédios para que exista um vínculo jurídico que traga restrição para um e acréscimo de utilidade ou comodidade para o outro. Já a necessidade de distintos titulares do domínio para que juridicamente se forme uma relação que implica limitação à propriedade alheia.

De fato, existindo identidade de donos obviamente inexisteram quaisquer deveres e obrigações, que evidentemente são necessários para se constituir um direito real de servidão. Cumpre ressaltar, entretanto, a possibilidade de um proprietário de dois prédios estabelecer gravame sobre um em benefício de outro, esclarecendo-se que tão encargo existiria tão-somente no mundo fático, ainda que tenha sido efetivado registro imobiliário a respeito. Tratar-se-ia de mera serventia que, porventura, poderia ser transformada em servidão por destinação do proprietário em caso de transmissão de um dos prédios para terceiro por ato inter vivos ou *causa mortis*.

É esta a lição de João Manuel de Carvalho Santos, *verbis*:

Não quer isso dizer que o proprietário não possa fazer com que um prédio seu venha a beneficiar outro, mas isso pode acontecer a título de propriedade e não a título de servidão.

Nada impede, entretanto, que se constitua uma servidão válida sobre um prédio do qual ainda não se é proprietário, e que se encontra no domínio do mesmo dono do prédio dominante, contanto que aquele prédio venha a ser adquirido.

O mesmo se diga da servidão ativa, constituída em proveito de um prédio, do qual ainda não se é proprietário.

Pois, em ambas as hipóteses, quer a servidão seja ativa ou passiva, instituída em proveito ou sobre determinado prédio, a existência da servidão ficará subordinada à condição de o prédio ser adquirido².

Tratando-se de situação jurídica da qual resulta submissão entre prédios, há que se destacar como característica inerente ao direito de servidão a existência de uma relação de vizinhança entre os prédios dominante e serviente. Neste ponto, é

² SANTOS, João Manuel de Carvalho, (1893-1956). *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático de João Manuel de Carvalho Santos*. 15. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. IX, p. 124.

válido salientar que vizinhança não pressupõe contigüidade, posto que para aquela se estabelecer basta que um prédio, ainda que distante, esteja localizado de um modo suficiente a propiciar alguma serventia a outro imóvel.

É o que nos ensina com propriedade Francisco Clementino San Tiago Dantas, *verbis*:

O segundo requisito essencial às servidões é a vizinhança. Só há servidões entre prédios vizinhos. Mas, note-se, a vizinhança há de ser entendida cm muita elasticidade; quase que se podia dispensar este requisito, porque, desde o momento em que dois prédios guardem entre si uma proximidade tal que, entre eles, se pode estabelecer utilmente uma serventia, a vizinhança está provada, pouco importando que entre o dominante e o serviente medeie um quilômetro; se há possibilidade de ser prestado, entre eles, um serviço recíproco, deve-se entender que são vizinhos para o fim de estabelecimento de servidão³.

Partindo para a análise dos aspectos inerentes às servidões, é interessante abordar, inicialmente, a impresumibilidade de tal direito, característica esta que inclusive era prevista expressamente pelo artigo 696 do antigo Código Civil. Conquanto tal comando legal não tenha sido incorporado à atual legislação, a regra acima exposta continua a vincular o operador do Direito, haja vista a plenitude com a qual o domínio deve ser presumido.

Com efeito, tratando-se de direito que impõe restrição à coisa alheia, a servidão deve ser tida como uma exceção ao direito de propriedade, o qual deve ser interpretado como desprovido de ônus e gravames até prova em contrário. Destarte, ante a dúvida quanto à existência do *jus servitus*, àquele que se encontra na posição de proprietário do prédio supostamente dominante incumbe a prova de existência de tal direito.

Outra característica inerente ao instituto é a atipicidade. As modalidades de servidões são infindáveis, não constituindo *numerus clausus* qualquer relação apresentada a este respeito. Portanto, o conteúdo de tal direito pode ser moldado de

³ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago, (1911-1964). *Programa de direito civil III: 2.* ed. Direito das coisas, ver. Do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1981, p. 323.

acordo com a situação dos prédios, criando-se uma nova forma de servidão desde que trazida uma utilidade ou comodidade a um dos fundos.

As servidões são também qualificadas por sua inseparabilidade em relação aos prédios. Isto quer dizer que são elas direitos acessórios, que não podem nunca se desvincular dos prédios dominantes. Assim sendo, o proprietário beneficiário jamais pode alienar separadamente seu direito, como se possível fosse transmitir o gozo do mesmo de forma independente do fundo dominante.

Tal óbice decorre justamente do fato de que a servidão institui-se em favor de um prédio e não em função de um indivíduo considerado pessoalmente. Logo, o direito não pode ser transmitido de forma apartada do fundo dominante, visto que foi instituído em proveito deste imóvel e não de seu proprietário momentâneo. Trata-se, por conseguinte, de uma situação jurídica que impõe subserviência de um imóvel em relação ao outro, de tal sorte que a titularidade dos fundos nela envolvidos resta relegada a segundo plano de relevância.

Trata-se - a característica acima explanada - da chamada relação de predialidade, cuja compreensão é imprescindível para a correta delimitação do conteúdo do direito de servidão.

A discussão sobre a existência de uma relação exclusivamente predial chegou a ser tangenciada quando da exposição do efeito de seqüela, mas merece destaque ao final deste capítulo de intróito, sobretudo por ser capaz de diferenciar outros direitos reais de uso e fruição sobre coisa alheia, que podem equivocadamente ser classificados como servidões.

No caso da constituição de uma servidão, é instituído um benefício em favor de um prédio sobre o outro e não sobre um prédio em favor de uma pessoa. Sendo assim, não se institui, por exemplo, servidão para que fulano, proprietário do fundo

X, tenha direito de passar pelo terreno do prédio Y, mas sim a fim de que quem quer que se encontre na situação de proprietário daquele primeiro possa exercer tal faculdade sobre o segundo.

Outros direitos reais de uso e fruição e fruição sobre coisa alheia, como o usufruto e o uso, trazem para os respectivos titulares a possibilidade de exercer alguma faculdade sobre um bem de propriedade alheia, mas diferenciam-se da servidão porque o benefício é constituído em favor de um indivíduo considerado pessoalmente, e não em favor do prédio do qual ele é o titular.

Bastante esclarecedor é o exemplo dado por Luiz da Cunha Gonçalves, *verbis*:

É interessante verificar que um mesmo direito, pelo modo que foi convencionado, pode ser, ora uma obrigação, ora um direito real de uso, ora uma servidão. Por exemplo: 1°. se o dono dum palácio situado à beira dum pinhal pertencente a outro proprietário contratar que lhe fornecerá em cada ano, postos naquele palácio, cem metros cúbicos de lenha, pelo preço de 1.000 \$ esc. teremos uma obrigação, o vulgar contrato de fornecimento ou compra e venda; - 2°. se o dono do palácio, em troca de 10.000\$ esc. , adquirir para o direito vitalício de ir ao referido pinhal e cortar certo número de pinheiros, para o consumo da sua casa, ter-se-á um direito de uso; - 3° se o dono do palácio, mediante a prestação única de 20.000,00\$ esc., estipular com o dono do pinhal que éle e os futuros proprietários do mesmo palácio terão o direito perpétuo de colher cem metros cúbicos de lenha desse pinhal, estaremos em presença duma servidão⁴.

Por instituírem faculdades em favor de pessoas e assemelharem-se às servidões, os direitos reais de usufruto, uso e habitação chegaram a ser denominados “*servidões pessoais*”. Isto explica a razão pela qual muitas legislações atuais incorporaram ao termo servidões o adjetivo “*prediais*”, como era feito pelo Código Civil Brasileiro de 1916 (*Capítulo III – Das servidões prediais –, do título II – Dos direitos reais sobre coisa alheia - , do Livro II – Do direito das coisas*).

No entanto, tal denominação era adotada de maneira inapropriada, haja vista que há muito já se entendia ser a característica da predialidade pressuposto para a

⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*: em comentário ao Código Civil Português, 2. ed., atualizada e aumentada e 1. ed. brasileira. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Prof. Vicente Ráo. Anotado por José Geraldo Rodrigues de Alckmin. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], v. XI. Tomo II, p. 799-800.

instituição da servidão, tanto que os outros direitos reais de uso e fruição sobre coisa alheia já recebiam, em apartado, classificação jurídica própria.

Tal discussão faz-se também presente no Direito alienígena, como se infere das valiosas palavras de Domenico Barbero, que abaixo passo a transcrever:

I. Si a la existencia de la servidumbre es necesario un fundo (praedium), la predialidad es esencial al derecho de servidumbre. Es inútil, por tanto, agregar el apelativo de 'predial' (como lo hace también el código); es implícito y necesario, ya que no hay servidumbre que no sea predial. 'Servidumbre', por consiguiente, es igual, ni más ni menos, a 'servidumbre predial'.

