

# SERVIDÃO LEGAL DE PASSAGEM E DIREITO DE PREFERÊNCIA

*Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro*

## I — ENCRAVES E SERVIDÕES LEGAIS; EVOLUÇÃO GERAL E DIREITO COMPARADO

### § 1.º *O Direito Romano e o Direito Intermédio*

I. As servidões prediais surgiram no antigo Direito Romano como modo de regular, em termos estáveis e previsíveis, as relações de vizinhança <sup>(1)</sup>. Sujeitas a um princípio estrito de tipicidade <sup>(2)</sup>, elas podiam concretizar-se, apenas, nalguns dos conhecidos quatro figurinos clássicos: *iter, actus, via e aquaeductus* <sup>(3)</sup>.

O trabalho criativo dos jurisperitos e as necessidades crescentes da vida económica em evolução permitiram um desenvolvimento da figura, que desabrochou em numerosos outros tipos de servidão. No período de JUSTINIANO, a evolução foi coroada

---

<sup>(1)</sup> A doutrina romanista está dividida quanto à precisa origem das servidões; cf. PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 3.º vol., *Diritti reali* (1972, reimpr.), 59 ss., para uma análise de várias opiniões. Na nossa literatura jurídica, tem ainda interesse referir ANTÓNIO DE MEYRELLES BARRIGA, *As servidões prediais no Direito peninsular e português* (1934), 33 ss.

<sup>(2)</sup> Esta afirmação deve ser entendida em termos actualistas.

<sup>(3)</sup> ALFREDO BURDESE, *Servitù prediali (diritto romano)*, Nss DI 17 (1970), 113-124 (119) e, entre nós, RAÚL VENTURA, *História do Direito Romano*, 2.º vol. — *Direito das Coisas* (1968), 265.

pela consagração da liberdade na constituição das servidões: dentro do tipo geral «servidão predial», as partes interessadas poderiam dar corpo às servidões que entendessem.

II. No Direito romano clássico, as servidões constituíam-se por *mancipatio* ou por *in iure cessio*. A constituição por *deductio* — o proprietário aliena uma parcela do seu fundo, conservando, sobre ela, uma servidão — e por *adjudicatio* — num juízo divisório, é determinada a formação de uma ou mais servidões — tem, segundo parece, origem posterior <sup>(4)</sup>, outro tanto sucedendo com a destinação do pai de família <sup>(5)</sup> e a usucapião <sup>(6)</sup>.

A constituição coactiva de servidões era, no entanto, desconhecida <sup>(7)</sup>. Na sua mais remota origem estarão as posições *ad sepulchrum*, que permitiam aos beneficiários a passagem até a certas sepulturas para, aí, prestar culto aos mortos <sup>(8)</sup>. Reconhece-se, contudo, que faltam, nessa hipótese, os dois prédios, base mínima para a ideia românica da servidão.

III — As servidões legais de passagem têm visto a sua origem colocada no período intermédio <sup>(9)</sup>, mais precisamente nos estatutos comunais das cidades italianas onde se previa já uma sua regulação em pormenor <sup>(10)</sup>. A doutrina considera contudo

<sup>(4)</sup> Cf. BURDESE, *Servitù prediali* cit., 123.

<sup>(5)</sup> RAÚL VENTURA, *História do Direito Romano* cit., 2.º vol., *Direito das Coisas*, 281-282 e JOSÉ BONET CORREA, *La constitución de las servidumbres por signo aparente/La «destinación del padre de familia»* (1970), 3 ss. Ainda com interesse, cf. JACQUES LATREILLE, *De la destination du père de famille* (1885), 15 ss.

<sup>(6)</sup> A tutela possessória das servidões é tardia — SIRO SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* (1949), 51 ss. — tal como tardia é a própria *praescriptio* aquisitiva.

<sup>(7)</sup> BONFANTE, *Corso* cit., 3.º vol., 146, levantando a hipótese da sua criação bizantina.

<sup>(8)</sup> MARCELLO ANDREOLI, *Considerazioni sulla servitù di passaggio coattivo*, FI 1939, 1, 1351-1362 (1351).

<sup>(9)</sup> Cf. PAUL OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, 2.º vol., *Les biens* (1961), 100-101.

<sup>(10)</sup> MARIO CARVALE, *Servitù prediali (diritto intermedio)*, Nss DI 17 (1970), 124-130 (128).

que a figura assumia, então, a feição de simples limitação à propriedade, não correspondendo a um direito real autónomo.

A ideia da «servidão legal» teria antes derivado do *usus modernus*, quando a pressão sistematizadora provocou um aproximar entre as figuras jurídicas requeridas por novos condicionais e os quadros tradicionais do Direito Romano.

## § 2.º *A codificação napoleónica*

I. A consagração definitiva de determinadas limitações à propriedade como direitos reais autónomos deve-se ao Código Napoleão de 1804.

Retomando uma tripartição humanista <sup>(11)</sup>, o Código francês veio contrapor — artigo 639.º:

- servidões naturais;
- servidões legais;
- servidões convencionais.

As *servidões naturais* resultariam da configuração dos locais; assim, os prédios inferiores ficariam sujeitos a suportar as águas que, naturalmente, corressem dos superiores, não podendo levantar dique que o impedisse — artigo 640.º As *servidões legais* seriam impostas pelo Direito, por razões de utilidade pública ou particular — artigo 649.º. As *servidões convencionais*, por fim, seriam estabelecidas pelos proprietários em termos livres («... *que bon leur semble* ...»), dentro de certos limites — artigo 686.º

Criticada, esta tripartição teria, no entanto, os seus defensores <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Cf. MARIO CARVALE, *Servitù prediali (diritto intermedio)* cit., 129-130.

<sup>(12)</sup> Entre os Autores mais recentes, cf. ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER, *Droit civil/Les biens*, 3.ª ed. (1985), 229 ss. e JEAN CARBONNIER, *Droit civil/3-Les biens*, 11.ª ed. (1983), 222 ss.; este último explica que, não obstante as críticas, a tripartição é compreensível. Uma certa defesa pode ser confrontada no clássico MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3.ª ed., 1.º vol. (1904), 934 (n.º 2891). Uma exegese típica consta de J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes, ou services fonciers*, 8.ª ed. (1838), 1.º vol., 170 ss. e do pioneiro M. DURANTON, *Cours de Droit Civil suivant le Code Civil*, 5.º vol. (1828), 251 ss.

II. Entre as *servidões legais*, o Código Napoleão inseriu, na verdade, categorias marcadamente distintas. Lado a lado aparecem as figuras das *paredes e fossos de meação* — artigos 653.º e ss. — das *distâncias mínimas requeridas por certas construções* — artigos 674.º e ss. — das *vistas* — artigos 675.º e ss. — do *estilicídeo* — artigo 681.º — e da *passagem* — artigos 682.º e ss. A doutrina tem assinalado a falha sistemática.

O direito de passagem inseria-se nesta sequência, prescrito no artigo 682.º do Código Napoleão (13):

«O proprietário cujos fundos estejam encravados e que não tenham qualquer saída para a via pública, pode reclamar passagem sobre os fundos dos seus vizinhos para a exploração da sua herdade, mediante uma indemnização proporcionada ao dano que ele possa ocasionar».

A noção de enclave parecia, assim, bastante clara (14).

III. A jurisprudência e a doutrina, ao longo de todo o século dezanove, vieram precisar a ideia de *prédio encravado*. Assentou-se em que o estado de enclave corresponde a um *facto*.

Assim, não se pode considerar encravado o fundo cujo titular exerça a passagem sobre outro, «... seja em virtude de um título susceptível de ser contestado, seja mesmo por efeito duma simples tolerância por parte do proprietário» (15). Esta posição é pacífica na época, cabendo citar AUBRY e RAU (16), LAU-

(13) Trata-se da redacção inicial do preceito; uma lei de 1881 e, mais tarde, a Lei n.º 67-1253, de 30 de Dezembro de 1967 alteraram-na, dando-lhe um alcance mais vasto, de modo a satisfazer necessidades comerciais e industriais. Trata-se, porém, dum aspecto que já não releva, aqui, uma vez que a actual versão do artigo 682.º do Código francês não influenciou o Direito português vigente. Cf. CARBONNIER, *Droit civil, 3-Les biens*, 11.ª ed. cit., 242 ss.

(14) Vide, ainda LOUIS JOSSERAND, *Cours de Droit Civil positif français*, 1.º vol. (1930), 983.

(15) C. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes ou services fonciers*, tomo 2 (1855) = *Cours de Code Napoléon*, vol. XII, 88 (n.º 606).

(16) C. AUBRY/C. RAU, *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*, 4.ª ed., tomo III (1869), § 243, 27 («... o proprietário que, de facto, goze duma passagem para chegar à via pública não pode considerar o seu fundo encravado, sob o pretexto de que essa passagem não é exercida senão por força

RENT<sup>(17)</sup>, HUC<sup>(18)</sup> e BÉNECH<sup>(19)</sup>. E ela mantém-se, ainda hoje, na doutrina como na jurisprudência<sup>(20)</sup>: desde que as necessidades do prédio «encravado» estejam satisfeitas no plano dos factos, não há verdadeiro encrave nem, por isso, direito legal de passagem.

### § 3.º *A codificação germânica*

I. O Código Civil alemão de 1896 seguiu uma via diferente do francês.

Segundo o seu § 917.º,

«Quando um imóvel não tenha acesso à vida pública e tal acesso seja necessário para a sua utilização normal, o seu proprietário pode exigir aos vizinhos que tolerem que ele utilize o seu fundo para estabelecer o acesso necessário até que ele tenha removido essa situação. Caso necessário, o local de passagem e a extensão do seu uso são fixadas por servidão judicial.

Os vizinhos sobre cujos imóveis se dê a passagem forçada são indemnizados através de uma renda em dinheiro».

Este dispositivo surge numa sequência normativa dedicada às *restrições de vizinhanças*: proibição de emissão — § 906 — instalações perigosas — § 907 — desmoronamento — § 908 —

---

de um título contestável ou mesmo de uma simples tolerância.» Cita-se, em abono, a jurisprudência.

<sup>(17)</sup> F. LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, 3.ª ed., 8.º vol. (1878), n.º 77 (103).

