

SERVIDÃO

TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO
Promotor de Entrância Especial em Porto Alegre
Prof. Dir. Civ. Fac. Ritter dos Reis, RS (*)

SUMÁRIO — 1. COMPREENSÃO INTRODUTÓRIA. 1.1 Elementos caracterizadores. 1.2 Princípios cogentes. 1.3 Diferenciações. 2. USO DA SERVIDÃO. 2.1 Conteúdo. 2.2 Conservação e obras necessárias. 2.3 Exercício e direito à remoção. 3. CONSTITUIÇÃO. 3.1 Observações gerais. 3.2 Convenção entre as partes. 3.3 Testamento. 3.4 Destinação do proprietário. 3.5 Usucapião. 3.6 Sentença. 4. EXTINÇÃO. 4.1 O ato complexo e a desapropriação. 4.2 As hipóteses do art. 709 do Código Civil. 4.3 Os casos do art. 710 do Código Civil. 4.4 Causas lógicas. 4.5 Causas específicas.

1. COMPREENSÃO INTRODUTÓRIA

1.1 *Elementos caracterizadores.* O entendimento inicial do que seja servidão — direito real de gozo sobre coisa alheia — é extraído dos termos do art. 695 do Código Civil e da indicação e compreensão de seus elementos caracterizadores, bem definidos em lei. O primeiro deles se prende ao fato de ser este tipo de direito real relação de predialidade. Em outros termos, para caracterização da servidão, há necessidade de dois prédios, que vão se vincular entre si com restrição para um e plus de direito para o outro. Impensável servidão sem a existência de dois prédios, no mínimo. No direito pretérito, sustentou-se que os dois prédios, para estruturarem uma servidão, precisavam ser contíguos. Não por força de uma regra jurídica mas por visão imperfeita dos fatos. Hoje se observa que, mesmo carente a contigüidade, há possibilidade de relação de servidão. O que se exige é que os prédios sejam vizinhos, numa relação de vizinhança menor ou maior conforme a necessidade do exercício da servidão. A proximidade menor ou maior é casuística, porque é caso a caso que se verifica se o plus de vantagem de um é tangível fisicamente no outro. Saliênta-se este aspecto, notadamente para deixar bem claro que a relação que deflui da servidão é, necessariamente, entre dois prédios. Erra quem a situa entre um prédio e uma pessoa ou entre duas pessoas, proprietárias de prédios diferentes. A relação, repete-se, é de predialidade.

(*) Professor de Direito Civil da Faculdade Ritter dos Reis, Canoas, RS.

Em direito, o conceito de **prédio** não é o mesmo do leigo. O laicato entende **prédio** como construção, edificação, casa acima do terreno, imobilizada por força do art. 43, II, do Código Civil. E tem apoio de expressões técnicas como imposto predial, incidente quando há alguma construção feita sobre terreno. Contudo, PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, v. 2, p. 501, Ed. Revista dos Tribunais, 1967) é preciso ao dizer que “o imposto predial é o que incide nos prédios (no sentido estrito que o uso vulgar introduziu)”. Tecnicamente e no que interessa às servidões, **prédio** tem uma compreensão mais ampla: é o terreno, sobre o qual tem ou não construção, sobre o qual existe ou não plantação. É o bem imóvel, que pode ser só o solo ou este acrescido dos acessórios e das outras partes integrantes. Em outros termos, **prédio** é o que o leigo denomina de terreno e o que, se houver construção encima, cognomina de **prédio**.

Há, ainda, necessidade de que os dois **prédios** pertençam a pessoas diferentes. O próprio art. 695 do Código Civil fala em “impõe-se a servidão predial a um **prédio** em favor de outro, pertencente a diverso dono”. Não fosse isto, por razão lógico-jurídica chegar-se-ia à mesma conclusão. A servidão é direito real sobre coisa alheia. No momento em que os **prédios** fossem do mesmo dono, haveria impossibilidade jurídica de direito real sobre coisa alheia; sim, sobre coisa própria, que nada mais é que a propriedade plena. PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, v. 18, p. 207, Ed. Borsoi, 3ª ed., 1971) diz que “no direito brasileiro, não há obstáculo em constituir o dono de dois ou mais **prédios** servidões, por negócio jurídico unilateral, a despeito do superado ‘pertencente a diverso dono’, que aparece no art. 695 do Código Civil”, admitindo, assim, servidão em **prédio** próprio. Entendemos diferentemente, porque o impedimento existe expressamente na lei civil. Não só como óbice para sua constituição, porque se diz que os **prédios** devem pertencer a diverso dono, mas como causa extintiva da servidão se, após a constituição, os **prédios** se reunirem no domínio de um só. É a regra do art. 710 do Código Civil: “As servidões prediais extinguem-se: II — pela reunião dos dois **prédios** no domínio da mesma pessoa”. Ante estes dois obstáculos expressamente previstos em lei, a afirmação de PONTES DE MIRANDA só tem sentido de *lege ferenda*.