II. La necesidad, o la oportunidad, de la especificación se comprendía cuando, por la tendencia de los justinianos a generalizar los esquemas clásicos del derecho romano, la 'servidumbre', que em su origen había sido solamente predial, se amplió hás incluir em ella, como las llamadas 'servidumbres personales', el usufructo, el uso e já habitación. Es famoso el pasaje de las fuentes, cuya interpolación se ha probado, servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum es urbanorum (las servidumbres son o de personas, como el uso y usufructo, o de cōas, como las servidumbres de los prédios rústicos y de los prédios urbanos. Sobre esta base la Edad Media construyó todo un arbor servitutum⁵.

Como se vê, sem predialidade não há servidão. Sendo assim, é inadequado o uso do termo “servidões pessoais” e, via de consequência, é desnecessário agregar o adjetivo “prediais” para que as verdadeiras servidões sejam designadas. Atento à impropriedade da antiga legislação, o atual Código Civil adotou acertadamente apenas o termo “Das servidões”, no título V de seu Livro III.

Resta salientar, por fim, que a característica da predialidade pode levar à equivocada conclusão de que no direito real de servidão institui-se uma relação jurídica entre prédios. Contudo, há que se atentar para o fato de que é impossível estabelecer-se um vínculo jurídico entre coisas, que obviamente não são sujeitos de direitos e obrigações. A relação jurídica, na verdade, estabelece-se entre os proprietários dos fundos dominante e serviente, sendo definida, entretanto, em função da titularidade momentânea dos imóveis, e não em razão de determinado

⁵ BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado II: Derechos de la personalidad, Derecho de familia – Derecho reales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1967, p. 406.

indivíduo que esteja ocupando a posição de proprietário do lote dominante, como já exaustivamente foi exposto.

Estando expostos o conceito e as características principais, bem como delimitado o real conteúdo do direito de servidão, faz-se necessário passar ao estudo de suas classificações, a fim de que seja possível iniciar a análise do cerne do presente estudo, qual seja a proteção possessória ao supracitado direito real sobre coisa alheia.

3. CLASSIFICAÇÕES E IMPORTÂNCIA PARA A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

Ao implicar restrição ao direito de propriedade alheio, impondo ao proprietário do prédio serviente a perda de alguns de seus direitos dominiais ou a tolerância de atos praticados pelo proprietário do prédio dominante, o direito real de servidão apresenta sua primeira classificação.

De acordo com seu conteúdo, as servidões podem ser divididas em afirmativas e negativas. Aquelas que, para serem exercidas, exigem do proprietário do fundo dominante uma ação, uma conduta positiva, são denominadas servidões afirmativas ou positivas. Já aquelas outras cujo exercício não depende de qualquer procedimento comissivo de seus titulares, representando um acréscimo de utilidade e comodidade ao prédio dominante através de sua simples constituição, são chamadas de servidões negativas.

Nota-se que para se chegar a esta classificação deve se ter em mente o comportamento do titular da servidão, haja vista que do titular do prédio serviente sempre se exige uma conduta omissiva, seja ela consistente na abstenção da prática de um direito dominial ou na tolerância de uma ação do proprietário do prédio dominante sobre seu imóvel.

Logo, é a forma pela qual o titular da servidão goza de seu direito que define a classificação da servidão em afirmativa ou negativa, questão esta que se encontra muito bem explicitada por Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, cujo ensinamento passo a transcrever, *verbis*:

Esta dúplici conduta do titular do fundo dominante que, caso por caso, importa em uma ou outra, classifica as servidões em afirmativas, também denominadas positivas, e em negativas. Aquelas possibilitam um procedimento, um agir, uma ação a favor do predito dominante. Nesta hipótese, estão as servidões de trânsito, de pasto, de aqueduto, etc. As outras - as negativas - nada permitem, no que se refere ao mesmo prédio

dominante, e simplesmente lhe dão um plus de direito sem qualquer conduta positiva sua. Como exemplos, a servidão de não construir mais alto, de passagem de luz, etc. O dono do fundo dominante não tem, no concernente ao conteúdo deste direito real, qualquer conduta a tomar. Resumidamente e considerando as duas partes da servidão, pode-se dizer que ela é afirmativa, quando ao dono do prédio dominante se defere o direito de fazer alguma coisa enquanto ao titular do prédio serviente se impõe uma omissão; ao contrário, na denominada negativa, aos dois titulares dos fundos se exige uma inércia, uma omissão⁶.

As servidões ainda podem ser classificadas, quanto ao seu modo de instituição, em voluntárias, legais e judiciais.

As voluntárias são aquelas que, obviamente, são fruto da vontade dos interessados, podendo surgir tanto por convenção bilateral quanto por destinação do proprietário, seja através de testamento ou através de constituição de serventias que posteriormente venham a se transformar em servidões.

Já aquelas impropriamente denominadas “servidões legais” não são realmente servidões. Não se tratam de direitos reais de uso e fruição sobre coisa alheia, mas sim de meras restrições ao direito de propriedade impostas pela lei, tal como ocorre com os direitos de vizinhança. São instituídos em função do interesse público e da necessidade de regular e viabilizar o bom uso da propriedade, ao contrário das servidões que surgem de acordo com o interesse dos indivíduos.

É o que ocorre, por exemplo, com a limitação imposta pelo Direito Público à altura das construções, com o direito de passagem forçada, assegurado por lei ao proprietário de prédio encravado, e com as disposições do Código de Águas referentes ao escoamento de água e esgotos por prédio vizinho. Tais restrições ao direito de propriedade não se confundem com a servidão de vista, com a servidão de passagem e com a servidão de aqueduto, respectivamente.

⁶ NASCIMENTO, Tupinambá M. C. I. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 90-91.

Sílvio de Salvo Venosa e Orlando Gomes expõem com grande clareza a distinção entre as servidões e os chamados direitos de vizinhança, como se nota dos trechos adiante transcritos:

Como acenamos em capítulo anterior, os direitos de vizinhança têm origem e finalidade diversas das servidões prediais. A servidão decorre sempre de ato de vontade, enquanto os direitos de vizinhança, de regulamentos ou imposições legais. Os direitos de vizinhança objetivam evitar danos entre vizinhos, têm caráter eminentemente preventivo, permitindo e facilitando o aproveitamento e a convivência dos prédios e dos respectivos vizinhos. Essas restrições de vizinhança atendem à necessidade imperativa de regular a utilização da propriedade mais ou menos próxima. A servidão é estabelecida para facilitar ou tornar mais útil a propriedade do prédio dominante. Não decorre de um imperativo, mas de busca de utilidade, facilidade ou maior comodidade na satisfação de necessidades do proprietário⁷.

Na configuração de direito de vizinhança, o aqueduto constitui-se por imposição legal. Ao proprietário de um prédio a lei assegura o direito de conduzir águas através de outro, impondo ao dono deste a obrigação de deixar que aquele canalize tais águas. Para alguns, o aqueduto coativo constitui modalidade de servidão. O proprietário do prédio que precisa das águas teria o direito de obter do outro a constituição de uma servidão. Como a obrigação de suportar o ônus deriva da lei, diz-se que há servidão legal para distinguir-se das servidões voluntárias, também chamadas de prediais, que constituem, em boa técnica, a categoria exclusiva desses direitos reais na coisa alheia. O Código Civil orientou-se no sentido da eliminação da falsa categoria de servidões legais, mas o Código de Águas qualificou, com essa denominação, o aqueduto coativo. Trata-se, porém de um direito de vizinhança, da classe dos onerosos, de contextura semelhante ao de passagem forçada. Do mesmo modo que esta não se confunde coma a servidão de trânsito, não obstante terem o mesmo conteúdo, o aqueduto coativo, nas mesmas condições, difere-se da servidão de aqueduto. Além de outros traços distintivos, deve-se atentar para o fato de que o aqueduto coativo, ao contrário da servidão de aqueduto, é uma figura jurídica de conteúdo típico, previsto e delineado estritamente na lei em razão de seus pressupostos específicos. Por isso mesmo, só se constitui para fins taxativamente indicados na lei, enquanto, pela servidão de aqueduto, o dono do prédio dominante pode obter que se constitua qualquer finalidade útil, mesmo que seja para sua simples comodidade⁸.

Já as servidões denominadas “judiciais” são aquelas que surgem de um provimento jurisdicional, tal como pode ocorrer nas ações divisórias. Com efeito, o artigo 979 do Código de Processo Civil, em seu artigo II, assim dispõe:

Instituir-se-ão as servidões que forem indispensáveis, em favor de uns quinhões sobre os outros, incluindo o respectivo valor no orçamento para que, não se tratando de servidões naturais, seja compensado o condômino aquinhoado com o prédio serviente.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 436. (Coleção direito civil; v. 5)

⁸ GOMES, Orlando, (1909-1988). *Direitos reais*. 19. ed., atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 323-324.

Neste caso, não obstante o encargo sobre o prédio dominante não surja da vontade das partes, institui-se, com o registro da sentença constitutiva no cartório de imóveis, verdadeiro direito real sobre coisa alheia, dotado da característica da predialidade. Muito embora o próprio texto legal se refira a “servidões indispensáveis” – e isto possa levar a crer que as servidões judiciais se assemelham aos direitos de vizinhança - trata-se de verdadeiras servidões, tendo-se em vista, precipuamente, que o provimento jurisdicional substitui o ato volitivo dos proprietários.