<sup>(18)</sup> THÉOPHILE HUC, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, tomo 4.º (1893), n.º 393 (483) («Sendo o encrave, antes de mais, um estado de facto, ficou igualmente entendido que aquele que goze sobre um prédio vizinho, ainda que do domínio público, dum a passagem de pura tolerância para chegar à via pública, não está encravado.»).

<sup>(19)</sup> WILFRID BÉNECH, *De la propriété immobilière batie et non batie et des servitudes*, tomo II — *Des servitudes ou services fonciers* (1931), 1011.

<sup>(20)</sup> WEILL/TERRÉ/SIMLER, *Droit civil — Les biens*, 3.ª ed. cit., 251, onde se refere jurisprudência de 1875 a 1981.

escavações — § 909 — cortes de raízes e ramos — § 910 — apanha de frutos — § 911 — e excesso de construção — §§ 912 a 916. Não tem a ver com a matéria das servidões, tratada nos §§ 1018 e seguintes.

II. Como explica a doutrina, o Direito alemão, desviando-se neste ponto dos quadros românicos, optou por tratar o problema em termos de *restrição à propriedade imobiliária* <sup>(21)</sup>.

A passagem forçada em causa tem sido aproximada do princípio geral do § 904 do BGB, segundo o qual o proprietário não pode proibir os actos que outrem execute, em estado de necessidade, sobre uma coisa <sup>(22)</sup>.

A renda devida tem, assim, a natureza de indemnização por facto lícito, pelo menos quando o encrave não seja voluntário.

#### § 4.º *A codificação italiana*

I. Nesta rápida pesquisa de Direito comparado tem, por fim, um particular interesse focar a codificação italiana de 1942: o relevo por ela assumido no Código Civil de 1966 é bem conhecido.

---

<sup>(21)</sup> Cf. MARTIN WOLFF/LUDWIG RAISER, *Derecho de Cosas*, vol. I (Tomo III do *Tratado de derecho civil* de ENNECERUS/KIPP/WOLFF), trad. castelh. de PEREZ GONZÁLEZ e JOSÉ ALUGUER (1970), § 56 (370). Por último, vide FRITZ BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 14.ª ed. (1987), § 25, III (227) e KARL HEINZ SACHWAB, *Sachenrecht*, 21.ª ed. (1987), § 25, VI e VIII (126-127). De entre os comentaristas, refiram-se AUGUSTIN em BGB-RGRK 12.ª ed. (1979), § 917 (89 ss.), WOLFGANG BEUTLER, em *STAUDINGERS Kommentar*, 12.ª ed. (1982), § 917 (62 ss.), SÄCKER, em *Münchener Kommentar*, 2.ª ed. (1986), § 917 (624 ss.) e BAUR, em BGB-SOERGER/SIEBERT, 11.ª ed. (1978), § 917 (224 ss.). Uma intervenção importante em artigo monográfico é a R. FIGGE, *Der Notweg*, AcP 160 (1962), 409-418.

<sup>(22)</sup> Cf. JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *Tratado de derecho civil, II-Derechos reales*, trad. castelh. DIEZ PASTOR/GONZALEZ ENRIQUEZ (1955), 161.

Um esquema semelhante foi adoptado pelo Código Civil Suíço; cf. C. WIELAND, *Les droits réels dans le Code Civil Suisse*, tomo I (1913), 300.

O Código Civil italiano de 1942 integra-se na tradição latina das servidões de passagem como modo de solucionar o problema de encraves. Acolheu, no entanto, as críticas movidas ao texto napoleónico a propósito da contraposição entre servidões «naturais», «legais» e «voluntárias». E isso em dois níveis <sup>(23)</sup>:

- afastou do domínio das servidões as mesmas restrições de vizinhança que não se traduzissem num binómio prédio dominante — prédio serviente;
- pôs termo à categoria ambígua das «servidões legais» contraposta às «voluntárias», uma vez que se poderiam constituir voluntariamente, enquanto estas são, por certo, legais.

II. O dispositivo relevante do Código Civil italiano, no domínio aqui em causa, pode ser sintetizado através das seguintes transcrições legais:

*Artigo 1031* <sup>(24)</sup> (Constituição das servidões)

«As servidões prediais podem ser constituídas coactivamente ou voluntariamente. Podem, ainda, ser constituídas por usucapião ou por destinação do pai de famílias».

*Artigo 1032* <sup>(25)</sup> (Modos de constituição)

«Quando, por força da lei, o proprietário de um fundo tenha o direito de obter da parte do proprietário de outro fundo a constituição de uma servidão, esta, na falta de contrato, é constituída por sentença. (...)

(...)

---

<sup>(23)</sup> Cf. FERRANTE FERRANTI, *Il libro della proprietà* (1943), 477 e GIUSEPPE BRANCA, *Delle servitù prediali*, no *Commentario al Codice Civile*, de SCIALOJA/BRANCA, Libro III, Art. 957-1099 (1954), 339-340.

<sup>(24)</sup> Este artigo insere-se no Capítulo I-*Disposições gerais* do título VI — *Das servidões prediais*, do Livro III, sobre a propriedade.

<sup>(25)</sup> Desta feita, o preceito transcrito surge à cabeça do Capítulo II, *Das servidões coactivas*.

*Artigo 1051* <sup>(26)</sup> (Passagem coactiva)

«o proprietário cujo fundo esteja circundado por fundos alheios e que não tenha saída para a via pública nem possa arranjar uma sem excessivo dispêndio ou incómodo, tem o direito de obter a passagem sobre um fundo vizinho para o cultivo e o uso conveniente do próprio fundo.

(...)

III. Perante estes textos, a doutrina tem feito várias explicitações. Assim, explica BURDESE que a denominada servidão coactiva não se prende, em termos totalmente lineares, com o seu modo de constituição: a servidão que, nos termos do artigo 1032.º, surja mediante um contrato por as partes terem encontrado um acordo antes da sentença será coactiva, enquanto que a servidão decretada pelo tribunal, em execução dum contrato-promessa é voluntária <sup>(27)</sup>. De modo patente, há aqui um influxo da letra da lei italiana, que acima se deixou transcrita.

De facto, como explica BARASSI,

«A servidão legal, em regra, não nasce sem mais logo que existam os pressupostos de facto aos quais a lei associa a existência da servidão» <sup>(28)</sup>.

Na verdade, a lei não dá uma servidão mas, tão-só, o *direito a obter* uma servidão <sup>(29)</sup>. Assim:

«... a constituição de servidão ocorre não no momento em que o pressuposto de facto da servidão legal se tenha formado, e tão-pouco no momento em que tenha sido proposta a demanda judicial para conseguir a sua constituição, mas

<sup>(26)</sup> O artigo 1051.º, também inserido no mesmo Capítulo sobre servidões coactivas, inicia uma secção sobre passagem coactiva.

<sup>(27)</sup> ALBERTO BURDESE, *Servitù prediali (diritto vigente)* cit., 147 e também *Servitù coattive*, NssDI 17 (1970), 100-116 (101).

<sup>(28)</sup> LODOVICO BARASSI, *I diritti reali limitati/In particolare l'usufrutto e le servitù* (1947), 207.

<sup>(29)</sup> BARASSI, *I diritti reali limitati* cit., 208.



no momento em que a sentença que a constitui se torne executiva» (30).

No mesmo sentido ainda que noutra prisma, pode citar-se BRANCA, segundo o qual a sentença relativa à servidão legal é declarativa quanto ao direito de a constituir e constitutiva quanto aos concretos contornos que a servidão há-de assumir (31).

Há, nesta linha, que distinguir *dois momentos* na dinâmica constitutiva da servidão coactiva de passagem:

- o direito à sua constituição;
- a sua constituição propriamente dita.

O primeiro consubstancia-se logo que se encontrem reunidos os requisitos legalmente fixados; a segunda opera, apenas, com a sentença judicial ou com o contrato que se lhe antecipe. Esta orientação está presente em todos os desenvolvimentos dedicados às servidões (32).

## § 5.º *Síntese e conclusões*

I. O bosquejo realizado sobre a evolução geral do problema dos encraves e das servidões legais de passagem e o ponto da situação quanto a esse mesmo tema no Direito comparado permite apresentar uma síntese acompanhada de algumas conclusões.

Fica claro, desde logo, que o problema dos encraves e dos direitos de passagem deles emergentes, seja qual for a forma técnica que assumam, dá lugar a limitações sérias ao direito de propriedade (33). Por certo que, na actualidade, existe uma tendên-

---

(30) BARASSI, *I diritti reali limitati* cit., 209.

(31) BRANCA, *Delle servitù prediali* cit., 343.

(32) Cf., além das obras já citadas, GIUSEPPE GROSSO/GIOMMARRIA DEJANA, *Le servitù prediali* (1951), 940 ss., BIONDO BIONDI, *Las servidumbres*, trad. castelh. de MANUEL GONZÁLEZ PORRAS (1978) 1527 ss., e FER-RANTI, *Il libro della proprietà* cit., 486.

(33) BARASSI, *I diritti reali limitati* cit., 209, fala em «limitação grave».

cia clara para limitar a propriedade, podendo, para o efeito, recorrer-se ao esquema da servidão <sup>(34)</sup>. Mas *isso sucede em nome do interesse público e apenas na medida do necessário, sob pena de quebrar o princípio da igualdade* <sup>(35)</sup>.

II. Uma segunda conclusão é a de que as concretas medidas destinadas a tornar o problema dos encaves são *obra do Direito positivo de cada espaço normativo*. Não há receitas únicas, nem vias exclusivas.

Por uma ou outra via, todos os ordenamentos limitam, no entanto, a servidão legal de passagem ao mínimo necessário. Assim sucede no seu *exercício*, como é natural. Mas assim sucede, também, na sua constituição, seja através duma *rigorosa limitação da própria ideia de encrave a uma situação de facto*, sem qualquer saída ainda que de tolerância (solução francesa), seja com recurso a um esquema de *meras limitações ao direito de propriedade que cessam logo que desapareçam os seus pressupostos* (solução alemã), seja, por fim, definindo com clareza o *direito à constituição da servidão*, contraposto ao *direito de servidão propriamente dito* (solução italiana).