Faticamente pode ocorrer uma situação idêntica à de servidão, entre dois **prédios** do mesmo dono. Não se afasta, inclusive, a hipótese que tenha havido registro imobiliário a respeito. Mas, como ao direito cabe classificar e tipificar os fatos jurídicos, não há servidão no sentido técnico-legal. Há uma configuração fática que o sistema jurídico não admite como servidão. É o que ocorre na denominada servidão por destino do proprietário. Este, enquanto dono dos dois **prédios**, cria entre ambos uma relação de predialidade: uma passagem, por exemplo. Esta circunstância fática, não-obstante registrada na circunscrição imobiliária competente, não configura servidão. A tanto obstaculizam os arts. 695 e 710, I, do Código Civil. Mas tem conteúdo embrionário. Basta que um dos **prédios** se transmita a terceiro, por ato inter vivos ou causa mortis, e a servidão está constituída a partir daí. O elemento que impedia sua configuração — **prédios** pertencentes ao mesmo dono — desapareceu. A doutrina, inclusive, admite esta forma de constituição de servidão, cujo termo inicial se dá no momento em que há diversidade de dono (LAFAYETTE, Direito das Coisas, v. 1, p. 431, Ed. Rio, Edição Histórica, 1977; ORLANDO GOMES, Direitos Reais, p. 289, 6ª ed., 1978, Forense; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Curso de Direito Civil; Direito das Coisas, p. 280, Ed. Saraiva, 6ª ed., 1966; e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, v. 4, p. 228, Forense, 3ª ed., 1978).

O terceiro elemento já é consequência da própria servidão. Um dos **prédios**, na relação de predialidade formada, deve estar na situação de dominante. O denominado **prédio** dominante é o que adquire, pela servidão, uma série de direitos elementares que se destacam do outro **prédio**, tais como o de usar (servidão de trânsito) e o de fruir (servi-

dão de pasto). Por isso, para o prédio dominante, a servidão é um direito, mais propriamente aumento de direitos que vão atuar sobre o prédio alheio. Aqui, entretanto, há uma observação que se faz necessária. Prédio não é titular de direitos ou obrigações, mesmo porque esta titularidade pressupõe personalidade. Os direitos que, na relação predial, vão ao prédio dominante, são exercidos pelo dono do dominante. E, como ocorre em qualquer direito real, a oponibilidade é contra todos, *erga omnes*, alcançando, por estar dentro desta coletividade, o titular do prédio que, na servidão, tem a atribuição de servir.

No que concerne à titularidade da servidão, há um aspecto a salientar. O dono do prédio dominante é que é seu titular. Mas, diante de outras realidades jurídicas, a servidão pode ter como titular outra pessoa, que não o dono do dominante. Na enfiteuse e no usufruto, o senhorio direto e o nu-proprietário, donos do imóvel, não têm o direito de usar e o de fruir, que pertencem, perpétua ou temporariamente, ao enfiteuta ou ao usufrutuário. Sendo o bem enfiteutico ou sujeito ao usufruto prédio dominante, a titularidade da servidão não pode ser nem do senhorio direto nem do nu-proprietário, porque lhes faltam os direitos reflexos da propriedade para exercerem-na; ao contrário, é do enfiteuta ou do usufrutuário (PONTES DE MIRANDA, opus cit., v. 18, p. 204). Na mesma ordem de idéia, é o que pode ocorrer com o usuário ou o habitador. Já na locação, o titular continua a ser o proprietário-locador, isto porque o locatário não recebe do locador qualquer direito reflexo da propriedade.

Como consequência da existência de um prédio dominante, o outro é prédio serviente. É o que suporta a servidão, seu elemento passivo, para o qual a servidão é um ônus, porque significa restrição da liberdade. Aqui, se acrescenta um elemento novo e fundamental. Nada impõe que a servidão seja perpétua ou de duração determinada. A perpetuidade já foi elemento essencial à servidão; hoje não é mais. Podem as partes, neste sentido havendo direito dispositivo, dispor sobre sua duração, menor ou maior. No decurso da servidão, os bens continuam comerciáveis, podendo ser alienados, transmitidos causa mortis, doados, etc. Tal ocorrendo, haverá ou poderá haver mudança subjetiva dos donos do prédio dominante e do prédio serviente. Os novos adquirentes assumem a posição dos transmitentes, em toda sua integralidade. A relação existente na servidão é de predialidade e, por isso, alcança os donos de ambos os prédios. O titular da servidão é aquele que, no instante determinado, é o dono do prédio dominante. A mesma regra se aplica ao prédio serviente. Não fosse assim, se estaria negando o direito de seqüela.

Por fim, a servidão tem um conteúdo determinado, concedendo ou aumentando direitos a um prédio — dominante — e restringindo para o outro — o serviente. Em linhas gerais, pode a servidão ser, para seu titular, um facere (fazer), o aproveitamento positivo do imóvel serviente, como ocorre na servidão de trânsito, na de aqueduto, na de pastagem, na de tirar água, etc., ou ser, para o dono do prédio serviente, um non faciendo (não-fazer), ou seja, restrições impeditivas de certas atividades do prédio serviente, como a de não construir mais alto, etc. Esta matéria, entretanto, exige maior espaço para ser examinada. Ao se falar sobre o uso da servidão, se aprofundará mais o exame do conteúdo, visto que lá, ao contrário daqui que é simples introdução, haverá mais oportunidade.