É o que nos ensina Pontes de Miranda, cujas palavras passo a transcrever:

As servidões necessárias não provêm, de modo nenhum, de modo especial de constituição. A prestação jurisdicional, acessória, está no lugar em que estaria o negócio jurídico bilateral. Em vez de, executando (partilha amigável, divisão amigável do prédio, execução voluntária da dívida ou da sentença), os interessados constituírem, negocialmente, a servidão, constitui-a o juiz, no exercício da função de executar. A constitutividade contém-se na execução, porque, para se executar forçadamente com justiça, se teve de criar a servidão⁹.

Há ainda as chamadas servidões administrativas que, embora tenham tal denominação aceita pela doutrina, não se confundem nem com o direito real sobre coisa alheia nem com as restrições impostas pelo direito vizinhança.

Trata-se de simples ônus real imposto pela Administração Pública sobre a propriedade privada, destinado a viabilizar a realização de obras e serviços públicos. Não implica qualquer relação de predialidade, haja vista a patente inexistência de um fundo dominante, restando clara, por conseguinte, a diferenciação daquele instituto para com as servidões propriamente ditas.

Retornando às classificações decorrentes do conteúdo e da forma de exercício das servidões – como a já demonstrada distinção entre servidões

⁹ MIRANDA, Pontes de, (1892-1979). *Tratado de direito privado*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 444.

afirmativas e negativas – passa-se, primeiramente, pela diferenciação entre servidões rústicas e urbanas.

É, de fato, uma classificação que não apresenta qualquer importância, visto que pouco acrescenta à compreensão do instituto e nada influi no tratamento jurídico do direito de servidão. Com efeito, consiste em uma simples diferenciação entre aquelas servidões que buscam utilidade e comodidade sobre um prédio edificado e aquelas que proporcionam um benefício sobre o solo do imóvel serviente. As primeiras são classificadas como urbanas e as segundas como rústicas.

Como se vê, o importante para a compreensão de tal classificação não é a localização dos prédios, mas sim a natureza da servidão instituída: se exercida diretamente sobre um edifício ou sobre o solo considerado independentemente das construções.

Prosseguindo, faz-se mister analisar as distinções existentes entre servidões contínuas e descontínuas e aparentes e não aparentes, bem como demonstrar como tais classificações podem ser feitas conjuntamente. A compreensão deste ponto é fundamental para que o tema central do presente estudo, qual seja a proteção possessória das servidões, seja bem explicitado no capítulo seguinte.

As servidões contínuas são aquelas que independem de fato atual do homem para que possam ser exercidas, tal como ocorre com a servidão de vista e com a de passagem de água. São exercitadas de maneira constante, sem a necessidade de intervenção de seu titular.

Cumprido salientar, no entanto, que o fator realmente importante é que o exercício da servidão possa continuar sem a necessidade de uma ação humana, ainda que ela dependa de atos preparatórios, como nos ensina Carvalho Santos:

Assim, não deixa de ser contínua a servidão de aqueduto, pelo fato de depender a passagem da água de um registro ou de uma eclusa, que deve ser levantada tôdas as vêzes que se intente utilizar a água; assim como não

*prejudica a servidão de luz o fato de ser necessário abrir a janela por onde ela deve penetrar na casa*¹⁰.

Já as servidões descontínuas são aquelas cujo exercício depende de fato atual do proprietário do prédio dominante. Estão condicionadas, por conseguinte, a uma ação material e intermitente, tal como ocorre na servidão de passagem ou na de pegar água no prédio vizinho.

Observa-se, com facilidade, que todas as servidões negativas são contínuas, ao passo que todas as descontínuas são afirmativas. Contudo, deve-se estar atento para o fato de que entre as servidões positivas existem algumas que são contínuas, como a de aqueduto.

No que toca à exteriorização do direito real, surge a citada distinção entre servidões aparentes e não aparentes. As primeiras manifestam-se materialmente, sendo, portanto, visíveis, ao passo que as segundas são imperceptíveis, visto que não se manifestam por indícios externos.

A visibilidade da servidão aparente decorre da existência de sinais ou obras que revelem a existência do direito, dotando-o de publicidade ao demonstrar de maneira inequívoca a relação de predialidade. Trata-se de questão importantíssima para análise da possibilidade da proteção possessória, visto que o caráter aparente torna a servidão suscetível de posse e, por conseqüência, de aquisição pela via da usucapião.

É o que diz o artigo 1.379 do atual Código Civil, cujo texto completo encontra-se adiante transcrito:

Art. 1.379. O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por 10 (dez) anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumada a usucapião.

¹⁰ SANTOS, João Manuel de Carvalho, (1893-1956). Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático de João Manuel de Carvalho Santos. 15. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. IX, p. 134-135.

Parágrafo único. Se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de 20 (vinte) anos.

Vejamos novamente a lição de Carvalho Santos, desta vez sobre a imprescindibilidade da aparência das servidões para que estas sejam passíveis de posse:

A aparência das servidões, isto é, sua visibilidade, devendo ser permanente, claro está que devem necessariamente, ser pelo menos visíveis pelo senhor do prédio serviente. A razão é óbvia: porque o principal efeito da servidão aparente, o que lhe empresta importância, é poder ser adquirida por usucapião e se assim, é não seria possível admitir este usucapião sem a publicidade da posse, ou, em outros termos, sem que a servidão fosse realmente aparente para que aquele contra quem se quer prescrever. Se invisível para o proprietário do prédio serviente equivaleria a não haver sinal, emprestando à posse, em face desse proprietário, o caráter de clandestina¹¹.

Por outro lado, as servidões não aparentes, que não se demonstram explicitamente ao proprietário do prédio serviente e à coletividade, por óbvia razão de segurança jurídica não são passíveis de posse. Sílvio de Salvo Venosa aborda com clareza esta questão:

Importante distinguir as servidões aparentes das não aparentes. Essa distinção refere-se à exteriorização do direito real. As servidões aparentes manifestam-se materialmente, são perceptíveis à vista, como, por exemplo, o aqueduto. Servidões não aparentes são as imperceptíveis, não visíveis, que não se manifestam por sinais externos, como no exemplo da servidão de não construir. A esse propósito, o Projeto n° 6.960/2002 acrescenta o § 1° ao art. 1.378, expondo que a constituição por usucapião e por destinação do proprietário somente pode ter como objeto as servidões aparentes. Não há como se estabelecer segurança jurídica nessas modalidades quanto às servidões não aparentes. Por isso, referido Projeto estabelece no § 3° que as servidões não aparentes só podem ser constituídas por contrato ou por testamento e com subsequente registro no cartório do registro de Imóveis¹².

Por fim, resta dizer que a distinção entre servidões aparentes e não aparentes não se opõe diretamente à distinção entre servidões contínuas e descontínuas. Muito pelo contrário, tais classificações se combinam e, desta forma, demonstram

¹¹ SANTOS, João Manuel de Carvalho, (1893-1956). Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático de João Manuel de Carvalho Santos. 15. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. IX, p. 135-136.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 436. (Coleção direito civil; v. 5)

com maior clareza o conteúdo das diferentes modalidades de servidões, que podem ser:

- contínuas e aparentes, como a de aqueduto;
- contínuas e não-aparentes, como a de não construir acima de determinada altura;
- descontínuas e não aparentes, como a de pastoreação ou a de trânsito;
- descontínuas e aparentes, como a trânsito por caminho marcado.

Nota-se, ainda, que a classificação depende da forma como está sendo exercida a servidão no caso concreto, posto que servidões destinadas a um mesmo fim podem ser aparentes ou não aparentes. É o que ocorre com a servidão de passagem, que se trata claramente de uma servidão descontínua, posto que dependente da ação de seu titular para ser exercida, mas que pode ser aparente ou não, dependendo do caminho que é percorrido por seu beneficiário.

Bastante elucidativas são as palavras de Luiz da Cunha Gonçalves e San Tiago Dantas:

A qualidade de aparente ou não aparente não é essencial de certas classes de servidões. Assim, a servidão de passagem é aparente, quando se fizer através duma estrada só para ela construída, e não-aparente, quando exercida sem deixar vestígios; ou, sendo não-aparente ao princípio, pode tornar-se aparente por efeito do prolongado trânsito. De igual modo, o aqueduto pode ser aparente e não aparente, ou passar sucessivamente para êstes dois estados, como no caso de rego superficial periodicamente aberto¹³.

Há casos duvidosos, que dizer, casos em que pode ser aparente ou não aparente a servidão e, desde logo, o primeiro deles é a servidão via. Caso há em que o caminho concedido está traçado e se vê, pelas porteiras existentes, pelo rumo claramente traçado no solo, que existe uma servidão, mas, também, pode ser que não exista, pode ser que o vizinho entre no prédio de outrem, sem que caminho algum exista. Tudo isto se passa de um modo permanente e devidamente adquirido¹⁴.

¹³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*: em comentário ao Código Civil Português, 2. ed., atualizada e aumentada e 1. ed. brasileira. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Prof. Vicente Ráo. Anotado por José Geraldo Rodrigues de Alckmin. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], v. XI. Tomo II, p. 822.