III. Finalmente, deve enfocar-se que *nenhuma destas ordens jurídicas concede ao titular cujo prédio esteja onerado por um direito legal de passagem um direito de preferência na alienação do encrave*.

Tal preferência apresenta-se, assim, como uma especificidade, aliás relativamente recente, do Direito português.

---

<sup>(34)</sup> Cf., p.ex., ACHILLE GIOVENE, *Le servitù industriale* (1946), 11 ss., LIVIO FIORANI, *Luci, vedute e relative servitù nel Codice vigente*, 2.<sup>a</sup> ed. (1967).

<sup>(35)</sup> Cf., p.ex., HERBERT KRÖNER, *Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, 2.<sup>a</sup> ed. (1969), 61 ss. e STEFANO RODOTÀ, *Il terribile diritto* (1981), 393 ss.

## II — CONTINUAÇÃO; A EVOLUÇÃO EM PORTUGAL

§ 6.º *O Código Civil de 1867; a introdução da preferência legal*

I. O Direito português anterior às codificações conhecia já a figura dos direitos legais de passagem por prédio alheio. Era, no entanto, pouco explícito; como explicava BORGES CARNEIRO <sup>(36)</sup>,

«A materia de servidões pela falta de leis patrias, se rege pelo D.R., que é fundado em boa razão, e está recebido: excepto em algumas disposições subtis, ou incoherentes que vam anotadas nos seus lugares».

O recurso ao Direito Romano não impedia, contudo, o reconhecimento da passagem legal, nos termos que o Direito Comum medieval implantou na generalidade dos países europeus. Para tanto, recorria-se ao juiz.

De novo BORGES CARNEIRO <sup>(37)</sup>:

«Tambem o Juiz não tendo algum servidão, ve, de caminho, rego, porta para o seu predio, lha dá pela do visinho, com o menos encommodo deste, e fazendo-o indemnizar de todo o prejuizo ...»

CORREIA TELLES, por seu turno, doutrinava:

«O possuidor de um prédio que não tenha servidão para o ir agricultar e disfructar, pôde constranger os visinhos a vender-lhe a servidão necessária, por onde menos perda faça: o que tambem se deve decidir summariamente em vistoria» <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, tomo IV, livro II — *Das coisas* (1840, póstumo), 356.

<sup>(37)</sup> BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal* cit., IV, 362.

<sup>(38)</sup> J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto Português*, tomo III (1909, em reimpressão da ed. de 1845), 60 (n.º 409).

## E COELHO DA ROCHA:

«Outras vezes as servidões são fundadas nas restrições que as leis põem a propriedade de um para satisfazer á necessidade ou notável vantagem de outro vizinho, que indirectamente vem a ser utilidade pública. Assim (...) deve pelo seu predio dar logar para as obras e reparos, assim como caminho para a cultura dos outros prédios vizinhos que se não podem servir por outra parte, salva a indemnização do dano» (39).

Dizendo ainda, mais à frente:

«Algumas servidões são constituídas por sentença do juiz, quando este acto de partilhas determine que um predio preste ao outro certa servidão, ou seja para egualar os coherdeiros, ou por necessidade para os usos uns dos outros» (40).

II. Na sua versão inicial, o Código Civil de 1867 dispunha, no seu artigo 2309.º:

Os proprietários de terrenos encravados, isto é, que não tenham comunicação alguma com as vias publicas, podem exigir caminho ou passagem pelos prédios vizinhos, indemnizando o prejuizo que com esta passagem venham a causar.

Trata-se dum preceito claramente inspirado no artigo 682.º do Código Napoleão, de acordo, aliás, com feição geral assumida pelo Direito português da época. A doutrina explicava-o como destinando-se a evitar terras «... condemnadas á esterilidade por falta de acesso» (41).

---

(39) M.A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8.ª ed., 1.º vol. (1917, em reimpr. da ed. de 1848), § 591 (407).

(40) COELHO DA ROCHA, *Instituições* cit., 597 (411-412).

(41) DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, vol. V (1876), 70. Na mesma linha, cf., mais tarde, MANUEL RODRIGUES, RLI 56 (1925), 145 e CARLOS DO NASCIMENTO GONÇALVES RODRIGUES, *Da servidão legal de passagem* (1962), 181-182.

O Direito anterior admitia uma complexidade acentuada no domínio das servidões e outros direitos de passagem. Resultavam, daí nocivas consequências para a exploração da terra. Um conhecido diploma pombalino — o Alvará de 7 de Julho de 1773 <sup>(42)</sup> — intentou solucionar o problema, permitindo aos proprietários de certos prédios a expropriação de outros — designadamente, em certos casos, de prédios encravados — e abolindo os atravessadouros <sup>(43)</sup>. O Alvará de 17 de Julho de 1778 revogou parte do anterior mantendo, contudo, em certos casos, a expropriação dos prédios encravados, bem como a abolição dos atravessadouros <sup>(44)</sup>.

Nessa linha, há que entender o dispositivo do Código de Seabra, fiel à ideia de libertar a terra dos entraves próprios do período histórico anterior.

III. A introdução, no domínio das servidões de passagem, do direito de preferência deu-se apenas em 1911, através dum diploma do Ministério das Finanças destinado, em primeira linha, a permitir aos enfiteutas, em certas condições, a remissão dos prazos. Assim, o Decreto de 23 de Maio de 1911 <sup>(45)</sup>, depois de vários considerandos sobre a enfiteuse, veio dizer, no seu relatório:

«Considerando que ao encargo imposto pelo artigo 2309.º do Código Civil a favor dos proprietários dos prédios encravados deve corresponder o direito de opção para fazer cessar o ónus e regularizar a propriedade».

---

<sup>(42)</sup> Cujo texto pode ser confrontado na *Collecção das Leys, Decretos e Alvarás que comprehende o feliz reinado del rey fidelissimo D. José I*, tomo III (1775), sem numeração de páginas.

<sup>(43)</sup> Assim, segundo o n.º 12 do referido alvará, «Mando, que todos os caminhos, e atravessadouros particulares feitos pelas Propriedades tambem particulares, que se não dirigem a Fontes, ou Pontes com manifesta utilidade pública, ou a Fazendas, que não possam ter outra alguma serventia, sejam vedados e abolidos por Officio dos Juizes; posto que de tais servidões se aleguem as posses imemoriais, que são repugnantes à liberdade natural, quando não consta que para elas precederão titulos legitimos, que, conforme o Direito, excluão a *Acção Negatória*».

<sup>(44)</sup> Cf. COELHO DA ROCHA, *Instituições* cit., II tomo, 285 (§ 405), DIAS FERREIRA, *Código Civil Anotado* cit., 5.ª vol., 71 e JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferença*, 1 (1944), 211 ss.

<sup>(45)</sup> DG n.º 120, de 24 de Maio de 1911, 2083.

Nessa sequência, veio dispor o artigo 6.º do diploma em causa:

«O direito de preferência, concedido aos senhorios directos no artigo 1678.º do Código Civil é igualmente aplicado e concedido ao confinante de prédios encravados que tenha obrigação de lhes dar passagem, nos termos do artigo 2309.º do mesmo Código, mantendo-se o mesmo direito de preferência nos contratos de arrendamento a longo prazo, que vierem a fazer os proprietários dos prédios encravados.

«§ único. Quando existam diversos confinantes proceder-se-á a licitação entre eles».

Este dispositivo, pouco conseguido na sua redacção <sup>(46)</sup>, deu lugar a dúvidas. Desde logo, discutiu-se na doutrina se a preferência funcionava apenas a favor dos prédios circundantes ou se, também, a favor do *prédio encravado* <sup>(47)</sup>. A doutrina acabaria por se pronunciar pela negativa: o preâmbulo do diploma de 1911 deixou clara a ideia da preferência como forma de compensar o encargo da constituição coactiva de servidões <sup>(48)</sup>.

Questão mais melindrosa foi a de saber se a preferência dos prédios servientes requeria a efectiva constituição legal da servidão ou se bastava o seu exercício. A doutrina inclinou-se para a primeira hipótese, bem como a jurisprudência <sup>(49)</sup>. Ficou, contudo, em aberto a questão de saber se, para a preferência, bastava a constituição prévia duma servidão legítima, fosse qual fosse o seu título ou se, pelo contrário, se requeria uma servidão cons-

---

<sup>(46)</sup> Cf. A. DE SOUSA MADEIRA PINTO, *Prédios encravados*, O Direito 49 (1917), 9-10, 54-56 e 87-88 (88)

<sup>(47)</sup> Tal a opinião da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 49 (1916-17), 229-231 (230). Contrariava-se, aí, a opinião antes expressa pela mesma *Revista*, 46 (1913-14), 89-92 (91).

<sup>(48)</sup> Cf. RLJ 46 (1913-14), 89, O Direito, 49 (1917), 54, PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferência*, I, 218 e GONÇALVES RODRIGUES, *Da servidão legal de passagem* cit., 248.

<sup>(49)</sup> RLJ 46 (1913-14), 89-92 (91); RLJ 49 (1916-17), 229-231 (229); RLJ 53 (1922), 375-378 (376); GONÇALVES RODRIGUES, *Da servidão legal de passagem* cit., 249.

tituída por «expropriação». A jurisprudência inclinou-se para esta última solução: assim o muito citado acórdão da Relação do Porto de 21 de Março de 1922, veio requerer, para a existência do direito de preferência não só a prévia constituição da servidão por «expropriação particular» mas também o conseqüente pagamento, também prévio, da indemnização <sup>(50)</sup>. Formar-se-ia, porém, uma doutrina e uma jurisprudência contrárias, consideradas mesmo dominantes, por vários autores <sup>(51)</sup>.

IV. As dúvidas mantiveram-se, acabando por se justificar uma nova intervenção legislativa: a da Lei n.º 1621.

A Lei n.º 1621, de 5 de Julho de 1924, veio dispor, no seu artigo 1.º, n.º 1 <sup>(52)</sup>:

«Os proprietários dos terrenos confinantes, onerados com a respectiva servidão de passagem terão o direito de preferência na aquisição ou arrendamento do terreno encravado, sendo aplicáveis ao exercício desse direito os artigos 1678.º do Código Civil e 848.º do Código de Processo Civil.