1.2 *Princípios cogentes*. A servidão constituída rege-se por certas normas, que limitam seu entendimento e exercício. A obediência, em princípio, é ao que foi disposto pelas partes. Na constituição da servidão, há uma ampla área que a lei concede à negociação, tratada e acordada pelo interesse e conveniência das partes. O que for entre elas ajustado, por se encontrar no campo do livremente convencionado, passa a ser regra que se impõe. Regra concebida pelos contratantes. Há obediência também — e agora afastada da autonomia dos acordantes — a tudo aquilo que, na legislação, aparece como imperativo. É o efeito da norma cogente, que obrigatoriamente deve ser seguida, inadmitindo-se disposi-

ção convencional em sentido contrário. Cumpre-se porque a lei diz que deve ser cumprido e o interesse público impede seu afastamento pelos interessados.

Entre as regras legais, estão determinados princípios considerados como básicos no instituto jurídico da servidão. Assim: não se constitui servidão sobre servidão (LAFAYETTE, opus cit., v. 1, p. 376); servidão não se presume (art. 696 do Código Civil); servidão, por ser direito acessório no sentido de que, aderindo aos prédios, não tem existência autônoma relativamente a eles, é inalienável; e a servidão é indivisível, quer ativa quer passivamente (art. 707 do Código Civil).

Não se constitui servidão sobre servidão. Na regra latina, *servitus servitutis esse non potest*. Com efeito, o dono do prédio dominante, que é o titular da servidão, não pode, *sponte sua*, unilateralmente, alargá-la a outros prédios, seus ou não. É direito que se limita nos termos da relação de predialidade constituída. A servidão não é feita *intuitu personae*; sim para satisfazer uma necessidade-utilidade de um prédio, o dominante. Por isso, a servidão adere aos prédios dominante e serviente. Àquele, para lhe representar um direito, um plus de vantagem, um benefício a mais; ao serviente, para representar sujeição, restrições, perda de direitos. Mas sempre vinculada, exclusivamente, aos prédios da relação de predialidade. Os demais imóveis que estão fora da relação — sejam vizinhos, contíguos ou não-próximos — permanecem estranhos, como consequência, à relação. O prédio serviente só vai servir, sujeitar-se ao ônus maior ou menor, em favor do prédio dominante eleito no ato constitutivo. Outro negócio jurídico de transmissão de direito real para outros prédios depende de nova convenção, em que tome parte o dono do prédio serviente. Mas aí é constituição, através de ato bilateral ou plurilateral. O ato unilateral do dono do prédio dominante é que está obstaculizado. O titular do prédio serviente, que é o que sofre o ônus, tem interesse e legitimidade para tal impedir.

O não se presumir servidão leva a outras conclusões, por consequência lógica. Tem-se que o ônus da prova da servidão cabe a quem a alega, exigindo-se comprovação eficiente. A falta de prova bastante ou a dúvida gerada pela prova apresentada, levam à circunstância de ter de entendê-la inexistente. Não basta que ela seja crível ou razoavelmente possível. A crença em sua existência deve ser imperativo da prova feita. Em outras palavras e sob uma visão de outro ângulo, a presunção que existe e deve se admitir é pela inexistência da servidão, já que se presume a inexistência de ônus real. Esta presunção é *juris tantum* porque admite prova em contrário, só cedendo diante de comprovação eficiente, formalmente admitida e com eficácia jurídica. Ou o instrumento constitutivo *inter vivos*, devidamente registrado (art. 676 do Código Civil), ou o *causa mortis* ou a ocorrência de prova indutora e clara concernente à posse para usucapi-la, no tempo previsto em lei (art. 698 do Código Civil). Sem o elemento probatório, indubitável, eficaz e juridicamente admitido, não há embasamento suficiente para se aceitar a existência da servidão. PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 19, p. 185-86) é feliz quando salienta que “a regra jurídica de que a servidão não se presume é simétrica à presunção da liberdade do domínio: o domínio presume-se sem restrições, isto é, não haver direito real limitado, que o grave, nem qualquer restrição que importe em estar cerceado o exercício do direito de propriedade”.

Face esta regra de impresumibilidade da servidão, aparecem outras como reflexo para limitar o conteúdo de uma servidão devidamente comprovada e, por isso, com existência real. Assim, na regra do art. 705, *in fine*, do Código Civil, nas servidões de trânsito a menos onerosa exclui a mais onerosa. Deve-se limitar o mais que se pode a restrição à propriedade, para não sujeitar demasiadamente o prédio serviente. É verdade que a regra do art. 705 referido diz respeito às servidões de trânsito. Isto como regra legal específica e positiva. Contudo, como consequência do princípio geral contido no art. 696 do Código Civil, deve-se presumir que a restrição à propriedade aceita pelo titular do prédio servien-

te é aquela que, satisfazendo a necessidade de outro prédio, não lhe traz encargo demasiadamente excessivo. Há, além desta, outra regra reflexiva. Na interpretação de uma servidão, deve-se fazê-la restritivamente. Como diz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (opus cit., p. 276), “sua interpretação é sempre *stricti juris*, visto implicar, invariavelmente, limitação ao direito de propriedade”. Do mesmo sentir é ORLANDO GOMES (opus cit., p. 291): “a interpretação é restritiva. Há de cumprir-se pela forma menos onerosa ao prédio serviente”.

