

SERVIDÕES PREDIAIS

DR. GONDIM FILHO

Há no Código Civil um capítulo que inconvenientemente se intitula : **Das servidões prediais**.

E o art. 695, que é o primeiro do capítulo, dá-nos de tais servidões, sem diretamente definí-las, a seguinte descrição :

“Impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro pertencente a dono diverso. Por ela perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dêle se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante”.

Para que dizer servidão predial ? Melhor fôra, a exemplo de Coelho da Rocha, Instituições de direito civil, vol. 2.º, § 587, de Lafayette, Direito das cousas, vol. 1.º, § 114, e do próprio Código, no art. 674, falar somente em servidão, omitindo o qualificativo **predial** que evoca a errônea designação do usufruto, do uso e da habitação como servidões pessoais.

Assim é que o dr. Clovis Bevilacqua, comentando o citado art. 695, diz que a servidão é uma restrição à faculdade de uso e gozo do proprietário; se a restrição recai sobre um prédio para favorecer um outro, a servidão é **predial**, si se destina a proporcionar vantagens a alguém, denomina-se **pessoal**. E acrescenta na primeira observa-

ção ao art. 713: "O usufruto, o uso e a habitação são as servidões pessoais, que o código civil regula".

Mas o Código, que separada e nomeadamente dispõe sobre o usufruto, o uso e a habitação, não lhes chamou em parte alguma servidões pessoais. Realmente nada aconselhava a vigorizar em nosso direito uma designação inútil e, sobre inútil, defeituosa.

Trata-se bem o sei, de uma classificação tradicional, fundada em textos do **Corpus juris**, acolhida pelos antigos escritores e ainda divulgada entre os modernos, mas, apesar de tudo, viciosa, como adiante se verá.

O dr. Lacerda de Almeida, que no seu **Direito das cousas** muito discrepa de Lafayette, adota a classificação tradicional das servidões em prediais e pessoais, não se limitando, como outros, a simplesmente indicá-la.

No vol. 1.º do referido tratado, pag. 337, procura o dr. Lacerda justificar a mesma classificação com a irrelevante consideração de ordem histórica, que Elvers lhe sugeriu, de que "tanta analogia houve a princípio entre o usufruto e várias servidões reais quando o objeto destas compreendia mais de um direito, que distinguí-las não houve senão pela vitaliciedade de umas e perpetuidade de outras." E assim termina a nota 4:

"Que a inclusão do usufruto, uso e habitação entre as servidões não colide com as idéias correntes na doutrina moderna pode-se verificar do Código Alemão, que considera-os tais, (Liv. III, tít. V, sec. II) e seus Comentadores, **Cosack Lehrb.** II, § 216 e até dos escritores de Direito Francês e Italiano, **Demalombe, Distinet. des Biens** — II, n. 211 e **Chironi, Istitut.** § 162".

Queiro por enquanto silenciar sobre o elemento histórico para logo observar que as idéias correntes, a que se refere nosso conceituado jurista, são a continuação de inveterado erro, a confusão que ainda se encontra no invocado Código e nos mencionados escritores, especialmente em Dermolombe.

O Código Napoleão não fala nem em servidões prediais, nem em servidões pessoais. Diz-se que evitou esta última expressão para não ferir a susceptibilidade da gente inculta que, desconhecendo a significação jurídica de servidão pessoal, poderia imaginá-la recordação do feudalismo.

Assim, por mera preocupação política, que hoje se afigura um tanto frívola, chegaram os redatores do Código Napoleão a uma solução exata, distinguindo especificamente as servidões, o usufruto, o uso e a habitação. Depois vieram os expositores e, com êles, desde os mais distantes até aos mais recentes, reviveu na doutrina francesa a classificação de servidões prediais e servidões pessoais.

Demolombe mesmo, um dos melhores civilistas da França, no período florente e não remoto que passou, apresenta ainda a seguinte classificação, no lugar acima indicado :

1.º — Servidão de pessoa à pessoa, que é a escravidão.

2.º — Servidão de coisa à coisa, que é predial.

3.º — Servidão de coisa à pessoa que é a pessoal ou mista, que compreende o usufruto, o uso e a habitação, e servidão de pessoa à coisa, instituição feudal atualmente proibida.

É a fiel reprodução da classificação de **Accursius** que vejo exposta nos **Commentarii de jure civile** de **Donellus**, vol. 5.º, págs. 240 e 241 da edição de Bucher, e asperamente criticada pela desarrazoada inclusão da escravidão, coisa de outro gênero, na **vitiosa et fugienda divisio**.