(...)

«§ único. Na venda, dação em pagamento, arrendamento a longo prazo e arrematação judicial de prédios onerados com a servidão de passagem para terrenos encravados, os donos destes terrenos terão o direito de preferência na aquisição ou arrendamento a longo prazo dos prédios servientes, devendo observar-se para o exercício desse direito os termos e formalidades que este artigo estabelece».

---

<sup>(50)</sup> RPt 21-Mar.-1922, RT 41 (1922-23), 54-60.

<sup>(51)</sup> Cf. PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferência* cit., 1.º vol., 243, indicando múltipla jurisprudência num e noutro sentido, e GONÇALVES RODRIGUES, *Da servidão legal de passagem* cit., 249-250, seguindo de perto o primeiro.

<sup>(52)</sup> DG I Série n.º 152, de 9 de Julho de 1924 (964).

Logo se vê que, das dúvidas anteriores, foram solucionadas duas <sup>(53)</sup>:

- reconheceu-se o direito de preferência, também, a favor do proprietário do prédio encravado;
- requereu-se, com clareza, a prévia constituição legal duma servidão de passagem.

Curiosamente, a primeira dúvida foi solucionada no sentido contrário ao defendido pela opinião dominante e a segunda, na linha da mesma.

V. Em 1930, a revisão geral do Código Civil <sup>(54)</sup> voltaria a tocar na preferência legal dos prédios encravados.

No essencial, as alterações introduzidas no texto do primitivo artigo 2309.º destinaram-se a compilar os dispositivos que antes andavam dispersos em vários diplomas <sup>(55)</sup>. Além disso, elas visaram, também corrigir «obscuridades» do Direito anterior. Nessa linha, nem sempre conseguida <sup>(56)</sup>, intentou solucionar-se uma questão ainda em aberto, ao tempo da Lei n.º 1621.º: a preferência foi concedida aos donos dos prédios onerados com a servidão «... seja qual for o título da sua constituição ...» — artigo 2309.º, § 1.º — no que foi entendido como a não-limitação da preferência aos casos em que tivesse havido «expropriação da servidão» <sup>(57)</sup>.

Mas logo se suscitou novo problema, particularmente animado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 1955: o de saber se a preferência requeria a prévia constituição da servidão ou se seria bastante a verificação dos pressupostos para que a servidão viesse a surgir.

<sup>(53)</sup> Cf. GONÇALVES RODRIGUES, *Da servidão legal de passagem* cit., 250-251.

<sup>(54)</sup> Levada a cabo pelo Decreto n.º 19 126, de 16 de Dezembro de 1930.

<sup>(55)</sup> Foi, ainda reintroduzida a faculdade pré-liberal de promover, em certos casos, a expropriação particular do enclave, para evitar a constituição da servidão legal.

<sup>(56)</sup> Cf. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. XII (1937), 29 ss., com uma crítica acesa ao novo dispositivo legal.

<sup>(57)</sup> *Idem*, CUNHA GONÇALVES, vol. XII, 30.



O referido acórdão entendeu que, para a preferência dos titulares servientes, se exigia a prévia constituição legal da servidão; pelo contrário, para a dos titulares encravados, a simples situação de encrave seria suficiente (<sup>58</sup>).

A generalidade da doutrina e da jurisprudência tomaria posição contrária: as preferências em jogo exigiriam sempre a prévia constituição legal duma servidão de passagem (<sup>59</sup>).

Dos vários argumentos citados nesse sentido, um há que se pode considerar decisivo: numa situação de encrave, os pressupostos da constituição duma servidão legal podem, em abstracto, verificar-se em relação a *vários prédios*; apenas a efectiva constituição da servidão poderá esclarecer *qual deles é* serviente e, daí, qual dos proprietários se pode apresentar como preferente.

### § 7.º *O Código Civil de 1966*

I. Sumariada a evolução no Código de Seabra, cabe ponderar a situação emergente do Código Civil actual.

O ponto de partida para a análise subsequente poderá consistir na comparação entre o texto de SEABRA e o texto vigente.

Assim:

Segundo o artigo 2309.º, § 1.º, do Código de Seabra,

«No caso de venda, particular ou judicial, dação em pagamento, aforamento, ou arrendamento por tempo supe-

---

(<sup>58</sup>) STJ 31-Mai.-1955, RDES 8 (1955), 259-263, anot. CAMPOS COSTA, 263-274, desfavorável.

(<sup>59</sup>) RPt 2-Mai.-1930, RT 48 (1930-31), 138-140 (139); RPt 29-Mai.-1948, RT 66 (1948), 235-240 (239); Rcb 15-Jun.-1948, BMJ 10 (1949), 320-325 (325); Rcb 8-Jun.-1948, BMJ 13 (1949), 295-299 (298-299). Quanto à doutrina, refiram-se: PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferência*, 1.º vol. cit., 242 ss.; AMILCAR SIMÃO SARAIVA, *O direito de preferência na legislação portuguesa*, ROA 9 (1949), 3-4, 231-247 (244-245); GONÇALVES RODRIGUES, *Da servidão legal de passagem* cit., 255 ss.; AMÉRICO DE CAMPOS COSTA, anotação a STJ 31-Mai.-1955, RDES 8 (1955), 263-274, onde podem ser confrontados outros elementos. Deve notar-se, finalmente, que a solução depois prevalente já havia sido defendida no próprio acórdão de 31-Mai.-1955 pelo Conselheiro JOSÉ DE ABREU COUTINHO, em bem elaborado voto de vencido.

rior a dez anos, os proprietários de terrenos encravados, bem como os donos dos prédios onerados com a respectiva servidão, seja qual for o título da sua constituição, têm o direito de preferência em primeiro lugar».

Enquanto pelo artigo 1555.º, n.º 1, do Código actual,

«O proprietário de prédio onerado com a servidão legal de passagem, qualquer que tenha sido o título constitutivo, tem direito de preferência, no caso de venda, dação em cumprimento ou aforamento do prédio dominante».

Verifica-se pois, para além de evidente melhoria formal:

- a supressão da preferência a favor dos titulares de prédios encravados <sup>(60)</sup>;
- a supressão da preferência no caso do arrendamento <sup>(61)</sup>;
- a substituição de «... donos dos prédios onerados com a respectiva servidão, seja qual for o título da sua constituição ...» por «o proprietário de prédio onerado com a servidão legal de passagem, qualquer que tenha sido o

---

<sup>(60)</sup> Tal preferência fora, recorde-se, firmada pela Lei n.º 1621, contra a opinião da doutrina anterior; PIRES DE LIMA, *Servidões prediais (Anteprojecto de um título do futuro Código Civil)*, BMJ 64 (1957), 5-38 (18), considerá-lo-ia «injustificável», omitindo-a, por isso. Tem interesse registar que, na comissão revisora, VAZ SERRA colocaria o problema da oportunidade da manutenção da própria preferência a favor do prédio serviente. Disse VAZ SERRA:

«A nossa lei (...) admite um número excessivo de direitos de preferência. Por tudo e por nada lá se consagra um desses direitos. Tal tendência é manifestamente má, porque o direito de preferência desfalca muito o valor dos prédios sujeitos à preferência. *E aqui, no caso concreto, desfalca-o em benefício de quem já recebeu uma justa indemnização.* Por isso, tenho muitas dúvidas em admitir tal direito, aliás com raízes na nossa tradição jurídica.»

(Os sublinhados são do Autor deste Parecer) — *Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto sobre servidões prediais do futuro Código Civil português*, BMJ 136 (1964), 77-158 (114-115). Cf., também, JACINTO RODRIGUES BASTO, *Direito das coisas*, IV (1975), 155-156.

<sup>(61)</sup> Tal supressão correspondeu, também, a uma opção deliberada de PIRES DE LIMA.

título constitutivo ...», i.é, mais precisamente, de «... a respectiva servidão ...» por «... a servidão legal de passagem ...».

II. No anteprojecto de PIRES DE LIMA, o correspondente texto assumia a seguinte redacção <sup>(62)</sup>:

Artigo 14.º (Direito de preferência na alienação do prédio encravado)

1. O proprietário de prédio onerado com a servidão a que se refere o artigo 9.º, qualquer que tenha sido o título constitutivo, tem direito de preferência, em primeiro lugar, no caso de venda, dação em pagamento ou aforamento do prédio dominante <sup>(63)</sup>.

O texto definitivo do n.º 1 em causa surgiria no artigo 1547.º da 1.ª revisão Ministerial <sup>(64)</sup>.

Parece pois confirmado — PIRES DE LIMA era um profundo conhecedor da matéria relativa às servidões e das querelas que haviam animado, nesse domínio, os civilistas, através das reformas de 1867, de 1911, de 1924 e de 1930 — que a tónica da preferência se deslocou *do enclave para a servidão legal*.

III. O Código Civil de 1966 veio colocar de novo em aberto, ainda que por outra via, uma questão aparentemente solucionada pela revisão do Código de Seabra de 1930.

Assim, ao contrário do texto de 1867-1930, a preferência não surge sempre que um prédio encravado esteja dotado de uma servidão de passagem, seja qual for a sua forma de constituição; ela requer, tão-só, uma *servidão legal de passagem*, independentemente, esta, do seu modo de constituição.

---

<sup>(62)</sup> PIRES DE LIMA, *Servidões prediais* cit., 17.

<sup>(63)</sup> O artigo 9.º em causa dispunha, no seu n.º 1: «Os proprietários de prédios encravados, isto é, que não tenham comunicação com a via pública, ou só a possam obter com excessivo dispêndio, podem constituir servidões de passagem sobre os prédios rústicos vizinhos» — PIRES DE LIMA, *Servidões prediais* cit., 14-15.

<sup>(64)</sup> Cf. RODRIGUES BASTO, *Direito das Coisas* cit., IV, 154.

Por isso, quando um prédio encravado beneficiasse duma servidão não-legal, o competente prédio-serviente, pelo menos perante a letra da lei, não gozaria da preferência.

Esta questão não tem sido abertamente examinada pela doutrina e pela jurisprudência que, por vezes, parece mesmo postular a manutenção dos quadros legais anteriores<sup>(65)</sup>. Contudo, ela está subjacente à escassa doutrina existente e aparece nos trabalhos preparatórios.