¹⁴ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago, (1911-1964). *Programa de direito civil III*: 2. ed. Direito das coisas, ver. Do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de

A compreensão das classificações que conjugam a visibilidade da servidão com a necessidade da ação humana para seu exercício é de extrema importância para a análise da extensão da proteção possessória às servidões, principalmente para se compreender o tratamento dado à matéria pelo antigo Código Civil. Mais especificamente, é imprescindível o domínio do caso das servidões de passagem que, embora descontínuas, podem ser aparentes se exercitadas sobre um caminho marcado por obras ou sinas visíveis, como acima foi demonstrado.

Estas duas questões serão objeto do estudo realizado no próximo capítulo, que tratará da extensão da proteção possessória às servidões, enfatizando, sobretudo, o novo texto legal trazido pelo artigo 1213 do atual Código Civil.

4. EXTENSÃO DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA ÀS SERVIDÕES

O artigo 1383 do atual Código Civil, correspondente ao artigo 702 do antigo estatuto, é claro ao dispor que “*O dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o exercício legítimo da servidão*”. O proprietário do fundo serviente também deve tolerar que o titular da servidão faça todas as obras necessárias à conservação e ao exercício do direito (art. 1.380), sendo-lhe lícito, por outro lado, exigir que isto ocorra de acordo com as exatas necessidades do prédio dominante (art. 1385).

De igual forma, o proprietário do fundo dominante pode exigir que o exercício do seu direito não seja obstado por qualquer outro indivíduo da coletividade, haja vista o caráter real e a conseqüente oponibilidade *erga omnes* das servidões.

Assim que o titular da servidão for impedido de praticar o ato que lhe é garantido por seu direito, for surpreendido pela prática do ato ao qual o dono do fundo serviente deveria abster-se, ou for obstado de realizar as obras necessárias ao exercício e à conservação da servidão, surge-lhe o legítimo interesse de requerer a tutela jurisdicional. De igual forma, o proprietário do fundo serviente - ou supostamente serviente - tem o interesse de preservar a plenitude de seu domínio, seja negando a existência da servidão, seja contestando sua amplitude. O instrumento processual adequado variará de acordo com a pretensão a ser tutelada, como adiante se passa a expor.

Na ação confessória, o autor embasa seu pedido na existência do direito real, sendo irrelevante, em tal tipo de demanda, que ele esteja efetivamente na posse da servidão. Trata-se nitidamente de uma ação de cunho petitório, na qual o requerente deve comprovar unicamente a existência e a titularidade do *jus in re aliena*, além do obstáculo ao exercício dos direitos que a ela são inerentes.

A ação negatória presta-se, na verdade, à tutela do direito de propriedade. É destinada a defender a plenitude do domínio contra atos lesivos perpetrados sob a escusa da pretensa existência de uma servidão. Também é adequada a rechaçar atos que extrapolem o conteúdo do direito existente, hipótese em que se nega a amplitude da limitação que se tenta impor ao fundo serviente. Em tal demanda, incumbe ao autor afirmar o desembaraço de sua propriedade, cabendo ao réu comprovar a existência do gravame decorrente do direito real sobre coisa alheia.

Por outro lado, a posse do direito real de servidão também pode ser tutelada judicialmente, proteção esta assegurada pelo ordenamento jurídico de forma absolutamente independente do juízo petitário. Protege-se o exercício fático de faculdades inerentes a uma servidão aparente antes mesmo da transcrição de um título no cartório de registro de imóveis, o que não poderia ser diferente tendo-se em vista que os atos possessórios podem levar à constituição do direito através da prescrição aquisitiva.

Com efeito, o manejo dos interditos possessórios justifica-se tão-só pela necessidade de proteção ao estado de fato, haja vista que este não é mera decorrência de um direito real de servidão regularmente levado a registro. A posse da servidão pode existir de forma apartada do direito real, da mesma forma que o titular deste pode ser desprovido de posse. A este respeito Pontes de Miranda se expressa com grande clareza, como se nota do trecho adiante transcrito:

Pode-se ter posse de servidão antes de se ter direito real de servidão; pode-se ter direito real de servidão antes de se ter posse. Pode-se perder o direito real de servidão sem se perder a posse da servidão; pode-se perder a posse da servidão sem se perder o direito real de servidão¹⁵.

A posse de uma servidão revela-se pelo exercício de poderes inerentes a alguma modalidade deste direito real de uso e fruição sobre coisa alheia, que, para

¹⁵ MIRANDA, Pontes de, (1892-1979). *Tratado de direito privado*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 475-476.

tanto, necessariamente deve ser aparente, como já foi demonstrado. Trata-se, por conseguinte, da exteriorização fática de faculdades relativas a uma servidão, semelhantemente ao que ocorre como a posse que evidencia o exercício de alguma das faculdades inerentes ao domínio.

Fernando Luso Soares, em ensaio ao grande civilista português Manuel Rodrigues, expõe a avançada doutrina da autonomia da posse e trata da proteção desta não como uma mera forma de tutela indireta da propriedade, mas sim como um imperativo para a defesa do valor econômico que ela representa. De acordo com esta corrente, a posse traduz o valor de uso dos bens, ao passo que a propriedade limita-se ao valor de troca dos mesmos, valor este decorrente do poder de alienação gozado pelo proprietário.

Neste sentido:

Compreende-se, de tal sorte, a tese aqui explanada, de que a posse se liga ao valor de uso das coisas. Como modo de as pessoas actuarem sobre bens e de a si os afectarem para a satisfação de suas necessidades, ela mostra, na sua directa e pura elementaridade, que – como instituto lógico – se distancia da troca das coisas. Tinha razão RAZUMOVSKI, quando no seu livro Problemas da teoria marxista do direito notava que a propriedade exige, além da possibilidade de livre posse, também a possibilidade de alienação¹⁶.

Da mesma forma que a posse consiste na exteriorização da propriedade, posto que reveladora do valor de uso dos bens, a posse das servidões é a exteriorização do direito real sobre coisa alheia, sendo também reveladora do valor econômico de tal direito. Sem dúvida alguma, é o exercício dos poderes inerentes a uma servidão que acresce comodidade e/ou utilidade ao prédio dominante, revelando a clara função social de tal direito e, por conseqüência, a necessidade da existência de uma proteção possessória ao estado de fato.

¹⁶ SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In RODRIGUES, Manuel. *A posse: estudo de direito civil português*. 3. ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. CXV.

Esclareça-se, no entanto, que a posse de uma servidão não afasta a posse exercida pelo proprietário do imóvel serviente sobre a localidade onde existem os sinais aparentes, reveladores do exercício fático do direito real sobre coisa alheia. Também não implica a existência de composses sobre aquela determinada faixa, haja vista que os poderes de fato são exercidos a títulos diferentes: um exteriorizando o direito de propriedade e o outro evidenciando o direito de servidão.

Percebe-se, portanto, existir clara diferença entre tais atos possessórios. E é justamente por tal razão que a posse de servidões recebe a denominação de quase posse, haja vista que evidencia um direito que pode ser exercido sobre imóvel alheio, mas que não traz a posse de parte deste ao possuidor da servidão.

É o que no ensina com propriedade Renan Falcão de Azevedo, *verbis*:

Pois bem. O exercício de uma servidão, iniludivelmente, é ato possessório. Pode-se dizer, portanto, - e com toda segurança - que o dono do prédio dominante tem posse da servidão. Veja-se bem: posse da servidão, não da faixa de terras por onde ela é exercida¹⁷.

Vejamos a lição de Tito Lívio Pontes sobre a aquisição da quase posse:

Quanto às servidões positivas, cujo exercício envolve um fato pessoal e independente, a aquisição da quase posse se realiza do seguinte modo: cumpre que o fato que constitui o objeto do direito se tenha realizado pelo menos uma vez a título de direito¹⁸.

Um pouco adiante, assim prossegue o renomado autor:

Consiste a quase posse das servidões no exercício dos atos físicos pelos quais elas se manifestam, praticados com a intenção de quem usa um direito próprio(...). As servidões descontínuas se exercem por fatos atuais do homem, que suposto se realizam sobre o prédio serviente, guardam o caráter de independência pessoal. A quase posse, pois, de tais servidões se adquire pelos atos de exercício acompanhados da intenção de quem obra por direito próprio e perde-se por todo o fato que torna fisicamente impossível o exercício dos poderes que se contém na servidão¹⁹.

Em coerência à possibilidade de existirem atos possessórios evidenciadores de um direito de servidão, seria impossível ao ordenamento jurídico não estender a

¹⁷ AZEVEDO, Renan Falcão de. *Posse: efeitos e proteção*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, . 149.

¹⁸ PONTES, Tito Lívio. *Da posse*. 2 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1978. p. 177.

¹⁹ Idem, 1978, p. 178.

possibilidade de proteção possessória à chamada quase posse. Esta, como já foi exaustivamente exposto, é exclusiva àquelas servidões aparentes, que são visíveis e podem ser opostas ao dono do prédio serviente independentemente da existência de um título.

Sendo assim, o Código Civil de 1916 estendeu a proteção possessória à quase posse das servidões, mas expressamente dispôs que ela não deveria ser concedida às servidões contínuas não aparentes, nem às descontínuas, salvo quando fossem comprovadas por títulos advindos do proprietário do prédio serviente ou de quem este tivesse adquirido o imóvel.