Refiro-me particularmente a Demolombe porque é o mais notável dos escritores invocados pelo dr. Lacerda de Almeida.

O outro Cosack, mais conhecida como comercialista, está com o Código Civil de sua pátria, imperfeito neste ponto.

Quanto aos italianos, entre os quais já se encontram alguns mais esclarecidos, direi pouco depois.

É entretanto bem de ver que questão desta natureza não se decide com o exemplo de um código e o ditado de escritores.

Tentarei, por isso, com os princípios e o confronto dos institutos, demonstrar que o usufruto não é absolutamente servidão, e a conclusão a que chegar se estenderá naturalmente ao uso e à habitação, que são da mesma espécie.

Servidão é o onus real que grava um prédio, o serviente, em benefício de outro, o dominante, pertencente a dono diverso.

A êste onus que grava o prédio serviente corresponde naturalmente um direito real acessório do prédio dominante, e a que também, se dá a mesma denominação de servidão.

Os contrapostos sentidos de um termo ocorrem igualmente no usufruto e em todos os outros direitos reais na coisa alheia, e até na obrigação, que ora indica o próprio crédito, ora o encargo do devedor.

O objeto da servidão é invariavelmente um imóvel e ela, como onus ou direito, participa necessariamente de sua natureza.

O usufruto, porém, pode recair sobre bens moveis ou imóveis, e será considerado movel ou imóvel, conforme o objeto que tiver.

Eis aí já uma grande diferença, que se baseia em princípio elementar, consignado nos arts. 44 e 48 do Código Civil.

Outra diferença, não menos importante, é que na servidão o prédio serviente fica em poder de seu proprietário, enquanto que, tratando-se de usufruto, o prédio sobre o qual êste recái passa para a posse direta do usufrutuário.

A servidão é permanente, mas o usufruto é sempre

temporário e, no máximo, terá a duração da vida do usufrutuário conforme o art. 739 do nosso Código, o direito romano e as legislações estrangeiras.

O usufruto não é, pois, um direito que, incorporado no patrimônio do usufrutuário, se transmite a seus herdeiros.

Quando, porém, falece o proprietário do prédio dominante, a servidão, como acessório, passa com êste aos herdeiros.

No usufruto que fosse estabelecido com a cláusula de passar a alguma pessoa, depois de certo tempo, ou por morte do usufrutuário, não haveria continuação do mesmo usufruto, mas a constituição de outro que começaria no fim do primeiro.

Seriam usufrutos distintos, como o reconhecem Mourlon, Repetições sobre o Código Civil, vol. 1.º, n. 1.619; Aubry et Rau, Curso de direito civil francês, vol. 2.º, § 228, nota 1; Demolombe, Curso de Código Napoleão, vol. 10.º, n. 201; Laurent, Princípios de direito civil, vol. 7.º, n. 51; Glueck, Comentário das Pandectas, vol. 9.º, pág. 314 e Waechter, Pandectas, vol. 2.º, § 153.

Esta hipótese, que em teoria se explica, é perfeitamente aceitável em nosso direito positivo.

Só no caso especial do seguinte art. 740, não termina o usufruto com a morte do usufrutuário.

"Constituído o usufruto em favor de dois ou mais indivíduos, extinguir-se-á parte a parte em relação a cada um dos que falecerem, salvo se por estipulação expressa, o quinhão dêsses couber aos sobreviventes."

Mas prosseguindo no confronto, a servidão é indivisível, como sempre se entendeu e o declara o art. 707 do Código Civil, ao passo que o usufruto é incontestavelmente divisível, o que é também confirmado pelo transcrito art. 740 e 1.716 que cogita do direito de crescer entre legatários de usufruto conjuntamente nomeados.

Sôbre os efeitos da indivisibilidade das servidões : Lafayette, cit. Direito das cousas, vol. 1.º, § 117 e Vangerow, Pandectas, vol. 1.º, § 340, nota 2.

Sôbre a divisibilidade do usufruto e sua analogia com a do domínio : Gustav Ruemelin, A divisão dos direitos, § 16; Scheurl, Divisibilidade de direitos, pág. 44; e Schoenemann, Servidões, § 22.

Com preterição de outras diferenças que poderia alegar, mencionarei ainda uma de relevante significação. Originariamente só os imóveis e as cousas moveis inconsuáveis eram objeto de usufruto.

O usufrutuário recebia tais bens e tinha, como hoje, também tem, um direito real em cousas alheias, que deviam ser restituídas ao dono depois de findo o usufrutuário. Daí decorria necessariamente para o usufrutuário a obrigação de conservá-las, de não as transformar, deteriorar ou destruir, como claramente se deduz da L. 1, D. 7, 1; **Usufructus est alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia**.