---

<sup>(65)</sup> Assim sucedeu no aliás bem elaborado acórdão da Relação do Porto de 6-Jul.-1982, CJ VII (1982), 4, 201-202, que revogou um saneador-sentença de sentido oposto. Nesse aresto cita-se doutrina que não chega propriamente a examinar *ex professo* o problema que ora nos ocupa.

A doutrina, por seu turno, é pouco esclarecedora, sendo certo que no *Código Anotado* de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, 3.º vol., 2.ª ed., a única obra onde o tema surge desenvolvido, se encontram afirmações que vão ora num sentido, ora no outro.

Assim:

pág. 627, anotação 3. «Ficam, por conseguinte, como objecto do n.º 1 deste artigo 1547.º as servidões que o Código de 1867 *dizia constituída por facto do homem* e a que alguns autores, sem grande rigor (por causa das servidões nascidas da usucapião), mas por contraste com as servidões legais, chamam servidões *voluntárias*».

pág. 628, anotação 6. «As servidões *legais* (...) que abundam especialmente em matéria de águas, podem converter-se em verdadeiras servidões por uma de três vias: por negócio jurídico, se as partes acordam nos termos da sua constituição; por decisão judicial (sentença *constitutiva*), na falta de acordo; por decisão administrativa, quando o cumprimento do acordo, nos termos da lei, compete às autoridades administrativas».

pág. 636, anotação 2, *in fine*: «... nas servidões a verdadeira servidão só mediatamente é imposta por lei; a fonte imediata desta reside na vontade das partes, na sentença constitutiva ou no acto administrativo».

pág. 645, anotação 4: «Outro dos problemas levantados na vigência dos textos anteriores era o de se a preferência só existe no caso da servidão de passagem se ter constituído mediante sentença ou se estendia aos próprios casos em que ela nascera de destinação do pai de família ou de negócio entre as partes.

A Reforma de 16 de Dezembro de 1930 resolveu directamente a questão, ao afirmar o direito de preferência, seja qual for o título de constituição da servidão.

No mesmo sentido haverá que interpretar o trecho paralelo do artigo 1555.º do Código vigente: «*qualquer que tenha sido título constitutivo*» (*vide*, a título de mero exemplo, o ac. do S.T.J., de 20 de Dezembro de 1974, no *B.M.J.* 242.º, págs. 294 e segs.).

pág. 645, anotação 4, continuam: «A concessão da preferência está sempre, porém,

O desenvolvimento subsequente visa propor uma solução. Deixa-se claro que o Autor deste parecer nunca publicou qualquer texto que tratasse, explicitamente, este assunto, antes se limitando a transcrever os textos legais vigentes.

IV. Em compensação, não subsiste hoje qualquer dúvida razoável quanto à necessidade, para se exercer a preferência, *da prévia constituição da servidão legal de passagem*. Tal como ficou assente no domínio do Código anterior, não bastam os pressupostos legais da sua constituição: a própria lei, na sua letra e no seu espírito, limita a preferência às situações de servidão já constituída. Nas palavras de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, «o autor da acção de preferência não pode, portanto, limitar-se a alegar que se verificam os pressupostos de facto condicionadores do direito à constituição coerciva da servidão de passagem. Tem de alegar e provar que a servidão se encontra efectivamente *constituída*» (66).

### III — A PREFERÊNCIA DO TITULAR DO PRÉDIO ONERADO COM SERVIDÃO LEGAL DE PASSAGEM

#### § 8.º *O problema e os princípios gerais*

I. Como foi enunciado, vai ponderar-se a relação existente entre a eventual servidão que sirva um enclave e o direito de preferência legal.

---

subordinada à condição de se tratar do proprietário do prédio onerado com a servidão legal de passagem».

Não é, por conseguinte, o proprietário onerado com qualquer servidão de passagem — mas apenas o adstrito à servidão *legal* de passagem — que goza da preferência consignada no artigo 1555.º.

Os sublinhados correspondem a itálicos, no original.

Como se vê, das cinco citações transcritas, as três primeiras e a quinta apontam para uma ideia mais restrita da preferência legal, com exclusão de certas servidões, como as derivadas de usucapião ou de destinação do pai de família, enquanto a quarta depõe no sentido contrário.

(66) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 3.º vol., 2.ª ed. cit., 646; também RCB 19-Jun.-1974, BMJ 239 (1974), 269.

Nos termos do artigo 1555.º/1 do Código Civil, tal preferência surge sempre que a servidão seja legal. Há, pois, que indagar o alcance da figura «servidão legal» e, designadamente, se ela absorve todo o possível universo das servidões que beneficiem um enclave.

Várias razões formais, técnicas e de fundo apontam uma determinada solução. Não obstante, antes de as ponderar, cabe efectuar uma prévia auscultação aos princípios gerais aqui em jogo. Seja qual for a posição metodológica que se queira perfilhar, eles sempre terão algum peso em todas as operações interpretativas subsequentes.

II. Uma concepção alargada do que seja uma *servidão legal* vai conduzir, como é de esperar, a uma proliferação de situações dominadas por preferências legais.

*Ora tal proliferação, a verificar-se, seria contrária ao espírito do ordenamento e ao sentido geral da sua evolução.* E isso pelas três razões fundamentais que, de seguida, se enumeram.

Em primeiro lugar, os *ventos da História*. Numa evolução que a reforma civil de 1966 deixou clara, e de que foi dada conta, os tempos vão no sentido de pôr cobro à proliferação de preferências legais. Na comissão de revisão do anteprojecto, entendeu-se não dar o passo decisivo da sua pura e simples abolição. Ficou, no entanto, uma intervenção legislativa pouco consentânea com o alargamento interpretativo das preferências legais.

De seguida, os *inconvenientes que derivam para a apropriação dos bens* <sup>(67)</sup>. Num fenómeno conhecido desde o MARQUÊS DE POMBAL e definitivamente sancionado pelos liberais, sabe-se que a multiplicação de ónus e encargos — tipo preferência legal ou servidão legal, por exemplo — desvaloriza a terra e dificulta a circulação e a criação de riqueza.

Finalmente, o preceito constitucional que garante a *livre disposição da propriedade* — artigo 62.º/1 da Constituição. A pre-

---

<sup>(67)</sup> Não se trata, em rigor, de «propriedade privada», uma vez que o regime funciona mesmo quando, como titulares, se apresentem, p.ex., institutos ou empresas públicas.

ferência legal restringe severamente essa possibilidade. Bem se compreende que a livre disponibilidade dos bens tenha limites. Eles não poderão, contudo, ser tão extensos que ponham em crise o próprio princípio. E na dúvida, este terá de ser respeitado. Acresce ainda que, em nome do *princípio constitucional da igualdade*, todos deverão beneficiar, em igual medida, da possibilidade de livremente dispôr dos seus bens.

Tudo isto deve ser tido em conta na solução a propugnar, seja ela qual for.

III. As considerações feitas permitem apontar uma *natureza excepcional* nas preferências legais. Tanto basta para que, segundo regras interpretativas e aplicativas básicas, as respectivas normas *não possam ser aplicadas por analogia* — artigo 11.º do Código Civil.

Esta directiva deve ainda ser complementada por uma importante consideração metodológica.

Na aplicação da lei, a moderna doutrina interpretativa manda atender, também, às *consequências da decisão* <sup>(68)</sup>. Por isso, quando se debate a extensão das servidões legais, há que lidar, em simultâneo, com os efeitos que uma larga amplitude não deixará de provocar, designadamente através das preferências legais. Trata-se duma dimensão que revela, também, na transposição de doutrinas estrangeiras para o espaço nacional: pode, na verdade, suceder que uma construção aparentemente idêntica tenha, uma vez transposta para outro espaço jurídico, consequências diversas. Por exemplo, a conc :pção alargada da «servidão coactiva» em Itália não pode, sem mais, ser trazida para Portugal: *o Direito italiano desconhece a preferência legal do titular serviente*.

### § 9.º Os trabalhos preparatórios

I. Fixados os princípios, cabe proceder a uma interpretação cuidada dos textos legais em vigor. Para tanto, serão seguidos os clássicos elementos da interpretação.

---

<sup>(68)</sup> Cf., com indicações, MENEZES CORDEIRO, *Tendências actuais da interpretação da lei: do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica*, Tribuna da Justiça, 13 (1985), 1 ss. = Revista Jurídica, 9-10 (1987), 7-15 (15).

Surgem, assim, desde logo, os trabalhos preparatórios. Por certo que, hoje em dia, a interpretação é, predominantemente, objectiva. No entanto, os trabalhos preparatórios, sobretudo quando entendidos como circunstancialismo científico-cultural que explicou o aparecimento da lei, sempre terão algum relevo, que importa conhecer.

II. Como já foi referido, o Código actual, ao contrário do anterior, associou a preferência legal do prédio serviente não directamente ao enclave, mas antes à servidão legal.

Compete, pois, examinar qual a ideia que, de servidão legal, dão os preparatórios, designadamente no que toca à sua constituição.

O Código de Seabra, na linha napoleónica, distinguia, no seu artigo 2271.º, as servidões constituídas por facto do homem, pela natureza das coisas e por lei. As duas últimas categorias ficavam, no entanto, em certa indistinção — artigos 2282.º e seguintes — segundo parece por efeito, já, das críticas movidas entretanto em França, ao correspondente dispositivo do *Code*. Acolhendo tudo isto e, ainda, o particular teor do Direito italiano, PIRES DE LIMA, Autor do anteprojecto relativo às servidões, propôs a recondução das servidões «constituídas por natureza» à categoria dos encargos normais da propriedade, ficando a matéria das servidões simplesmente dividida em servidões constituídas por *factos do homem e legais* <sup>(69)</sup>.

No entanto, as perturbações terminológicas do início não foram totalmente ultrapassadas, uma vez que as servidões legais parecem poder constituir-se por, pelo menos, alguns *factos do homem*.