De fato era este o comando normativo do artigo 509 do antigo codex: *“Art. 509. O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões contínuas não aparentes, nem às descontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve”*.

A interpretação literal deste artigo admitiria a proteção possessória sem a necessidade de título apenas para as servidões contínuas aparentes. Para tanto, seria necessário partir-se do pressuposto de que nas não aparentes não se teria a exteriorização dos poderes inerentes à servidão e de que nas descontínuas a dependência da ação humana faria com que elas fossem confundidas com atos de mera tolerância.

É este o entendimento de San Tiago Dantas que, *data venia*, silencia-se sobre a falha legislativa que mais adiante será demonstrada:

Quanto á defesa possessória, sabe-se que é admissível a posse das servidões. O titular da servidão é um daqueles que têm o exercício pleno ou não dos direitos inerentes ao domínio, ou propriedade. A fórmula do nosso Código Civil, caracterizando o possuidor, aplica-se ao titular de uma servidão e este, por conseguinte, é um possuidor que pode lançar mão dos efeitos possessórios, dos interditos, em especial. Entretanto, só se admite a defesa possessória através dos interditos, para as servidões contínuas e aparentes. Nas servidões não aparentes, porque não se tem, nela, nada que caracterize o exercício de um dos poderes do proprietário; e nas descontínuas, porque a intermitência dos atos não permite que se

caracterize se se trata realmente de um direito ou um ato de mera tolerância, de um ato que o proprietário pode facultar a quem quiser e que, por isso, está dentro de seu direito e não no direito alheio²⁰.

Surge, contudo, o seguinte questionamento: seria absolutamente impossível a tutela possessória de uma servidão de passagem não titulada, por ser ela tradicionalmente classificada como descontínua - vez que dependente de atos humanos - ainda que seja ela aparente por se manifestar materialmente por sinais externos? Indaga-se a respeito da servidão de trânsito por ser ela o exemplo clássico de uma servidão que, não obstante descontínua, pode ser aparente caso exercitada sobre um caminho marcado que deixe bem clara a existência da relação de predialidade.

A controvérsia acerca da possibilidade de proteção possessória às servidões descontínuas aparentes é de grande importância, sobretudo porque motivou uma evolução doutrinária e jurisprudencial que culminou com um novo tratamento dado à matéria pelo atual Código Civil. Para tanto, partiu-se de uma análise sistemática das normas de regência das servidões, concluindo-se que não poderia prevalecer uma interpretação simplória que obstasse a proteção possessória às descontínuas aparentes.

E tal conclusão não poderia ser diferente, posto que, se o ordenamento jurídico (C/C 1916, art.698; CC/ 2002, art. 1379) admite a aquisição pela usucapião de todas as servidões aparentes indistintamente, seria totalmente incoerente reconhecer ao estado fático a possibilidade de se tornar direito, mas não protegê-lo contra eventuais turbações que inviabilizassem o exercício da servidão, que estava consubstanciada no exercício quase-posse.

²⁰ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago, (1911-1964). *Programa de direito civil III: 2.* ed. Direito das coisas, ver. Do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1981, p. 338.

Assim, assegurar a tutela possessória ao proprietário de um prédio que abre através de outro uma estrada bem construída e tornada permanente pela natureza das obras realizadas, tais como pontes, bueiros, pontilhões, aterros e pavimentação, de maneira alguma negaria vigência ao disposto no referido artigo 509 do Código Civil de 1916, mas sim o interpretaria de maneira condizente com o comando normativo do artigo 698 do antigo codex.

Ademais, não prospera o argumento de que, em tais casos, a ação do titular do *jus servitus* não se traduz em atos possessórios. Há que se esclarecer que a intermitência do exercício do direito nas servidões descontínuas em nada impede a configuração da quase posse, haja vista que, na verdade, não faz com que os atos do titular do *jus in re aliena* sejam confundidos com mera tolerância. Isto porque descontínua é classificação decorrente da necessidade de atos humanos para o exercício da servidão, e não um adjetivo que qualifica a posse desta última. Se a servidão, portanto, for descontínua, porém aparente, é ela suscetível de posse, posto que esta não se encontra interrompida nos momentos nos quais o direito não está sendo exercido.

No direito português tal discussão também se encontra presente, como se infere do escólio de Manuel Rodrigues, *in verbis*:

Teoricamente demonstrou-se que a continuidade, elemento essencial da posse, não coincide com o conceito de continuidade nas servidões. Segundo o Código, artigo 522, a posse é contínua sempre que não tenha sido interrompida; mas uma servidão é descontínua quando depende de facto do homem para seu exercício (Código Civil, artigo 2270, § 2º). Quer dizer: a servidão descontínua é susceptível, por sua natureza, de posse.

A segunda razão invocada também não tem mais valor. Nem todos os actos por que tais servidões se exercem são, na verdade, daqueles que devem ser incluídos nos actos de mera tolerância²¹.

O marco teórico para o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial que acabou sendo acolhido pelo atual legislador foi a linha de raciocínio explanada com

²¹ RODRIGUES, Manuel. *A posse: estudo de direito civil português*. 3. ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980, p. 151-152.

inigualável clareza por Mendes Pimentel. O autor problematiza a interpretação literal do artigo 509 do antigo Código Civil da seguinte forma: “*Dever-se-á concluir que a servidão de trânsito não titulada (não documentada) em caso algum gosa de protecção possessória?*” (sic)²².

E logo adiante, após expor que tanto na França quanto na Itália a servidão aparente de passagem está protegida, o mestre expõe qual deve ser a interpretação dada à matéria em nosso Direito:

No nosso Direito, parece-nos, é muito mais fácil defender a protegibilidade possessória da servidão aparente de caminho. Como já notámos, nosso Código só proíbe o usucapião de servidões não aparentes, arts. 697 e 698²³.

Ora, ninguém nega que é aparente a servidão de passagem que se manifesta por obras visíveis e permanentes (excavações, aterros, pontes, macadamisação, etc.). Ninguém, portanto, recusará prescrição aquisitiva à servidão de trânsito assim caracterizada.

Mas, si é elementar que a posse jurídica é a base fundamental da prescrição aquisitiva, sine possessio usucapio contingere no potest, Dig. Lib. Tit. III, fr. 25 – como, então, recusar protecção a um estado de facto, ao qual attribue a lei máxima consequência? Não seria afirmar e negar a um só tempo? Não estaria ahi a mais chocante das contradições?

Si o legislador reconhece á posse trintennaria da servidão a vis aquisitiva, como negar elle a essa posse a protecção pelos interdictos? Não será monstruosidade ter direito á servidão e não ter acção para proteger-lhe a incolumidade? Não contrariará isso o canon fundamental do artigo 75 c.c.? Não repugnará ao conceito legal do instituto possessório, art. 485 c.c.?

Não: não é possível que o código tenha dada a acção de usucapião ao proprietário do prédio dominante que, há trinta annos, mantém caminho vivo no serviente, e ao mesmo tempo lhe tenha recusado a acção de manutenção para repellir a moléstia a esta quase posse trintennaria, (sic).

Mendes Pimentel chegou a concluir que nestes casos a servidão aparente não é descontínua, mas sim, contínua, vez que as obras visíveis e permanentes passam a representar o exercício contínuo do direito:

Quando, portanto, o exercício se compõe de ‘obras visíveis e permanentes’ e de ‘de facto actual do homem’ a servidão tem o carácter de continuidade²⁴.

²² PIMENTEL, Mendes F. Servidão de transito; sua constituição e sua protecção possessória. In *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, fascículos 235 a 240, v. XL. Bello Horizonte, Imprensa Official do Estado de Minas Geraes, (sic), jan./jun de 1923, p. 297.

²³ Idem, p. 201.

²⁴ PIMENTEL, Mendes F. Servidão de transito; sua constituição e sua protecção possessória. In *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, fascículos 235 a 240, v. XL. Bello Horizonte, Imprensa Official do Estado de Minas Geraes, (sic), jan./jun de 1923, p. 304.

Qual então o ‘facto actual do homem’ que caracteriza a servidão descontínua? Evidentemente o que é desacompanhado de obras visíveis e permanentes,; o que, só por si, constitui o exercício da servidão. (sic).

Em síntese, é este o trabalho doutrinário que constituiu o marco teórico da construção jurisprudencial que redundou na edição da súmula 415 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “*Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória*”.

João Manuel de Carvalho Santos trata bem da contradição que existia na antiga legislação e cita com pormenores o entendimento de Mendes Pimentel:

Sobre o que não pode haver dúvida é da exatidão da doutrina sustentada pelo mestre, apoiada em uma lógica impecável e nos dispositivos do próprio Código Civil, ficando demonstrado de modo positivo que o art. 509 não exclui a possibilidade de defesa possessória para as servidões de trânsito, embora não titulada, se para exercê-la, o possuidor do prédio dominante faz no serviente obras visíveis e permanentes, nas quais concretiza o seu direito de passar através do prédio alheio. Até mesmo porque a servidão de trânsito nestas condições está incluída entre aquelas que independem de título, para poder ser protegida, de vez são contínuas e aparentes²⁵.