Mas o instituído evoluiu. Por um senatus-consulta, de data e nome ignorados, foi ampliado o usufruto a todas as cousas do patrimônio e, conseqüentemente às consuáveis, conforme a informação de **Ulpianus** na L. 1 D. 7, 5.

Modificação de alguma semelhança ocorreu também no contrato de penhor, que tendo a princípio por objeto cousas corpóreas ou materiais, foi depois extendido às incorpóreas, isto é, aos direitos, inclusive o próprio direito de penhor, do que resulta o **subpignus** e a obrigação, no **pignus nominis**. Veja-se Windscheid, Tratado das Pandectas, vol. 1.º, § 139 e, quanto ao direito moderno, Loynes, no vol. 24, n. 34, do Tratado do direito civil de Baudry-Lacantinerie.

No usufruto de cousas consumíveis, em que era inexequível o dever de conservá-las, passavam elas a pertencer ao usufrutuário ficando êste obrigado a entregar,

findo seu direito, a mesma quantidade de cousas de igual gênero e qualidade, o que ainda está de acôrdo com as legislações atuais.

Digo usufruto de cousas consumiveis, empregando o termo de **Ulpianus**, de **Paulos**, de **Julianus** e de **Papinianus**, proeminentes representantes da jurisprudência clássica e repetindo a expressão do art. 726 do Código Civil: "As cousas que se consomem pelo uso, cáem para logo no domínio do usufrutuário, ficando, porém, êste obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero, qualidade e quantidade ou, não sendo possível, o seu valor, pelo preço corrente ao tempo da restituição".

Mas o conhecido **Galus**, clássico também e que não tinha o **jus respondendi** talvez pelo só motivo de ser jurista provinciano, entendeu que o caso não era de usufruto, senão que de quasi-usufruto, conforme a L. 2 do cit. título do Digesto, extraída de seus comentários **ad edictum provinciale**.

Tenho lembrança de ter lido em algum livro que, onde falte a idéia, mete-se uma palavra.

É o que sucede com o importuno **quasi** que se nos depara em quasi-contrato, quasi-delito, quasi-posse, quasi-usufruto e em muitas outras denominações.

O **quasi** quer dizer que o fato não é mas produz efeito como se fosse contrato, delito, posse e usufruto.

A idéia, ou noção exata de que é fica assim no vago, sem determinação. A doutrina de **Galus** foi entretanto perfilhada pelas Institutas de Justiniano, no L. 2.º, T. 4.º, § 2.º, onde se insiste em que, sendo impossível o usufruto sôbre cousas consumiveis, a sua aplicação a semelhantes cousas constitue um quasi-usufruto.

Influidos por êstes exemplos, distinguem os antigos e os modernos escritores, romanistas e civilistas, o usufruto e o quasi-usufruto que também denominam usufruto impróprio.

Nosso Código Civil, como já vimos, não fez tal dis-

tição que, mesmo sob o ponto de vista teórico, não me parece razoável.

Penso que o característico do usufruto não pode ser buscado nas qualidades naturais das cousas.

Ele é o direito à fruição de um valor alheio que pode ser representada por outras de qualquer natureza e até pela obrigação, ativa ou passivamente considerada, como crédito ou como débito.

O usufruto deve ser encarado pelo seu fim econômico.

Tratando-se de cousas consumíveis elas passam imediatamente a pertencer ao usufrutuário, mas, simultaneamente e em subrogação, surge um débito em seu patrimônio em benefício do ex-proprietário, convertido em credor.

O usufrutuário de cousas consumíveis é **debiter generis**.

Mas, em completa divergência, escreve o dr. Clovis Bevilacqua, na observação 1 ao art. 727: "No usufruto impróprio, o domínio do usufrutuário é resolúvel, e o proprietário tem, apenas, um direito pessoal de lhe exigir, a restituição do bem, quando se extinguir o usufruto. Não há, nesta espécie a dualidade simultânea de sujeitos de direito, o usufrutuário e o proprietário. Há um só sujeito, que é o usufrutuário, com direitos de dono".

Nunca tive notícia deste singularíssimo domínio resolúvel do usufrutuário. Com esquecimento tão profundo de noções fundamentais, tal confusão e igual processo, se admitirá, paralelamente, um domínio resolúvel do mutuário que, adquirindo a propriedade das cousas mutuadas, tem também de entregar, no vencimento do contrato, outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Saltando ruas graves contradições que o pequeno trecho encerra, quero apenas advertir em conclusão, que é inconcebível um usufruto sem outro direito, com o único direito do usufrutuário, ou, como disse o dr. Clovis, com um só sujeito de direito.