III. No Anteprojecto de PIRES DE LIMA surgia um artigo 5.º, epigrafado *princípios gerais* e assim concebido:

1. As servidões prediais podem ser constituídas por contrato por testamento, por prescrição ou por destinação do

---

<sup>(69)</sup> Cf. PIRES DE LIMA, *Servidões prediais* cit., 12 = RODRIGUES BASTOS, *Direito das Coisas* cit., IV, 125-126.



pai de família. As servidões legais *também* podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.

2. Diz-se servidão legal o direito de constituir coercivamente uma servidão sobre prédio alheio, mediante o pagamento de uma indemnização.

O seu Autor explicava que não pretendia alterar o regime anterior, no tocante à constituição das servidões legais; na falta de constituição voluntária, elas seriam constituídas por sentença admitindo-se ainda, nas servidões de águas, a constituição por via administrativa <sup>(70)</sup>. A locução «também» teria, então, o sentido de repescar, a propósito das servidões legais, *todos* os modos de constituição relativos às servidões prediais em geral.

IV. No Anteprojecto derivado da 1.<sup>a</sup> Revisão Ministerial <sup>(71)</sup>, o texto foi alterado pela forma seguinte (artigo 1539.<sup>o</sup>):

1. As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, por testamento, por usucapião ou por destinação do pai de família. As servidões legais podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.

2. Diz-se servidão legal o direito de constituir coercivamente o respectivo encargo, mediante o pagamento da indemnização adequada.

Para além da melhoria formal registada no n.<sup>o</sup> 2, unifica-se, no n.<sup>o</sup> 1, a suspensão do «também». A servidão legal ficaria, ligada apenas à sentença judicial e à decisão administrativa, não sendo de imaginar que o Autor da supressão não tivesse atinado nos reflexos substantivos que a mesma não deixaria de ter.

---

<sup>(70)</sup> *Idem*, ob. e loc. cit. na nota anterior.

<sup>(71)</sup> Realizada por ANTUNES VARELA, Ministro da Justiça, como explica o próprio em *Código Civil, Enc. Pólis 1 (1983), 929-944 (932)*.

V. No Anteprojecto derivado da 2.<sup>a</sup> Revisão Ministerial (72), surgem novas alterações neste preceito (artigo 1547.<sup>o</sup>):

1. As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família.
2. As servidões legais também podem ser constituídas por sentença judicial ou decisão administrativa, conforme os casos.

Suprime-se, pois, a definição de servidão legal e procede-se à numeração da segunda parte do antigo n.<sup>o</sup> 1.

A palavra «também» volta, contudo, a fazer a sua aparição. O pêndulo legislativo oscila, pois, no sentido original do anteprojecto PIRES DE LIMA, sendo seguro que os seus Autores bem haviam sentido a problemática substantiva que subjazia à questão.

VI. No projecto surgiria a redacção definitiva — artigo 1547.<sup>o</sup> E ela foi, patentemente, uma *solução de compromisso*: enquanto o n.<sup>o</sup> 1 repetia o teor da 2.<sup>a</sup> Revisão Ministerial, o n.<sup>o</sup> 2 articulava:

As servidões legais, *na falta de constituição voluntária*, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.

A fórmula «... na falta de constituição voluntária ...» é diferente do «também»: não recebe todos os modos de constituição antes elencados mas, apenas, os que se possam considerar «de constituição voluntária». E, naturalmente, diz mais qualquer coisa do que o silêncio da 1.<sup>a</sup> Revisão Ministerial. As discussões travadas neste domínio durante a vigência do Código de Seabra e as próprias oscilações dos preparatórios não permitem pensar que tudo isto ocorra ao mero sabor do acaso.

---

(72) Realizada por ANTUNES VARELA e pelo próprio PIRES DE LIMA, consoante a explicação do primeiro; cf. o artigo *Código Civil* cit., 933. Os textos em causa podem ser confrontados em RODRIGUES BASTOS, *Direito das Coisas* cit., IV, 125.

VII. Por tudo isto, pode concluir-se que os trabalhos preparatórios indiciam uma não-coincidência entre os modos de constituição das servidões não-legais e legais ou antes: as servidões legais, para além da sentença e da decisão administrativa, não poderão, sem mais, constituir-se por qualquer uma das formas previstas para as servidões não-legais <sup>(73)</sup>. Apenas se constituem por «modos voluntários».

§ 10.º *A constituição voluntária das servidões; o problema da usucapião e da destinação do pai de família*

I. Ponderada a *occasio legis*, cabe analisar o elemento sistemático e, designadamente, conectar o dispositivo do artigo 1547.º do Código Civil com os diversos institutos nele figurados.

Em termos técnicos, pode dar-se por assente que, na servidão legal de passagem, surgem dois momentos distintos <sup>(74)</sup>:

- o direito potestativo de — *maxime* pelo recurso à via judicial — fazer surgir a servidão;
- a servidão propriamente dita, uma vez constituída.

Entre os dois momentos terá de haver um qualquer elo mínimo de ligação; quando não, a servidão legal perderia toda a sua especificidade. Julga-se que esse elo resulta do artigo 1547.º/2: na falta de constituição voluntária, a servidão surgirá por via coactiva, de tal modo que, caso decida actuar, a vontade humana, aquando da sua formação, vai inevitavelmente ser influenciada pela eminência da intervenção do *ius imperii* estadual.

---

<sup>(73)</sup> Esta particular feição dos trabalhos preparatórios, que tem passado despercebido na doutrina, foi já enfocada por ERIDANO DE ABREU num notável escrito inédito sobre a matéria, a que o autor deste estudo teve acesso.

<sup>(74)</sup> Cf., por último, entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Reais*, 4.ª ed. (1983), 252 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed. revista e actualizada com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA (1984), 627. Vide MOTA PINTO, *Direitos Reais* (1975, por ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA), 328, DIAS MARQUES, *Direitos Reais (Parte geral)*, vol. I (1960). 225.

Na falta deste elo, não se vê qualquer lógica em, a servidões constituídas, por exemplo, por contrato, chamar «legais».

Cite-se JOSÉ DIAS MARQUES, em texto anterior ao actual Código Civil, mas sempre actual:

«Como se vê, a servidão legal, uma vez constituída, em nada se diferencia das que o são por via negocial. E, quer o seja por uma via quer por outra, sempre, depois de constituída, tem o carácter de limitação individual e concreta dos demais direitos incidentes sobre o prédio serviente — o que significa, portanto, que é estranha à sua regulamentação geral e objectiva.

Qual é, então, o interesse que reveste para esta matéria o estudo das servidões legais?

Esse interesse reside, precisamente, na consideração do período anterior à sua constituição» (75).

Tudo reside, pois, na conveniente ponderação desse período.

II. Segundo o artigo 1547.º/1 do Código Civil, as servidões podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família.

Torna-se indubitável que o contrato e o testamento são modos de «constituição voluntária» para efeitos do n.º 2 do mesmo preceito: além de negócios jurídicos, essas modalidades constitutivas deixam, à saciedade, imaginar a situação da vontade da pessoa que, pressionada pela sujeição em que se encontra de ver, coactivamente, constituir uma servidão legal, cede na formação voluntária. Há um elo entre o direito potestativo prévio e a servidão subsequente, compreendendo-se o porquê da aplicação, a esta, do regime das servidões legais.

No tocante, porém, à *usucapião* e à *destinação do pai de família*, a saída é mais difícil, devendo ser ponderada.

III. A *usucapião* é, sabidamente, a constituição do direito real correspondente a certa posse, desde que esta se prolongue,

---

(75) DIAS MARQUES, *Direitos Reais* cit., I, 225.

com certas características, pelo período de tempo legalmente fixado.

A *usucapião* é um modo de *aquisição originária* de direitos reais: quando funcione, é indiferente a anterior titularidade do prédio, bem como quaisquer outros ónus que o titular legítimo anterior teria de suportar. A usucapião funciona mesmo contra a presunção inilidível formada a favor do terceiro de boa fé através do registo predial: é a *usucapio contra tabulas*. Por isso, é bem conhecido o seu papel na acção de reivindicação.

A *usucapião* assenta num facto do homem: a própria posse e a invocação do seu decurso. Mas ela *não segue o regime das manifestações ou actuações voluntárias* <sup>(76)</sup>; na verdade:

- a própria posse, mesmo de imóveis, pode ser adquirida por incapazes, desde que tenham o uso da razão — artigo 1266.º do Código Civil;
- os incapazes podem adquirir por usucapião, *tanto por si* como por intermédio das pessoas que legalmente os representam — artigo 1289.º/2;
- a usucapião pode ser alegada por aquele *a quem aproveita* — artigo 303.º — *sem excepção dos incapazes* — artigo 301.º — ambos aplicáveis *ex vi* artigo 1292.º

Seria, pois, um grave lapso técnico — no qual não se presume ter incorrido o legislador — incluir a usucapião, sem critério, juntamente com o contrato e o testamento, entre idênticos modos de constituição voluntária de situações jurídicas. As regras aplicáveis são, como se viu, bem distintas.

Mas para além destes aspectos, bastante elucidativos, outro há que, só por si, já seria de molde a não possibilitar a inclusão da usucapião no rol dos modos de constituição referidos ou presupostos no artigo 1547.º/2.

Quando se fala em «constituição voluntária» tem-se em vista, na linguagem comum como na linguagem técnico-jurídica, uma

---

<sup>(76)</sup> Ou seja: ao contrário do que por vezes se julga não têm, aqui, aplicação as regras da Parte Geral do Código Civil; cf. MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed., 1.º vol. (1988), 92-93.

constituição para a qual o onerado tenha dado *o seu assentimento*. *Não há constituição voluntária quando uma pessoa imponha a outra a formação de uma determinada situação*. De outra forma, *a própria servidão constituída por sentença judicial seria voluntária: apenas por vontade do Autor pode o tribunal desencadear a sua formação*.

Ora, no caso da usucapião, uma pessoa *impõe*, a outra, a constituição da servidão. Não há uma constituição voluntária mas antes uma constituição forçada, obrigatória, imposta ou legal, como se queria.

IV. *A destinação do pai de família* opera nos termos do artigo 1549.º do Código Civil:

«Se em dois prédios do mesmo dono, ou em duas fracções de um só prédio, houver sinal ou sinais visíveis e permanentes, postos em um ou em ambos, que revelem serventia de um para com outro, serão esses sinais havidos como prova de servidão quando, em relação ao domínio, os dois prédios, ou as duas fracções do mesmo prédio, vierem a separar-se, salvo se ao tempo da separação outra coisa se houver declarado no respectivo documento».