Vejamos agora o ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa sobre a adoção do entendimento doutrinário pela jurisprudência e pela atual legislação civil:

As servidões não aparentes não permitem usucapião, pois impossibilitam evidenciar o fato da posse. Nesse sentido, a súmula n° 415 do Supremo Tribunal Federal que autoriza o usucapião da servidão de trânsito quando deixar sinais visíveis, como marcas de solo, pontes, aterros, pavimentação etc. Somente não podem ser usucapidas as passagens que não deixam vestígios. Veja que o mais recente Código foi expresso. Examina-se o caso concreto²⁶.

Arnoldo Wald também trata bem da questão, como se nota do trecho adiante,

in verbis:

Tratando-se de servidão aparente, cuja posse pode ser provada, cabe ao seu titular invocar, em seu favor, os interditos possessórios de reintegração, manutenção ou proibitório, sempre que se sentir cerceado no exercício dos seus direitos. Tais remédios não são utilizáveis se a servidão não for aparente, discutindo-se se há ou não posse de servidões aparentes, mas descontínuas. A jurisprudência tem entendido que existe posse de servidão de trânsito, embora descontínua, desde que haja sinais evidentes da sua

²⁵ SANTOS, João Manuel Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. vol.7, p. 194.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 451. (Coleção direito civil; v. 5)

*existência, por exemplo, um portão entre imóveis vizinhos (RT, 152/304; RF, 115/115; Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal)*²⁷.

Quanto às conclusões de Mendes Pimentel, cumpre apenas fazer ressalva quanto à afirmação de que a servidão de passagem passaria a ser contínua quando exercida por caminho marcado, vez que o exercício do direito estaria representado pelas próprias obras e sinais existentes.

Em primeiro lugar, nota-se que tal conclusão extrema é prescindível para fundamentar a proteção possessória das servidões de passagens aparentes, posto que, como demonstrado com o respaldo do mestre Manuel Rodrigues, nada impede a configuração da quase posse das servidões descontínuas, que também podem ser adquiridas por usucapião, desde que visíveis. Em segundo lugar, há que se esclarecer que, sendo a servidão de trânsito, o conteúdo de tal direito, qual seja a passagem por terreno vizinho, obviamente somente pode ser exercido através da ação do seu titular.

O fato é que o conteúdo do direito é o trânsito humano e não a existência de uma estrada que liga os prédios dominante e serviente. A este respeito, Luiz da Cunha Gonçalves nos ensina, com grande clareza, que não se pode confundir o conteúdo do direito com a sua exteriorização por sinais visíveis:

*Todavia, há quem faça distinção entre os casos de existir, ou não, uma estrada ou qualquer outro sinal visível: um portão, uma escada, por onde a servidão de passagem se exerce ou inicia; e dizem que, no primeiro caso, a servidão é contínua. Afirma-se que, no caso de haver uma estrada ou um portão construídos pelo proprietário do prédio dominante, se verificam as mesmas circunstâncias da servidão de vista, isto é, assim como nesta servidão, é preciso que o seu titular, de cada vez, se ponha à janela ou ao mirante e veja, sendo a permanência destas obras o que dá à mesma servidão o caráter de continuidade, do mesmo modo é a estrada que torna contínua a servidão de passagem, importando pouco que o titular desta passe com intermitências; e são manifestamente imperfeitas as disposições das leis que dão a esta servidão o caráter de descontínua. Mas, isto é confundir o caráter da continuidade com o da aparência. A servidão de passagem pode ser aparente, como veremos; mas será sempre descontínua*²⁸.

²⁷ WALD, Arnaldo. *Direito das coisas*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207.

²⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil Português*, 2. ed., atualizada e aumentada e 1. ed. brasileira. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos

Destarte, não obstante a última conclusão de Mendes Pimentel seja sustentável, o que já é-nos suficiente - e condizente com o ordenamento jurídico - é a possibilidade de proteção possessória às servidões descontínuas aparentes, de sorte não ser necessário pretender-se classificar como contínua uma servidão de passagem exercida por sobre um caminho marcado.

Feita esta pequena ressalva, pode-se afirmar que foi a linha de raciocínio acima explanada que provocou a nova regulação dada à questão pelo artigo 1213 do atual Código Civil. Tal dispositivo, ao dispor sobre a extensão dos efeitos da posse às servidões, somente os negou às não aparentes, deixando clara a possibilidade de proteção possessória de todas as servidões aparentes, sejam elas contínuas ou descontínuas.

Vejamos, enfim, a nova redação trazida pelo atual Código Civil: *“Art. 1213. O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve”*.

Por derradeiro, não se pode deixar de consignar a sempre respeitável lição de Darcy Bessone, que acreditava que, na vigência do antigo Código, a servidão descontínua não era passível de proteção possessória e tampouco de aquisição por usucapião.

Ele entendia que a descontinuidade da servidão implicava também a descontinuidade da quase posse, e, por tal razão, defendia que tais servidões não poderiam ser adquiridas por usucapião, não obstante o antigo *codex* só vedasse tal forma de constituição do direito às não aparentes. Com efeito, curiosamente o ilustre mestre afirmava, de forma inversa à doutrina dominante, que era o artigo 698 do

Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Prof. Vicente Ráo. Anotado por José Geraldo Rodrigues de Alckmin. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], v. XI. Tomo II, p. 817-818.

Código Civil de 1916 que deveria ser interpretado sob a influência do artigo 509, que vedava a proteção possessória às descontínuas.

Vejamos suas palavras:

O art. 697 menciona apenas a servidão não aparente. Nada diz sobre a servidão descontínua, a despeito de haver o art. 509 negado proteção possessória tanto a uma quanto à outra, e de ser certo que não teria sentido a posse, como direito, sem a proteção possessória. Note-se que o art. 697 não se refere expressamente ao usucapião, ainda que o exclua, implicitamente, quanto à servidão não aparente. Divergem os civilistas em relação à viabilidade da prescrição aquisitiva ou usucapião da servidão descontínua. Uma corrente entende que se deve distinguir entre a continuidade da posse e a continuidade da servidão. Contínua seria a posse em que, nos momentos próprios, não ininterruptamente, fossem praticados atos caracterizadores dela. Contínua seria a servidão quando, uma vez criadas as condições de fato para a sua viabilização (o aqueduto, por onde corresse a água, por exemplo), não fossem necessários novos atos do homem para que o serviço próprio da servidão (a água correndo dentro do aqueduto, por exemplo) se verificasse. Outra corrente entende que a descontinuidade da servidão acarreta a descontinuidade da posse, pois os atos do homem, necessariamente intervalados no exercício da servidão descontínua (o trânsito, por exemplo), não se realizam ininterruptamente, e seriam também descontínuos no exercício da posse. A segunda corrente parece mais segura, inclusive porque não há regras legais precisando os tempos máximos dos intervalos. Os atos intervalados podem distanciar-se muito uns dos outros no tempo, ocorrendo até com anos de intervalo. Além disso, o art. 509 exclui do campo da proteção possessória as servidões descontínuas. Admitir-se a aquisição do direito real da servidão descontínua por meio de usucapião, que tem como pressuposto a posse, à qual o art. 509 nega proteção, seria, em verdade, inconcebível²⁹.

Não obstante bem fundamentada, não foi esta a conclusão atingida pela doutrina e pela jurisprudência dominante. Como foi explicitado neste capítulo, o entendimento adotado pelo atual Código Civil tendeu para a adequação do antigo artigo 509 ao antigo artigo 698, com se nota dos atuais artigos 1213 e 1.379 que lhes correspondem. Assim, o legislador optou por autorizar a proteção possessória e a aquisição por usucapião das servidões descontínuas, desde que aparentes, ao contrário do que propunha Darcy Bessone.

²⁹ BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 281.

5. DISTINÇÃO ENTRE UM PEDIDO DE TUTELA POSSESSÓRIA A UMA SERVIDÃO DE TRÂNSITO E UM PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PASSAGEM FORÇADA

No capítulo antecedente foi demonstrada a problemática existente na redação do artigo 509 do antigo Código Civil, que trazia dúvidas a respeito da possibilidade de proteção possessória às servidões descontínuas, ainda que aparentes. Como as servidões de passagem exercidas por um caminho marcado são o exemplo clássico de servidões descontínuas aparentes, deu-se notada ênfase ao estudo daquelas, explicitando-se o estudo do mestre Mendes Pimentel e fazendo-se referência à Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que o presente trabalho presta-se a esmiuçar a proteção possessória que é estendida pelo ordenamento jurídico às servidões. Também é certo que a diferença entre estas e as limitações à propriedade decorrentes do direito de vizinhança já foi demonstrada no capítulo II. No entanto, como o caso das servidões de passagem é emblemático para a compreensão do problema central deste estudo, faz-se mister tratar, em capítulo apartado, da distinção entre um pedido de tutela possessória e um pedido de reconhecimento de passagem forçada.

Dada a similitude dos institutos, tal questão torna-se diretamente importante para o estudo da proteção possessória das servidões, sobretudo porque, com acima dito, a protegibilidade das servidões de passagem aparentes é essencial para a compreensão da modificação trazida pelo novo Código Civil. Por outro lado, a existência de decisões judiciais que, *data venia*, equivocadamente negam proteção possessória sob o fundamento da inexistência de encravamento do prédio dominante, apenas confirma a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre este ponto.