A servidão, outrossim, é um direito acessório, no sentido de que, aderindo aos prédios, não tem existência autônoma relativamente a eles. É inconcebível, fática e juridicamente, uma servidão excluída, independente, afastada dos prédios que a constituíram. Por isso, não se pode dispor da servidão, transferindo-a ou a cedendo a terceiro, se a apartando do prédio a favor do qual foi constituída. É a inalienabilidade da servidão, como direito independente da propriedade do prédio dominante. Em outras palavras, a servidão é direito que se exerce mas não pode se alienar. Transfere-se o uso, como no caso de se dar em usufruto o prédio dominante, ou passa a exercê-la o locatário, ocorrendo a locação do prédio dominante. Mas a servidão, como servidão, é inalienável. Se a tanto admitisse o dono do prédio serviente, o que ocorreria seria a extinção da primeira servidão com a instituição de uma segunda, independente daquela. Com efeito, a ocorrência desta transmissão, consentida pelo sujeito passivo da servidão, configuraria, por parte de seu titular, verdadeira renúncia, devidamente expressa ou caracterizada. E, nos termos do art. 709, I, do Código Civil, a renúncia do titular do prédio dominante importa em extinção da servidão. O acordo de vontades complementar, entre o titular do prédio serviente e aquele que vai adquirir a servidão, termina por constituir uma nova servidão por convenção entre as partes, através de negócio jurídico válido e eficaz e juridicamente instrumentalizado. Esta é a compreensão imposta pelos princípios legais pertinentes.

Desta maneira, como ensina LAFAYETTE (opus cit., v. 1, p. 376), a servidão “não pode ser desligada do imóvel e transferida, ou hipotecada em separado”. No que concerne ao prédio dominante, dispor dele, alienando, doando ou o hipotecando, é possível. O prédio, por ser titular de uma servidão ou se sujeitar a uma, no caso do serviente, não é retirado do comércio, impedido de ser negociado. Continua a ser, sob este aspecto, bem livre, embora a maior ou menor valorização no mercado imobiliário. A consequência automática é que o acessório — na hipótese, a servidão — segue o principal (art. 59 do Código Civil). Em caso de alienação ou doação do prédio dominante, como a servidão permanece integrada no prédio que se transferiu, o titular do direito real passa a ser o novo dono do prédio dominante. A servidão mudou de titular mas permanece vinculada ao prédio, com ele se transferindo. O mesmo raciocínio deve ocorrer quando a transferência é do prédio serviente. Em caso de hipoteca, o bem que vai garantir a dívida é o imóvel correspondente ao prédio dominante acrescido da vantagem que tem a mais e cujo efeito direto é lhe dar maior valorização econômica. Com diminuição de valor, é a hipoteca do prédio serviente. Mas a hipoteca é sempre possível no seu todo: imóvel mais os efeitos acrescidos ou restritivos da servidão. Diz o art. 811, *in fine*, do Código Civil, que “subsistem os ônus reais constituídos e transcritos, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel”.

A servidão, além do mais, quer vista ativamente (do lado do prédio dominante) quer vista passivamente (do lado do prédio serviente), é um direito uno que adere a todas as partes dos prédios dominante e serviente, inadmitindo-se, em regra, seu fracionamento. É a regra inscrita no art. 707 do Código Civil: “as servidões prediais são indivisíveis. Subsistem, no caso de partilha, em benefício de cada um dos quinhões do prédio dominante, e continuam a gravar cada um dos do prédio serviente...”. A indivisibilidade impede, identicamente, a servidão em partes ideais dos prédios. Daí a razão de LAFAYETTE (opus cit., v. 1, p. 378): “Se o prédio vem a cair no condomínio de dois ou mais indivíduos, a servi-

ção subsiste íntegra e perfeita e cada um dos condôminos a exerce como se fora o único proprietário”, o mesmo ocorrendo se o condomínio se der em prédio serviente. Esta regra de indivisibilidade, todavia, suporta limitadas exceções. Não há impedimento, por exemplo, que, em sua constituição, a servidão, como direito ou como restrição, possa “ser limitada a uma parte determinada” (LAFAYETTE, opus cit., v. 1, p. 379), se onerando só a parte do prédio indicada como ocorre com a servidão de trânsito com o se estabelecer o local por onde se pode transitar. A divisibilidade, como exceção, pode ser consequência de partilha. Mas o embasamento é temporalmente anterior.

O art. 707, parte final, do Código Civil, admite a divisibilidade, beneficiando parte do prédio dominante ou gravando parte do prédio serviente, “se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um, ou de outro”. Mas o embasamento para que tal ocorra deve se encontrar ou no que foi convenicionado ou no que resulta do exercício da servidão. É a lição de PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 269), de que “no juízo da divisão tem-se de atender ao que acordaram os autores, ou ao que, se nada declararam, estava nos fatos e é preciso que continue, para utilidade da nova situação que a divisão cria”. Afora estas exceções, há indivisibilidade, que se reflete no plano processual. A defesa da servidão por um dos condôminos da titularidade ou a demanda contra um dos condôminos do prédio serviente é considerada como sendo de todos e, por isso, a decisão judicial, alcançando a relação de predialidade, alcança a todos os condôminos ativos e passivos.