Os seus requisitos são, pois:

- dois prédios do mesmo dono ou duas fracções do mesmo prédio;
- sinais visíveis e permanentes que revelem serventia de um para com outro;
- a separação dos dois prédios ou fracções;
- a inexistência de declaração contrária à servidão, no documento relativo à separação.

A destinação do pai de família tem, na verdade, por alguma doutrina, sido considerada como um «modo voluntário» de constituir uma servidão. Assim será se, por «voluntário», se entender o facto do homem, em sentido amplo. Quando, porém, se queira dar, *de voluntário*, uma ideia técnica, isto é, uma ideia correspondente à actuação da vontade humana, com um certo objec-

tivo jurídico — portanto, de modo a englobar o negócio jurídico ou o acto jurídico em sentido estrito — verifica-se, a uma reflexão mínima, que *não há, aqui, qualquer voluntariedade*.

Na verdade, atentos os requisitos da destinação do pai de família, verifica-se que a voluntariedade poderia surgir num de três pontos:

- na actividade destinada a colocar os «sinais visíveis e permanentes que revelem a serventia»;
- na actividade destinada a separar os prédios ou fracções de prédio;
- na não declaração em contrário.

*Importa, desde logo, afastar este último ponto.* O silêncio puro e simples não é, na actualidade, assimilável a qualquer declaração tácita: por definição, ele apenas traduz a ausência de qualquer exteriorização<sup>(77)</sup>. Aceita-se, pois, que a vontade possa afastar a destinação do pai de família. Mas daí não se deve inferir, sem mais, que a ausência de declaração seja uma vontade em contrária: *a ausência da declaração é, simplesmente, ausência de vontade*.

*Tão-pouco se pode ver uma voluntariedade na actuação destinada a colocar «sinais visíveis e permanentes».* Três razões depõem nesse sentido:

- os «sinais» podem não resultar, sequer, duma actividade humana; pense-se, por exemplo, na constituição natural dum rego, utilizado para a condução de água, ou de um trilho, pela passagem habitual e espontânea de gado;
- os «sinais» podem resultar da tarefa de um antigo proprietário, de um usufrutuário ou de um arrendatário<sup>(78)</sup>

---

<sup>(77)</sup> Cf., por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, tit. IV, *Acções e factos jurídicos* (1983/84), 170-171 e MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.º vol. (1987), 112 ss.

<sup>(78)</sup> Em abono, MOTA PINTO, *Direitos Reais* cit., 323. No mesmo sentido PIRES DE LIMA, *Servidões prediais* cit., 14, que, quanto aos «sinais», eliminou da redacção do Código de Seabra o requisito de eles serem «postos por ele (o proprietário) ou pelos seus antecessores»; «o que importa é que existem sinais, e que estes sejam visíveis e permanentes», disse o Autor do Anteprojecto. De seguida, esse Autor exigia, porém, o conhecimento do proprietário, o que não consta da lei e não pode ser sufragado, pelas razões constantes do texto.

os quais não têm legitimidade para constituir servidões, e sem que o «pai de família» tenha qualquer vontade formada quanto a eles;

- os «sinais» podem advir da actividade do proprietário actual e legítimo; simplesmente, ao originá-los, o proprietário não terá, quase por norma, a mínima intenção de constituir, no futuro, uma servidão *ex* artigo 1549.º; ele apenas visa desenvolver uma actuação material (79).

Finalmente, a voluntariedade relevante *não reside na própria divisão dos prédios ou fracções de prédio*. Duas razões bastarão para demonstrá-lo:

- desde logo, a divisão pode não ser provocada pelo proprietário comum mas advir, simplesmente, dum juízo divi-sório — artigos 1413.º do Código Civil e 1059.º do Código de Processo Civil;
- na divisão, o proprietário visa, apenas, dividir e não (ou não necessariamente) constituir servidões; teoricamente, seria possível tudo funcionar sem que o proprietário, sequer, conhecesse os «sinais visíveis e permanentes».

Conclui-se, pois, que a *destinação do pai de família* é um facto jurídico em sentido estrito. O Direito associa a um certo circunstancialismo a automática constituição da servidão, independentemente de haver uma vontade humana específica e válida, a tanto destinada (80).

---

(79) Por isso, o proprietário em causa pode ser incapaz; esse facto vitimaria o negócio jurídico destinado a constituir uma servidão: mas deixaria incólumes os «sinais visíveis e permanentes» aqui em causa.

(80) Este estado de coisas tem sido reconhecido pela doutrina portuguesa, ainda que com hesitações e flutuações perfeitamente compreensíveis perante o escasso aprofundamento da matéria. Desde logo, recorde-se CUNHA GONÇALVES, *Tra-tado de Direito Civil*, XI (1936), 664, que considerava a servidão constituída por destinação do pai de família como uma servidão legal. PIRES DE LIMA e ANTU-NES VARELA, no *Código Anotado*, 3.º vol., ed. cit., 635, criticam CUNHA GON-ÇALVES neste ponto. Mas acrescentam:

«Qualificar a servidão como voluntária não equivale, todavia, a dizer que ela resulta de uma declaração negocial designadamente de um acordo tácito,



V. Tudo visto, concluiu-se que a constituição da servidão por usucapião ou por destinação do pai de família não pode ser considerada *voluntária*, em paralelo com a sua constituição por negócio jurídico. Na usucapião, a servidão *é imposta por uma parte à outra*; na destinação do pai de família *há um facto jurídico «stricto sensu»*.

Assim sendo, estas duas formas de constituição de servidões não podem originar, nos termos do artigo 1547.º/2 do Código Civil, servidões legais.

### § 12.º *O regime das servidões legais e a sua extensão*

I. A análise sistemática do artigo 1547.º do Código Civil não se esgota nas conexões, já ponderadas, do seu dispositivo com os institutos nele referidos.

Há outro aspecto — e da maior importância — que cabe estudar: o do regime das figuras nele postuladas. Na verdade, dispondo o artigo 1547.º sobre servidões legais e discutindo-se a extensão desta última figura, impõe-se um método delimitado por excelência: o do regime. *Das servidões previstas ou abrangidas pelo artigo 1547.º do Código Civil, serão legais aquelas a que se possa aplicar o regime prescrito para as servidões legais.*

Por isso, e ainda que com a necessária concisão, há que ponderar o regime das servidões legais e a sua extensão.

II. O primeiro requisito da servidão legal de passagem é a existência de um *prédio engravado*, absoluta ou relativamente,

---

*segundo o entendimento tradicional, ainda hoje dominante em França. A servidão assenta num facto voluntário (a colocação do sinal ou sinais aparentes e permanentes), mas a relevância ou os efeitos deste facto são os determinados pela lei. Vide, neste sentido, Messineo (...), Henrique Mesquita (...) e Tavarela Lobo ...».*

Esses Autores dizem o essencial, podendo ser citados em abono da posição defendida no texto; na verdade, a «colocação do sinal ou sinais» não tem de ser voluntária; sendo-o, não tem de ser do proprietário; e que o seja: a «vontade» é material, de transformar a coisa e não *ad constituendum servitutis*.

como se depreende do artigo 1550.º do Código Civil <sup>(81)</sup>. Prédio encravado é aquele que não tenha «... comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la sem excessivo incómodo ou dispêndio ...» — artigo 1550.º/1. E é, ainda, o «... que tenha comunicação insuficiente com a via pública, *por terreno seu ou alheio*» — artigo 1550.º/2.

Fica assim, afastado do universo dos encraves o prédio cujo proprietário tenha comunicação suficiente para a via pública, *por terreno seu ou alheio*, ou seja, por confrontar com um (outro) prédio seu bem servido ou por ser titular duma servidão de passagem através dum prédio alheio.

Não é, assim, encravado o prédio que, servido por uma comum servidão de passagem, para a via pública, tenha visto, por um mecanismo qualquer de divisões ou de supressões de estradas, as suas extremas totalmente rodeadas por prédio(s) alheio(s): o seu proprietário tem comunicação suficiente com a via pública, *por terreno alheio* — artigo 1550.º/2 <sup>(82)</sup>. E não sendo encravado, nenhuma razão se visualiza para transmutar em legal a servidão preexistente.

Assim sendo — e porque assim é — põe-se um problema muito curioso: *quid iuris* quando a divisão motivadora do encrave promova, em simultâneo, a constituição duma servidão por destinação do pai de família?

Na verdade:

- não chega a haver encrave: no preciso momento da insularização, constitui-se a «comunicação suficiente com a via pública, *por terreno alheio*», figurada no artigo 1550.º/2 do Código Civil;
- não se aplica, ao caso, o regime das servidões por encraves mas sim o do artigo 1549.º

---

<sup>(81)</sup> Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., 3.º vol., 2.ª ed., 636 ss.

<sup>(82)</sup> A lei portuguesa permite mesmo, manifestamente, ir mais longe e proclamar — tal como a jurisprudência francesa — que assim será mesmo quando a comunicação em causa *o seja de mero facto*.

Outro problema paralelo é o da alegação<sup>(83)</sup>, perante um encrave, da aquisição, por usucapião, duma servidão de passagem. Quando a posse fosse anterior ao «encrave», este nunca teria existido: os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse — artigo 1288.º — pelo que tendo havido sempre «comunicação suficiente com a via pública por terreno alheio», não há encrave.

Portanto: não se aplica o regime das servidões legais, por falta de encrave, sempre que este resulte de divisão que, em simultâneo, constitua uma servidão suficiente por destinação do pai de família ou sempre que, posteriormente, seja alegada a usucapião de servidão bastante, na base duma posse anterior, dado o efeito retroactivo de tal alegação.

III. De seguida, verifica-se que os proprietários de quintas muradas, quintais, jardins ou terrenos adjacentes a prédios urbanos podem substituir-se ao encargo de ceder passagem, adquirindo o prédio encravado pelo seu justo valor — artigo 1551.º/1.