A primeira diferença entre a servidão de passagem e o direito de passagem forçada encontra-se na situação dos institutos no ordenamento jurídico. Como exposto no capítulo de intróito, as servidões são direitos reais de uso e fruição sobre coisa alheia, ao passo que a passagem forçada, prevista no artigo 1.285 do atual Código Civil, encontra-se inserida dentre os direitos de vizinhança. Não obstante estes consistam verdadeiras limitações legais ao exercício da propriedade, sendo, por tal razão, impropriamente chamados de servidões legais, não são eles direitos reais sobre coisa alheia.

Distinguem-se, ainda, em função da forma como tais direitos são constituídos. A passagem forçada é imposta por lei, decorrendo, portanto, de um imperativo de interesse público. O direito é consequência da previsão legal, é reconhecido judicialmente e pode ser exercido de forma absolutamente independente da aquiescência da outra parte. Já a servidão de passagem é fruto da vontade das partes, que podem acordar a instituição de tal direito de acordo com os interesses que permeiam a situação dos prédios serviente e dominante.

As servidões de passagem não dependem, portanto, do fundamento instituído pela lei para o reconhecimento do direito de passagem forçada. Não pressupõem o encravamento do prédio dominante, podendo se prestar tão somente ao acréscimo de utilidade ou comodidade a este imóvel. O fundamento da passagem forçada, sim, é o encravamento de um prédio que se tornaria inútil sem acesso à via pública, a uma nascente ou a um porto.

Vejamos a redação do caput do artigo 1.285 do Código Civil, que trata do direito de passagem forçada: *“Art. 1285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal,*

constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”.

Como se vê, é realmente fundamento da passagem forçada o encravamento do prédio daquele que requer judicialmente o reconhecimento de tal direito. Trata-se, claramente, de uma questão de necessidade, de premência, diferentemente do que ocorre no caso das servidões de passagem.

Sobre este tema, vejamos a lição de Sílvio Rodrigues e Arnoldo Wald, *in verbis*:

A passagem forçada é direito de vizinhança, enquanto a servidão de caminho, porventura concedida pelo proprietário do fundo serviente ao dono do prédio dominante, constitui um direito real sobre coisa alheia.

No primeiro caso surge uma limitação ao direito de propriedade, decorrente da lei e imposta no interesse social, para evitar que um prédio fique inexplorado ou sem possibilidade de ser usado, em face de ser impossível o acesso ao mesmo. No outro, na hipótese de servidão, a limitação à plenitude do domínio decorre da vontade das partes, e não da lei, e visa aumentar as comodidades do prédio dominante, em detrimento do serviente³⁰.

Um exemplo ilustrará a diferença. O proprietário do prédio encravado, sem acesso à via pública, pode, em virtude de lei, exigir a passagem pelo terreno alheio. É o direito de passagem forçada, ao qual já aludimos ao estudar os direitos de vizinhança. Emanada da lei, e, sem ele, seria impossível ao proprietário do prédio encravado entrar e sair livremente do seu terreno. Vejamos agora uma situação distinta. Um terreno tem um acesso remoto ou estreito a determinada estrada secundária. O terreno vizinho é, todavia, atravessado por excelente estrada principal, à qual o proprietário do primeiro terreno desejaria ter acesso, pedindo, pois, que lhe seja concedida uma servidão. Depende tal concessão da boa vontade ou do interesse econômico do proprietário do prédio serviente que iria ser atravessado. Não é um direito emanado da lei. Poderá surgir em virtude de contrato que as partes venham a fazer e que, para valer contra terceiros, deverá constar no Registro de Imóveis³¹.

A jurisprudência, no entanto, tem se manifestado de maneira confusa sobre a matéria, ora analisando causa de pedir diversa daquela encaminhada ao juízo, ora utilizando fundamentos errôneos para embasar as decisões. Analisemos, por exemplo, a decisão cuja ementa abaixo se encontra transcrita:

³⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.5, p. 137.

³¹ WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, P. 200.

EMENTA: DIREITO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESTRADA. SERVIDÃO DE PASSAGEM. EXISTÊNCIA DE OUTRA PASSAGEM. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

Somente é protegível por meios de interditos possessórios a servidão de passagem de prédio encravado. Existindo outra estrada pela qual o proprietário do prédio dominante pode transitar, descaracterizado fica o encravamento, não lhe sendo lícito utilizar-se de reintegratória para continuar transitando por esta outra.

Tratando-se de servidão titulada, isto é, aquela que se encontra averbada no Registro Imobiliário, mesmo que não se configurasse a hipótese de encravamento do prédio dominante, o proprietário deste poderá se valer dos interditos possessórios, se o proprietário do prédio serviente lhe tolhesse a passagem. Recurso improvido³².

Em tal caso, com a máxima vênia devida, equivocadamente se negou a proteção possessória sob o fundamento da inexistência de encravamento do prédio dominante. Ora, se o pedido encaminhado ao órgão judicial refere-se a uma reintegração de posse e a causa de pedir que lhe corresponde é a quase posse de uma servidão de passagem aparente, aliada ao esbulho que tolhe o exercício desta última, o provimento jurisdicional jamais poderia embasar-se no pressuposto do direito de passagem forçada. A improcedência do pedido poderia fundamentar-se, sim, na inexistência de posse, por eventualmente a servidão não se manifestar por sinais visíveis, ou na falta de comprovação do esbulho.

Também é inadequada a afirmação de que a proteção somente seria possível caso existisse servidão regularmente registrada em cartório de imóveis. Como já foi explicitado, se é possível a aquisição do direito real mediante a prescrição aquisitiva, seria absolutamente incoerente não se proteger o estado de fato, consubstanciado no exercício da quase posse de uma servidão. Destarte, tratando-se de demanda possessória e, comprovando o autor o exercício permanente de poderes inerentes a uma servidão de trânsito aparente, urge ser afastado qualquer óbice à passagem pelo prédio vizinho até que, através do juízo petitorio, o proprietário deste imóvel demonstre a plenitude de seu domínio.

³² TAMG, Apelação Cível nº 0312181-7, Rel. Juiz Manuel Saramago, publicado no DJ em 08/12/00.

Ademais, há que se relembrar que uma servidão de passagem pode ser instituída para o fim de acrescentar simples utilidade ao prédio dominante, sendo prescindível a necessidade de se transitar pelo prédio serviente para alcançar uma via pública. Com efeito, o artigo 1.378 do atual Código Civil estabelece com clareza que *“A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante (...)”*, o que quer dizer que o direito de se passar pelo imóvel vizinho pode ser convencionado desde que seja conveniente ao proprietário do prédio dominante, ainda que este não tenha de necessariamente passar pelo fundo serviente para atingir um logradouro público.

É fato incontestável, no entanto, que a equivocada conclusão de que a servidão de passagem depende do encravamento do prédio dominante deve-se, em muito, ao tratamento confuso dado aos institutos pelo antigo Código Civil. Vejamos, primeiramente, o artigo 562 do antigo *codex*: *“Art. 562. Não constituem servidão as passagens e atravessadoiros particulares, por propriedades também particulares, que se não dirigem a fontes, pontes, ou lugares públicos, privados de outra serventia”*.

O supracitado dispositivo legal, não obstante estivesse inserido na seção que tratava dos direitos de vizinhança e regulamentasse, na verdade, o direito da passagem forçada, referia-se inadequadamente ao direito real sobre coisa alheia. De fato, dizia que *“Não constituem servidão (...)”*, ao passo que deveria consignar que não constituem passagens forçadas os caminhos que não se dirigem a fontes, pontes ou logradouros públicos.

A impropriedade do comando legal era mesmo gritante, vez que nada impede a constituição de uma servidão de trânsito que se destine a uma outra localidade diversa de uma fonte, ponte ou a uma via pública. Tendo em vista que a servidão pode se constituir para trazer qualquer tipo de comodidade ou utilidade, é

perfeitamente possível instituir-se uma passagem que leve a um terceiro prédio, também de propriedade do proprietário do prédio dominante, por exemplo.

Estando certo que o legislador de 1916 queria referir-se às passagens forçadas, mas atento para o fato de que estas últimas somente são destinadas justamente para a fixação de uma saída para os imóveis encravados, o atual Código Civil não trouxe qualquer disposição corresponde ao artigo 562 do antigo Código, que obviamente não possuía nenhuma importância normativa.

Passemos, agora, à análise do inciso II do art. 709 do Código Civil de 1916, que previa como causa para o cancelamento do registro da servidão de passagem a abertura de uma estrada que desse ao prédio dominante acesso à via pública. Vejamos a redação de tal dispositivo legal:

Art. 709. O dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento da transcrição, embora o dono do prédio dominante lho impugne:

I – quando o titular houver renunciado a sua servidão;

II – quando a servidão for de passagem, que tenha cessado pela abertura de estrada pública, acessível ao prédio dominante;

III – quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão. (Grifo nosso)

Uma interpretação superficial poderia levar à equivocada conclusão de que, se a servidão de passagem pode ser cancelada após o desencravamento do prédio dominante, seria pressuposto para sua constituição a inexistência de saída para a via pública. Contudo, a doutrina, ainda na vigência do Código anterior, já interpretava com ressalvas o supracitado comando normativo, esclarecendo que a verdadeira causa extintiva da servidão é a cessação do motivo que determinou sua instituição.