1.3 *Diferenciações.* As servidões se diferenciam de outros institutos jurídicos, embora com pontos de contato em comum. O primeiro aspecto é o que se refere à qualificação dada pela lei de predial à servidão, dando a entender a existência de outro tipo de servidão não-predial. O qualificativo predial, no entanto, perdeu o sentido na atualidade, porque toda servidão é necessariamente predial. A expressão se justificava, na época da edição do Código Civil, para distingui-la das servidões pessoais, impropriamente assim denominadas, que não passavam de vantagens concedidas a alguém pelo proprietário do imóvel (direito de alguém pescar em terra alheia — direito pessoal) ou das hipóteses de usufruto, uso e habitação — que são, atualmente, direitos reais em terminologia própria, mas, anteriormente, também impropriamente denominados de servidões pessoais (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, opus cit., p. 274).

A expressão correta e suficiente, portanto, é servidão, sem necessidade de qualificativo, porque dela se extrai toda a estrutura específica delineadora de um tipo de direito real. Dessemelha-se, outrossim, dos denominados direitos de vizinhança, consistentes em verdadeiras limitações legais ao exercício da propriedade, que alguns autores denominam de servidões legais, expressão evidentemente imprópria porque não configura qualquer servidão. Os direitos de vizinhança não supõem diminuição de um prédio em favor de outro. Ao contrário, sendo recíprocos os vínculos (NEY ROSA GOULART, Direito das Coisas, v. 1, p. 145, Imprensa Universitária da Universidade Federal de Santa Maria, 1979) — “são impostas, tais restrições, igual e reciprocamente a todos os vizinhos” —, não diminuem nem aumentam os direitos dominicais, porque há verdadeira compensação jurídica no exercício. Além do mais, os direitos de vizinhança, ao contrário das servidões, são impostos pela lei (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, opus cit., p. 277), bem como são direitos pessoais (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, opus cit., p. 189; e ORLANDO GOMES, opus cit., p. 186), enquanto as servidões são reais.

A diferença constatada porque, na servidão, há diminuição ou restrição do direito dominial de um prédio, o serviente, enquanto, nos direitos de vizinhança, há reciprocidade, visto que é bilateral ou plurilateral, não ataca o ponto nevrálgico da diferença. Concebível, na área do raciocínio, servidão em que os prédios fossem, face o convenicionado, ora prédio serviente ora prédio dominante, com restrições de direito recíprocas. Exemplo:

servidão em que ambos os prédios contratassem não construir mais alto ou em ambos se constituísse uma servidão de trânsito, que beneficiasse o prédio A com saída para o norte e o prédio B com saída para o sul. Reciprocidade flagrante mas servidão. A dessemelhança caracterizada pelo elemento gerador — nos direitos de vizinhança, a imposição da lei; nas servidões, a vontade dos interessados — não é diferença de substância; sim do ato formador. Além do mais, inservível para justificar a servidão prevista no art. 980, § 2.º, III, do Código Civil, que, sendo servidão, é imposta pela sentença do Juiz na ação divisória (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, opus cit., p. 228). O fato de uma constituir direito real e os outros direitos pessoais, já é conclusão que se assenta em diferença anteriormente constatada. Em outras palavras, as distinções acentuadas, a nosso sentir, não são definitivas, não obstante retratem realidades.

Pode haver diferenciação entre servidão e direitos de vizinhança, no que diz respeito ao conteúdo necessário ou possível de cada um. Nos direitos de vizinhança, a propriedade reflete todos seus direitos elementares que, por isso, existem. Mas o exercício destes direitos é que está limitado pelo interesse público, reconhecido pela lei. Assim, o proprietário tem o *jus utendi*, reconhecido e declarado na hipótese. Contudo, pela norma do art. 554 do Código Civil, tal direito do proprietário pode ser exercido até que haja nocividade ao prédio vizinho, prejudicando a segurança, o sossego e a saúde de seus habitantes. É, portanto, limitação ao exercício dos direitos do proprietário, no caso o uso absoluto que passa a ser exercido com relatividade. Já na servidão, o prédio serviente vê seus direitos dominicais reflexos restringidos, diminuídos em favor do prédio dominante. Não é simples limitação do exercício. É o próprio direito real de um que sofre restrição, transferindo-se ao outro. Assim, na servidão de não construir mais alto, o prédio serviente perde o direito de uso nos limites do convencionado, transferindo-o ao prédio dominante, que passa a exercê-lo. Não é limitação ao exercício da propriedade e, sim, restrição ao próprio direito dominial.

Todavia, todos os elementos diferenciadores devem ser usados, caso a caso. A passagem forçada (art. 559 do Código Civil), por exemplo, quanto ao conteúdo, está muito próxima da figura da servidão de trânsito. Só não é servidão, porque a passagem forçada é imposta por lei (ORLANDO GOMES, opus cit., p. 203), regulada judicialmente e, por critério legal, fica entre os direitos de vizinhança. Se as partes, se antecipando ao Poder Judiciário, convencionarem-na, passa a ser servidão, como está implicitamente referido no art. 709, II, do Código Civil. Aqui, o critério distintivo básico é a vontade das partes no constituí-la.