Esta expropriação por utilidade articular, cuja origem histórica já foi referida, corresponde a um direito potestativo do titular do prédio ameaçado pela servidão<sup>(84)</sup>. Mas tal direito potestativo só pode ser usado antes da constituição, por sentença ou equivalente, de qualquer servidão. Constituída por usucapião ou por destinação do pai de família uma servidão bastante, já não pode ser actuada a expropriação particular do artigo 1551.º/1 do Código Civil, como resulta expressamente da sua letra; assim será, também, se se deixar transitar uma sentença constitutiva ou se se fechar um negócio constitutivo<sup>(85)</sup>.

---

<sup>(83)</sup> Tal alegação só pode, aliás, ser feita pelo titular do prédio encravado, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público, num aspecto a que haverá a oportunidade de regressar; nunca pelo titular do prédio serviente.

<sup>(84)</sup> Por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado* cit., 3.º vol., 2.ª ed., 639.

<sup>(85)</sup> *Idem*, em abono, *Código Civil Anotado* cit., 3.º vol., 2.ª ed., 639.

De todo o modo releve-se, agora, a inaplicabilidade do artigo 1551.º do Código Civil perante servidões previamente <sup>(86)</sup> constituídas por usucapião ou destinação do pai de família.

IV. Um traço importante da constituição das servidões legais é a *indemnização devida ao proprietário serviente*. Essa indemnização é *simples*, correspondendo ao prejuízo sofrido, na generalidade dos casos — artigo 1554.º do Código Civil — ou *agravada*, no caso de encrave voluntário — artigo 1552.º do mesmo diploma.

Parece, no entanto, claro que a indemnização só funciona perante a constituição judicial ou equivalente da servidão. Pode admitir-se que na constituição contratual, a indemnização exista, mas fique na disponibilidade das partes. Mas já assim não será perante servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família: não cabe, aí, qualquer indemnização, em termos que se prendem com a própria natureza desses institutos e em que não cabe insistir.

Ou seja: os artigos 1552.º e 1554.º do Código Civil são inaplicáveis perante servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família.

V. Quando caiba uma servidão legal de passagem, esta «... deve ser concedida através do prédio ou prédios que sofram menor prejuízo, e pelo modo e lugar menos inconvenientes para os prédios onerados» — artigo 1553.º

De novo se está perante um dispositivo aplicável apenas a servidões constituídas por sentença judicial ou similar. No caso do contrato, pode afirmar-se o mesmo princípio, colocando-o, embora, na disponibilidade das partes.

Mas não já perante a usucapião ou a destinação do pai de família: nesses casos, a servidão seguirá pelo lugar pré-determinado pela posse ou pelos «sinais visíveis e permanentes», sejam eles quais forem.

---

<sup>(86)</sup> Portanto: antes de alegado o poder conferido pelo artigo 1550.º de, coactivamente, promover a constituição da servidão legal de passagem.

Finalmente, o regime da extinção ordena-se em função das coordenadas resultantes de quanto acima foi dito. As servidões legais, seja qual for o título da sua constituição, extinguem-se por desnecessidade superveniente — artigo 1569.º/3; outro tanto, por expressa e autónoma injunção legal, acontece com as servidões constituídas por usucapião — artigo 1569.º/2. Em compensação, havendo destinação do pai de família, nenhuma razão se visualiza para penalizar os (ex-)encraves: na falta de preceito legal que disponha doutra forma, tantas razões existem para manter a servidão constituída por destinação do pai de família, tornada desnecessária, quando não haja encrave e quando isso não suceda. *A forma de extinção própria das servidões legais apenas se aplica às constituídas por usucapião em virtude de norma própria e autónoma e não funciona perante as constituídas por destinação do pai de família.*

VI. Em conclusão: o regime próprio das servidões legais de passagem, firmado nos artigos 1550.º (Prédio encravado), 1551.º (Possibilidade de afastamento da servidão), 1552.º (Encrave voluntário), 1553.º (Lugar da constituição da servidão), 1554.º (Indemnização) e 1569.º/3 (Extinção) não se aplica, em nenhum dos seus pontos, e por razões várias e confluentes, às servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família.

Assim sendo, perfilam-se duas consequências:

- as servidões em causa, não gozando do regime das servidões legais, não são, elas próprias, legais;
- o artigo 1555.º (Preferência legal) não se aplica, por razões sistemáticas e de fundo, a essas servidões.

Basta ver a contradição sistemática que haveria em, às servidões constituídas por usucapião e por destinação do pai de família não se aplicar, em nada, o regime das servidões legais, excepto no tocante à preferência legal do titular serviente.

## § 12.º *A finalidade da preferência legal do titular serviente*

I. Cabe, por fim, ponderar o elemento teleológico da interpretação, ao qual a doutrina de hoje tende a dar prevalência, em caso de contradição com os restantes <sup>(87)</sup>.

Segundo o preâmbulo do Decreto de 23 de Maio de 1911, que estabeleceu a preferência do titular serviente na aquisição onerosa do encrave, a «opção» visaria «fazer cessar o ónus e regularizar a propriedade».

Esta indicação tem, ainda hoje, actualidade.

Como ficou claro, depois dos estudos de OLIVEIRA ASCENÇÃO <sup>(88)</sup>, na matéria das servidões joga-se um problema de conflitos de vizinhança entre direitos reais: a lei visa por cobro a tais conflitos facilitando a reunião, na mesma esfera jurídica, das coisas ou direitos que gerem os conflitos em causa <sup>(89)</sup>.

II. Com este pano de fundo, a preferência legal do titular serviente poderia visar:

- pôr cobro às situações de encrave;
- pôr cobro às situações de servidão.

Ambas são, na verdade, potencialmente conflituosas.

No entanto, se bem se atentar, verifica-se que nenhuma dessas duas finalidades foi prosseguida pelo legislador.

O encrave, em si, não é potencialmente mais conflituoso do que qualquer outra situação de vizinhança, desde que descontado o problema das servidões legais. Na verdade, e uma vez que sempre terá de haver vizinhos, tanto dará ter muitos como apenas, um. Por outro lado, se o legislador quisesse liquidar os encraves em si, teria mantido a solução do Código de Seabra, versão de 1930, que consistia em conceder aos titulares encravados, tam-

---

<sup>(87)</sup> Assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.ª ed. (1983), 91, nota 23. Há trad. port. da Fundação Calouste Gulbenkian, efectuada pelo Autor deste artigo.

<sup>(88)</sup> Em especial na obra *As relações jurídicas reais* (1962) e, depois, em sucessivas edições da obra *Direitos reais*.

<sup>(89)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais* cit., 2.º vol., 1109.

bém, a preferência nas transmissões onerosas dos prédios servientes. Ora, como se viu, conscientemente, o legislador de 1966 suprimiu tal esquema.

As servidões prediais, por seu turno, sempre potencialmente conflituosas, não dão lugar, por si, a qualquer preferência legal.

Resta concluir que o legislador visou, apenas, pôr cobro às *servidões legais de passagem*.

III. Há, pois, que procurar a razão pela qual as servidões legais de passagem se tornam mais conflituosas do que as servidões comuns.

A servidão legal resultante do exercício potestativo, por via judicial ou equivalente, dum poder de a constituir, contra a vontade do titular serviente, é medida enérgica que bem deixa adivinhar um máximo de conflitualidade. Outro tanto sucede com a servidão que, embora acordada por contrato ou similar, o seja sob a ameaça de exercício do poder legal de a constituir. Estas situações destacam-se, com clareza, do universo das servidões, justificando, na visão do legislador português, a concessão da preferência legal, para lhes pôr cobro.

*Mas quando haja servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família, nada há que permita operar distinções, consoante haja, ou não, encrave.* A usucapião tanto pode ser alegada pelo beneficiário encravado como pelos restantes: em ambos os casos tem os mesmos efeitos. Também a constituição por destinação do pai de família tem o mesmo rosto, no encrave ou fora dele. Nessas duas situações a «ameaça» do recurso a meios coactivos para a constituição da servidão surge indiferente.

Portanto: a finalidade da preferência legal do titular serviente é pôr cobro a situações em que se possa recorrer a meios de soberania para constituir servidões ou em que a ameaça desse recurso conduza, ou possa conduzir, a uma «contratação» não inteiramente livre. Ora tal destinação não opera perante servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família.

*A ratio do artigo 1555.º não se aplica, pois, aos casos de servidões que hajam surgido por alguma dessas duas vias.*

### § 13.º *Síntese*

I. A concluir, impõe-se uma breve síntese dos resultados obtidos. Como ponto de partida indiscutível e indiscutido, está o facto do problema das preferências legais de titulares servientes só se colocar *perante servidões efectivamente constituídas*: não basta, segundo a lei, a jurisprudência e a doutrina, a mera presença do condicionalismo legal que possibilitaria a sua constituição.

II. A *finalidade* da lei ao estabelecer as preferências foi pôr cobro a situações nas quais, *manu militari*, uma pessoa tenha imposto, a outra, uma servidão. A estas situações, há que assimilar outras onde a servidão tenha sido negocialmente estabelecida, mas sob a iminência da intervenção do tribunal: há, aí, uma pressão evidente na formação da vontade, que bem recomenda a analogia das soluções. Ora, tal finalidade não atinge as servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família, onde, por definição, não houve nem pode haver qualquer intervenção do tribunal.

Esta consideração teleológica do problema mais não faz do que confirmar os resultados obtidos através do estudo dos *trabalhos preparatórios*.

A análise da constituição das servidões por usucapião e por destinação do pai de família, que revela uma *natureza não voluntária dessas figuras*, conduz, por seu turno, à não inclusão dessas figuras no rol dos modos de constituição das servidões legais. E a ponderação do regime das servidões legais mostra que ele não é aplicável às servidões constituídas por alguma daquelas duas formas.

III. Tudo visto, está-se em condições de afirmar que o artigo 1547.º/2 do Código Civil deve ser interpretado no sentido de admitir a constituição de servidões legais *por contrato ou testamento ou, na sua falta, por sentença judicial ou por decisão administrativa*.



*O esquema das servidões legais, com a preferência a elas inerente não é, pela lei vigente, alargado às constituídas por usucapião e por destinação do pai de família, numa asserção que vai ao encontro de princípios gerais importantes que lograram consagração constitucional.*