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento ensina que o inciso II do artigo 709 somente incidiria no caso específico de o encravamento do prédio ser o fato

motivador da vontade das partes que instituíram a servidão de trânsito. Vejamos a seguinte lição, *verbis*:

Um exemplo pode retratar a situação. A., com base no artigo 275, II, do Código de Processo Civil, ajuíza procedimento sumaríssimo contra B., a fim de que o Juiz, fixando o rumo, lhe permita a passagem pelo prédio deste visto que o seu está encravado. De conformidade com o artigo 278, § 1º, do mesmo diploma processual, o Juiz oportunizará às partes se conciliarem. Feito o acordo, tomado o mesmo por termo, pode dali surgir a passagem por ato jurídico em que as partes manifestam seu consentimento. Inobstante a base do acordo seja o encravamento, na realidade se configura, na hipótese, uma servidão porque se embasou em convenção bilateral. Neste caso, se posteriormente o prédio dominante se desencravar, incidirá o artigo 709, II, do Código Civil. Em outras situações, em que o motivo do jus in re aliena não foi o encravamento, sim simples comodidade, não se aplica a causa extintiva acima referida.

Feita esta observação, que compatibiliza o artigo 709, II, do Código Civil, com a disciplina das servidões, pode se reafirmar que se diferenciam servidão de passagem e passagem forçada pelo ato gerador. Na primeira, há autonomia da vontade; na segunda, é imposição da lei³³.

Atento a tal recomendação doutrinária, o artigo 1.388 do atual Código, ao tratar exatamente das hipóteses de cancelamento do registro das servidões, assim dispõe:

Art. 1.388. O dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento do registro, embora o dono do prédio dominante lho impugne:

I – quando o titular houver renunciado a sua servidão;

II – quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão.

III – quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão. (Grifo nosso)

Percebe-se que, em seu inciso II, o supracitado artigo não se refere de maneira específica às servidões de passagem, mas sim estabelece, genericamente, como causa de cancelamento do registro, a cessação da comodidade ou da utilidade à qual a servidão destinava-se.

Vejamos o comentário de Silvio de Salvo Venosa sobre o novo tratamento dado à questão pelo atual Código Civil, *in verbis*:

“O inciso II do art. 709 do Código de 1916 referia-se à abertura de estrada para via pública, na hipótese de servidão de passagem. A situação é de extinção de passagem forçada e como tal deveria ser tratada e colocada na

³³ NASCIMENTO, Tupinambá M. C. I. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 66-67.

lei. Sob o prisma de servidão de trânsito, há de ser verificado se de fato ela existe ou se há direito de passagem forçada. Se o prédio não era propriamente encravado, mas a passagem servia para aumentar a utilidade do prédio, a abertura de acesso à via pública por si só não permite extinguir a servidão. A disposição servia, contudo, para provar a inexistência de servidão quando um prédio deixa de ser encravado.

Sobre esse aspecto, o inciso II do art. 1.388 do presente Código é mais genérico, pois a situação deve aplicar-se a qualquer servidão. Assim, tem o dono do prédio serviente direito ao cancelamento 'quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão'. Desse modo, não somente a servidão de passagem pode ser cancelada quando perde sua razão de ser, mas também, por exemplo, a servidão de colher água, se no prédio dominante surgiu uma nascente³⁴.

Diante do exposto neste capítulo, conclui-se que o novo Código Civil contribuiu para afastar qualquer tipo de confusão entre a passagem forçada e a servidão de passagem, deixando clara a desnecessidade de encravamento do prédio dominante para o deferimento de uma tutela possessória.

6. CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento do presente estudo, a principal conclusão alcançada é a possibilidade de proteção possessória de todas as servidões aparentes, sejam

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 453. (Coleção direito civil; v. 5)

elas contínuas ou descontínuas. Tal afirmação é uma consequência lógica da suscetibilidade à posse e à usucapião de todas as servidões manifestadas por sinais visíveis.

Tratando-se de juízo possessório conclui-se, ainda, pela possibilidade de proteção possessória das servidões aparentes ainda que não registradas, vez que a causa de pedir é o exercício de poderes inerentes à servidão, e não a existência do direito real sobre coisa alheia devidamente registrado no cartório de imóveis. O que se busca, na verdade, é a manutenção do estado de fato, que deve ser efetivamente protegido até eventual discussão no juízo petitorio.

Mais especificamente, ressalta-se a proteção possessória das servidões de passagem consideradas aparentes pela natureza das obras realizadas no caminho pelo qual são exercitadas, ainda que não sejam elas tituladas. Trata-se do exemplo clássico de servidões descontínuas aparentes, cujo análise deu origem ao entendimento jurisprudencial consubstanciado na súmula 415 do Supremo Tribunal Federal.

Como o estudo da extensão dos efeitos da posse às servidões passa necessariamente pela análise acurada do caso das servidões de passagem aparentes, foi imprescindível salientar a distinção destas para com o direito de passagem forçada, o que permite concluir pela desnecessidade de encravamento do prédio dominante para o deferimento da tutela possessória.

É importante consignar que o presente trabalho teve a modesta pretensão de explicitar as razões de algumas modificações implementadas pelo presente Código ao tratamento das servidões.

A começar pela supressão do adjetivo “predial” ao substantivo “servidão”, em função da impropriedade de se designar os direitos de uso, usufruto e habitação

como “servidões pessoais”. Em seguida, a nova normatização trazida pelo artigo 1213 do atual Código, que deixou clara a possibilidade de proteção possessória de todas as servidões aparentes, sejam elas contínuas ou descontínuas. Por derradeiro, a supressão do comando normativo inserto no artigo 562 do antigo Código e o novo texto legal trazido pelo inciso II do artigo 1.388 do atual Código, que desfizeram qualquer dúvida acerca da distinção entre a servidão de passagem e o direito de passagem forçada.

Por fim, é válido salientar que, para o manejo das ações possessórias destinadas à tutela da quase posse das servidões, devem ser observadas todas as prescrições processuais previstas nos artigos 920 a 933 do Código de Processo Civil. Isto acarreta a aplicabilidade do princípio da fungibilidade das ações possessórias (art. 920, *CPC*), a possibilidade de cumulação de pedido de perdas e danos, de imposição de multa cominatória e de demolição (art. 921, *CPC*), além da observância do procedimento especial previsto para as ações intentadas dentro de ano e dia da data da turbação e esbulho, hipótese na qual é possível o deferimento liminar da medida sem a oitiva da parte requerida (arts. 924 e 928, *CPC*).

Quanto ao último ponto, não se pode deixar de cogitar a aplicabilidade da tutela antecipada nas ações possessórias (art. 273, *CPC*), o que decerto permite a concessão de uma medida liminar inclusive nos casos em que a ação é ajuizada após um ano e um dia da data da ocorrência do esbulho e da turbação, hipótese para a qual se prevê a observância do rito ordinário (art. 924, *CPC*).

Estas últimas observações certamente não dizem respeito exclusivamente às servidões, mas, como o presente trabalho presta-se a analisar a proteção possessória de tal direito real sobre coisa alheia, torna-se imprescindível enfatizar a aplicabilidade dos aspectos gerais do juízo possessório à tutela da quase posse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Renan Falcão de. *Posse: efeitos e proteção*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado II: Derechos de la personalidad, Derecho de familia – Derecho reales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1967.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago, (1911-1964). *Programa de direito civil III: 2. ed. Direito das coisas, ver. Do texto e anotações de José Gomes de Bezerra Câmara. Atualização de Laerson Mauro. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1981.*

GOMES, Orlando, (1909-1988). *Direitos reais*. 19. ed., atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil Português, 2. ed., atualizada e aumentada e 1. ed. brasileira. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Prof. Vicente Ráo. Anotado por José Geraldo Rodrigues de Alckmin. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], v. XI. Tomo II.*

MIRANDA, Pontes de, (1892-1979). *Tratado de direito privado*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. I. *Direito real de servidão*. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

PIMENTEL, Mendes F. Servidão de transito; sua constituição e sua protecção possessória. In *Revista Forense: doutrina, legislação e jurisprudência*, fascículos 235 a 240, v. XL. Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, (sic), jan./jun de 1923

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. *Padrão Puc.Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias*. Disponível em: www.pucminas.br. (Acessado em: 8/10/2005)

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.5.

SANTOS, João Manuel Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

SANTOS, João Manuel de Carvalho, (1893-1956). *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático de João Manuel de Carvalho Santos*. 15. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. IX.

SOARES, Fernando Luso. Ensaio sobre a posse como fenômeno social e instituição jurídica. In RODRIGUES, Manuel. *A posse: estudo de direito civil português*. 3. ed. revista, anotada e prefaciada por Fernando Luso Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004. (Coleção direito civil; v. 5)

WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.