O usufruto qualquer que seja o seu objeto, constitue sempre restrições de direito alheio, havendo por consequência dois direitos, e correspondentemente dois sujeitos.

O chamado quasi-usufruto ou usufruto imperfeito já representa considerável progresso, mas o ponto culminante da evolução só foi atingido com o usufruto das obrigações, que pode recair sobre o débito do próprio usufrutuário, que neste caso não pagará juros, ou sobre a dívida de um terceiro, de quem juros receberá.

Elvers mesmo, convicto defensor das servidões pessoais, declara, na pág. 597 da Teoria romana das servidões, que é palpável quanto no usufruto da obrigação o conceito de usufruto foi além de seus originários limites, por não existir no caso um direito real, nem ser necessária, devemos acrescentar, a transferência de cousas.

Esta divergência e as demais anteriormente particularizadas, demonstram com clareza que o usufruto é instituto diverso, não classificável como servidão.

Quando estabelecido sobre um prédio é onus real que grava o imóvel, como também o é a servidão, a enfiteuse, a renda e outros direitos enumerados no art. 674 do Código Civil.

A renda consistente em prestações periódicas em benefício de uma ou mais pessoas, é obrigacional, mas constitue onus real quando vinculada a um imóvel, nos termos do art. 1.431.

Pelo seu fim e temporalidade assemelha-se ao usufruto, e pela garantia imobiliária ao crédito hipotecário.

Contra os argumentos que venho desenvolvendo não prevalece o exemplo do Código alemão e a autoridade de escritores, invocados pelo conceituado dr. Lacerda de Almeida.

O citado Cosack, bem como outros juristas de maior renome, dentre os quais indicarei Crome, Endemann e Wolff, reproduzem a classificação do referido Código ale-

mão, mas um deles, Dernburg, que a todos sobreleva, opõe objeções e observa no val. 3.º, § 160 do Direito Civil, seu último tratado, que o usufruto tem apenas de comum com as servidões "o ser direito de natureza real com a utilização das qualidades físicas de uma coisa".

Os franceses, como acima foi exposto, professam também a rotineira classificação, que não tem nenhum fundamento no código Napoleão. Informa todavia Planiol no vol. 1.º, n.º 2.746 de seu vulgarizado Tratado elementar de Direito Civil, que se nota no uso mais recente uma tendência "a reservar o nome de servidões para as servidões propriamente ditas".

O Código Civil italiano não fala absolutamente em servidões pessoais, mas também tem, como o nosso, um capítulo que se intitula: Das servidões prediais.

Contagiados pelo exemplo dos escritores franceses, e induzidos por êste título pleonástico e inconveniente, trasladaram os italianos para o novo direito a errônea divisão de servidões prediais e servidões pessoais, ainda aceita por Chironi, Gianturno, Mazzoni, Ricci, Simoncelli e outros.

Mas desde a última década do século "passado, tem-se operado na literatura italiana intensa reação contra a mesma divisão, resultante de forçada generalização que na opinião de Venezian, e no dizer de Ferrini, vem "intorbidare la nazione di servitù e di oscurarne le vere caratteristiche".

Entre os que abandonando a rotina, seguem a verdadeira teoria que também aqui procuro sustentar, devem com distinção ser nomeados Venezian, Ferrini, Brugi e Ruggiero.

A consideração de ordem histórica, a que se referiu o ilustrado dr. Lacerda de Almeida, acostado a Elvers, é de todo o ponto irrelevante.

Realmente, não nos interessa se a princípio a analogia entre o usufruto e as servidões era tão grande que só

se distinguíam pela duração, êle vitalício, e elas perpetuas.

Demais, Elvers, cujo pensamento não foi integralmente reproduzido, envereda, no § 3.º de seu citado livro, pelo terreno das hipóteses, onde cada um pode dar largas à sua fantasia.

E o usufruto é mesmo de origem romana?

Um erudito escritor, **Moritz Voigt**, já afirmou e ainda afirma no vol. 1.º, pág. 445, da sua História do direito romano, que o usufruto foi recebido do direito helenico no último quartel do século sexto, da fundação de Roma.

Declino de pronunciar-me a tal respeito, pois que apenas sei, por ter lido no vol. 1.º, pág. 174, da História do Direito Ateniense, de Beauchet, que o pai de Demostenes constituiu, por testamento, usufruto em favor de um amigo, sobre bens do celebrado orador, até que êste atingisse a maioridade, antes portanto da época a que se faz remontar o usufruto em Roma.