2. USO DA SERVIDÃO

2.1 *Conteúdo.* A servidão importa numa relação entre prédios, embora o titular deste direito real deva ser pessoa física ou jurídica. E isto deve ser inicialmente compreendido, porque não há direitos e obrigações na órbita civil sem personalidade. Contudo, a relação que se forma e se mantém tem natureza de predialidade. Basta que, na área da lei positiva, se leia o art. 695 do Código Civil e se verá no conceito: “impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro”. O aspecto da titularidade do direito não altera a observação. É titular do direito real de servidão quem, no momento, é o titular da propriedade do prédio dominante. A mudança, no decurso do tempo, do titular do domínio pode alterar a titularidade do direito real de servidão mas a servidão permanece a mesma, porque a relação predial se manteve intacta. Desta forma, o que vai interessar a esta altura, no exame do conteúdo da servidão, é esta relação entre dois prédios que, numa compreensão genérica, coloca um na situação de se submeter a outro, nos limites legais e convencionais.

Em regra, a servidão pode ter um conteúdo mais ou menos amplo, restringindo o complexo de direitos reflexos do proprietário do prédio serviente e, por isso, numa pri-

meira idéia, se limita pelos termos contidos no ato que a constituiu e, principalmente, pelas necessidades do prédio dominante, visto que “restringir-se-á o uso da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando, quanto possível, agravar o encargo do prédio serviente” (art. 704 do Código Civil). A necessidade de um, portanto, delimita a sujeição do outro. Onde não houver necessidade de um prédio, não há servidão. Esta necessidade, observada no ato constitutivo da servidão, deve ser constatada, identicamente, durante a manutenção do direito real. Sua diminuição ou seu desaparecimento têm reflexos na servidão para diminuir o encargo do prédio serviente ou mesmo extingui-la (arts. 709, II, e 710, III, do Código Civil). E mais: o aumento da necessidade pode se refletir no aumento do conteúdo da servidão, sem se impor nova convenção entre as partes. É a regra do art. 706 do Código Civil, também representativa, no direito real de que se trata, do império da necessidade.

Sob outra visão, na necessidade se inclui a utilidade, visto que a regra é que só há servidão, se e enquanto útil ao prédio. Como diz PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 219), “servidões inúteis não se constituem; nem subsistem se a utilidade desapareceu para sempre”. Não obstante normalmente a utilidade se qualifique de econômica, pode ser simplesmente voluptuária. Contudo, deve haver a utilização dirigida ao prédio. Aquela que seja direcionada, exclusiva e pessoalmente, à pessoa física ou jurídica, sem proveito ao prédio, pode ser direito pessoal; jamais direito real de servidão. Assim, a permissão, mesmo que através de convenção entre as partes e registrada, ao proprietário de um prédio, que é atleta, para usar a piscina do outro, não é servidão; simples obrigação e direito pessoais. Aqui, a utilidade não é do prédio.

Acrescenta-se, ainda, que esta utilidade não deve ser eventual ou passageira. A necessidade do prédio dominante tem de ser duradoura, não significando isto que será, necessariamente, perpétua ou vitalícia. O ato constitutivo é que vai delimitar a duração em consequência da necessidade do prédio dominante e da conveniência das partes. Assim, a necessidade de usar por um dia a passagem pelo outro prédio, em face do impedimento no próprio, não configura servidão, porque previamente se sabe que a necessidade é passageira. Entenda-se, entretanto: uma coisa é, previamente, se saber que a utilidade é passageira e eventual, sendo matéria estranha à constituição da servidão; outra coisa é, a posteriori, se verificar que a necessidade, que se supunha duradoura, é passageira. Nesta última situação, há servidão porque o que interessa, quanto ao conteúdo, para a sua configuração, é a característica da utilidade como sentida no momento da constituição. Mas verificada a sua eventualidade, a servidão se desfaz.

Compreendida a exigência da utilidade (ou necessidade), como geradora ou mantenedora da servidão, o importante — como restrição aos direitos reflexos do domínio — é saber o que a servidão representa passivamente para o prédio serviente. Sem dúvida, é um ônus. O Código Civil, no art. 695, definindo este ônus, fala que, pela servidão, “perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante”. São duas consequências separadas por ou, o que indica alternatividade. Desta maneira, como reflexo restritivo ao titular do prédio serviente, pode resultar para ele a perda ou a restrição ao seu direito de usar e fruir, numa primeira hipótese, ou a simples tolerância à ação de outro — o titular do prédio dominante — sobre o que é seu, numa segunda hipótese.

Entretanto, para melhor compreender esta dúplice restrição que, caso a caso, é uma ou outra, há exigência de se classificar, a esta altura, as servidões em afirmativas ou negativas. Aquelas, afirmam um procedimento, um agir, uma ação a favor do prédio dominante. Nesta hipótese, estão as servidões de trânsito, de pasto, de aqueduto, etc. As outras —

as **negativas** — obrigam o prédio serviente a ter uma conduta omissiva a respeito de determinada coisa, como a servidão de não construir mais alto, de passagem de luz, etc.

Em se tratando de servidão **afirmativa**, o que aparece para o prédio serviente é a obrigação e o dever de tolerar. Com a propriedade, nos termos do art. 524 do Código Civil, se atribuem ao dono os direitos reflexos de usar e fruir. Na servidão afirmativa, o **jus utendi** do prédio serviente passa a ser, com exclusividade ou não, do prédio dominante. É o que ocorre na servidão de passagem. Em outra hipótese, como na servidão de pasto, o que passa a ser, com ou sem exclusividade conforme disposto no ato constitutivo, direito do prédio dominante, é o **jus fruendi**. Ao inverso, o prédio serviente que, como princípio geral, teria exclusividade no direito de usar ou no direito de fruir, tem que tolerar a restrição imposta pelo prédio dominante. Nisto consiste a servidão e seu conteúdo, porque se compreende na servidão o ato de sujeitar-se e, por isso, o prédio serviente submete-se, nos limites da servidão, ao prédio dominante. Como se pode observar, nas servidões afirmativas há um **facere**, uma ação comissiva do prédio dominante, usando ou fruindo, limitada ou amplamente, o prédio serviente. Para este, há um tolerar dirigido à restrição que está sofrendo, mesmo porque houve aceitação prévia.

No caso de servidão **negativa**, seu conteúdo tem outra visão. Na servidão de passagem de luz, por exemplo, como seria identicamente na de não construir mais alto, a ação do prédio serviente é simplesmente omissiva ou, como diz o art. 695 do Código Civil, “perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais”. Não há tolerância; sim omissão no agir. A propriedade que se estende ao subsolo e ao que lhe está acima, desde que útil ao seu exercício (art. 526 do Código Civil), limita-se quanto a este último direito, limitando o próprio **jus utendi**. Para o prédio dominante, embora não se configure esta servidão num **facere**, é um **plus** de direito. Adiciona ao seu **jus utendi**, que é refletido pelo domínio, o de ter à sua disposição o não-uso pelo prédio serviente daquilo que, em regra geral, poderia usar.

Como se salientou retro, o prédio serviente ou tolera (servidão afirmativa) ou tem que se omitir (servidão negativa). Jamais há, como direito real, um **facere** para o prédio serviente. Não é da natureza da servidão, portanto, a obrigação de fazer do prédio serviente (LAFAYETTE, opus cit., p. 373; e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, opus cit., p. 224). Argumenta LAFAYETTE: “o objeto da servidão é sempre uma parcela do domínio, um direito real que recai diretamente sobre a coisa e sobre ela se exerce. A obrigação de fazer é um fato devido pela pessoa. A servidão, pois, e a obrigação de fazer são idéias heterogêneas”. Contudo, pode haver cláusula adjeta a respeito, como ocorre no direito dispositivo contido no art. 701 do Código Civil.

2.2 Conservação e obras necessárias. Incluem-se no conteúdo da servidão, o direito absoluto e o dever relativo do titular do prédio dominante de fazer as obras necessárias à sua conservação e uso. É **direito absoluto** porque existe autorização para fazê-las (art. 699 do Código Civil), há faculdade legal. Desde que atendidos os limites do convencionalizado na constituição da servidão, ao fim preestabelecido e às necessidades (utilidades) do prédio dominante, as obras podem ser feitas, mesmo que haja necessidade de entrar no prédio serviente. Mas, como ensina PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 393), “há de restringir a atividade ao tempo e modo que menor incômodo causem ao proprietário do fundo serviente”. O direito a executar as obras é absoluto; porém o exercício deste direito tem limitações verificáveis caso a caso. De outro lado, é **dever relativo**. Quando o art. 700 do Código Civil diz que tais obras devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, não cria para este uma obrigação exigível pelo titular do prédio serviente. O dever se vincula ao exercício. Em outros termos, há o dever de executar as obras se quiser ter o exercício da servidão. Se não exercê-la, não há qualquer obrigação de execução das

obras. E o exercício da servidão é faculdade que se concede ao dono do prédio dominante; não um dever.

Como consequência de fazer as obras, aparece a responsabilidade pelas despesas. Há uma correspondência lógica: obras feitas — satisfação de seu custo. A própria lei não deixa margem à dúvida. O art. 699 do Código Civil, que trata da execução das obras necessárias, diz que “se a servidão pertencer a mais de um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos”. Contudo, a incumbência pelas obras e a responsabilidade pelo seu custo merecem uma delimitação. As obras de que trata o art. 699 do Código Civil são as necessárias ao exercício da servidão, desde que não provocadas por culpa *latu senso* de terceiros ou do próprio dono do prédio serviente. Se tal ocorrer, a hipótese jurídica se transfere para o art. 159 do Código Civil, assegurando-se ao dono da servidão ação para reparação do dano contra o responsável.