Comp. Karlowa, História do Direito Romano, vol. 2.º, § 49.

O que nos interessa não é a feição indefinida que se atribuiu ao usufruto, em seu princípio, mas os característicos atuais, que ainda representam a culminancia evolutiva do instituto no direito romano.

É assim deveras extranhavel que na codificação de Justiniano se qualifique algumas vezes de servidão o usufruto, falseando dêste modo a verdadeira noção de servidão.

Para exemplo indicarei a L. 1, D. 8, 1, que é a mais completa: **Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.**

E embora as concepções científicas não estejam subordinadas à autoridade legislativa, certo é que a classifi-

cação de servidões pessoais e servidões prediais passou para os tratados e compêndios de direito romano, e daí para alguns códigos modernos, como o austríaco e o suíço, além do alemão.

Com o amparo do **Corpus juris** e o escudo da tradição, ela penetrou mesmo, como já vimos, na literatura civilista de países que lhe não deram guarida na legislação.

Resgatando porém a falta de seus antecessores, têm os romanistas, com as últimas perquisições, estudo minucioso e comparativo dos textos, chegado à conclusão que a noção de servidão pessoal era completamente estranha ao direito clássico, isto é, ao direito do tempo em que viviam os juristas cujos escritos foram recopilados no Digesto.

A propósito escreve Ferrini no Tratado das servidões legais, vol. 1.º, n.º 12, tiragem de 1923: "Já expus a idéia, que os textos, em que se fala de **servitutes personales** em oposição às **servitutes praediorum**, fossem alterados, de modo que não teremos neles uma doutrina dos juriconsultos romanos, mas uma infeliz generalização escolástica dos bizantinos. Recentemente a questão foi submetida pelo dr. Carlo Longo a um profundo e completo exame, o qual produziu resultados que confirmam plenamente esta tése".

Ferrini entra logo depois na análise de numerosos fragmentos, justificando suas asserções, corroboradas em Perozzi, Instituições de direito romano, vol. 1.º, pág. 793, da edição de 1928, e em Arrangio-Ruiz, que na pág. 273 das Instituições, edição de 1927, assim também se manifesta: "Um dos nossos mais insignes civilistas, Venezian, observou que a larga acepção da palavra servidão reúne institutos diversísimos tanto na estrutura econômica como na regulamentação jurídica; e sucessivamente Longo demonstrou que esta terminologia cientificamente viciosa não é dos juristas romanos, mas dos justinianeos".

Sohm, que em seu tão reeditado compêndio adotou a classificação de Justiniano, sem contra ela nada ponderar

pelo menos até 1908, reconhece na 16.^a edição de 1919, pág. 438, nota 1, embora conserve a mesma classificação, que para os juristas clássicos só eram servidões as fundiárias ou prediais.

Se assim é, como parece, estavam êles com a verdadeira doutrina, porque, qualificar de servidões todos os direitos de utilização de coisa alheia, importa retirar da palavra servidão seu valor técnico, desde que deixa de indicar uma classe especial dos mesmos direitos, sendo isto, além do mais, contrário a alguns textos, nos quais há referência ao usufruto como diverso da servidão.

Na L. 86, § 4, D. 30, chama-se também servidão à superfície, que éo direito real alienável e transmissível por sucessão, de ter por longo tempo, ou perpetuamente, edifício em solo alheio. Vejam-se Girard, Manual de direito romano, 5.^a edição, pág. 364 e Czyhlarz, Instituições, § 67.

Segundo o pensamento geral, ela se distingue da servidão; daí o suspeitarem alguns que houve no caso alteração ou interpolação.

A superfície é, pela semelhança, uma como que irmã gêmea da enfiteuse, e não sei porque não deram igualmente a esta a qualificação de servidão. Mas à enfiteuse e à superfície estava conjuntamente reservada uma qualidade superior, a de domínio útil, invenção medieval que, vindo dos glossadores, ainda figura em grande parte da literatura, e foi acolhida em nosso Código Civil, apesar de constituir completa anomalia, como demonstrarei em meu escrito: *Enfiteuse e resgate*.

E termino reafirmando que servidão predial é expressão inconveniente porque desperta a errônea idéia de servidão pessoal, e é também pleonástica porque, recaindo a servidão unicamente sobre prédio, o qualificativo predial é excrescência.

Dizendo-se simplesmente servidão, tem-se dito, com acêrto e concisão, tudo o que é preciso.