O direito de fazer as obras, como visto acima, integra o conteúdo da servidão após o registro imobiliário constitutivo, se houver cláusula expressa no instrumento ou mesmo que o instrumento se omita quanto a esta circunstância. É direito que nasce da lei e alcança o titular atual ou futuro da servidão. Não se diz, todavia, que o fazer as obras necessárias à conservação e uso é, no sistema jurídico nacional, direito cogente. A tanto se opõe a lei positiva, demonstrando que se trata de direito dispositivo. Com efeito, o art. 700 do Código Civil, que cuida da matéria, fala em “se o contrário não dispuser o título expressamente”, afirmando, a seguir, o art. 701, que “quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente...” Como se pode observar, o título constitutivo do direito real de servidão pode transferir a incumbência de que tratamos para o titular do prédio serviente. E não só o ato negocial constitutivo. Admite-se, através de adendos que tenham a mesma forma do título constitutivo e se submetam a registro. E mais: a transferência pode incluir somente a responsabilidade pelas despesas. Não há regra jurídica, no direito nacional, impeditiva. Tratando-se de direito dispositivo, as partes são livres para convencionar.

A obrigação do dono do prédio serviente de executar as obras configura uma obrigação real ou *propter rem*, como conclui PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 128). Tais obrigações, no magistério de ORLANDO GOMES (Obrigações, p. 30, Forense, 3ª ed., 1972), são aquelas que “caracterizam-se pela origem e transmissibilidade automática”. Da mesma forma, é o ensinamento de ANTONIO CHAVES (Lições de Direito Civil: Direito das Obrigações, v. 1, p. 220, José Bushatsky, 1973), para quem tais obrigações são aquelas “nas quais a pessoa do devedor pode mudar (ambulatoriedade passiva), na dependência da relação de propriedade ou posse que vem a existir entre o sujeito e uma coisa determinada”. Assim, como tal tipo de obrigação, se transferida expressamente, não é exclusivamente da pessoa que tem a titularidade atual do prédio serviente, alcançando também todos os titulares futuros, indubiosamente há uma obrigação qualificada de real.

É verdade que esta transferência de responsabilidade é registrada na circunscrição imobiliária. Mas não por ser obrigação real; sim por outro motivo. Já dissemos que a servidão, como direito real que é, só se constitui por ato inter vivos após o competente registro no Registro de Imóveis (art. 676 do Código Civil). Constituída, passa a ser oponível *erga omnes* e se concede ao titular do prédio dominante o direito de seqüela, que é a faculdade do titular do direito real de seguir e perseguir a coisa, esteja onde estiver, não importando quem seja, no momento, o proprietário do prédio serviente. O registro da servidão, sem aludir à transferência da obrigação de executar as obras ao dono do prédio serviente, dá ao titular do prédio dominante todas as obrigações e direitos normalmente inerentes ao conteúdo da servidão. Para que tais obrigações e direitos sejam os comuns menos o de fazer as obras necessárias, há necessidade do registro da cláusula em que houve a transferência da obrigação.

A exigência do registro não se dirige, portanto, ao dever referenciado ao titular do prédio serviente. Volta-se em direção ao conteúdo da servidão, para restringi-lo quanto à obrigação do dono do prédio dominante de executar as obras. Conforme já se argumentou, sendo o título expresso ou omissivo no que diz respeito ao direito do proprietário do prédio dominante de fazer as obras, é sua a obrigação porque conteúdo do próprio exercício da servidão. Desta forma, qualquer mudança neste dever, por envolver elemento essencial ao exercício da servidão, deve ser registrado. Não só para valer entre as partes mas, notadamente, erga omnes e, principalmente, quanto a futuros titulares dos prédios dominante e serviente, que assumem a servidão nos termos em que ela foi convencionada e registrada. Neste sentido deve ser entendida a necessidade do registro da cláusula que transfere o ônus de fazer as obras ao dono do prédio serviente.

O Código Civil oportuniza ao dono do prédio serviente se exonerar da responsabilidade que lhe foi transferida: basta que abandone a propriedade do prédio serviente ao titular do prédio dominante (art. 701 do Código Civil). O fato que gera a liberação da responsabilidade é determinado em lei. Todavia, não basta o abandono fático, o afastamento do prédio, a desistência tácita da titularidade. Deve o abandono ser caracterizado juridicamente, porque o teor do Registro de Imóveis deve ser alterado, para não incidir a regra do art. 859 do Código Civil — “Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu” — ou a do art. 252 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) — “O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”.

A liberação da responsabilidade é consequência do abandono da propriedade ao titular do prédio dominante. Em outras palavras, a causa que exonera é a transmissão de domínio do imóvel serviente à pessoa do titular do imóvel dominante. Exige-se, portanto, um instrumento necessariamente público por envolver transferência de direito real sobre imóvel acima da taxa legal (art. 134, II, do Código Civil). Basta, entretanto, um ato unilateral, instrumento formalizado e assinado só pelo dono do prédio serviente, ou se exige também a assinatura do dono do dominante, aceitando a transmissão?

O abandono referido no art. 701 do Código Civil importa na perda da propriedade imóvel e, por isso, não deixa de ser a renúncia indicada no art. 589, II, e § 1.º, do mesmo diploma legal, mas só que especificada quanto à causa (liberação do encargo pela execução das obras) e ao objetivo (transmissão a favor do dono do prédio dominante). Sempre é ato unilateral do titular do prédio serviente, que independe de anuência do dono do dominante e se faz até havendo sua oposição (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, opus cit., p. 284). A renúncia, com este conteúdo informativo e solenemente instrumentalizada, tem a dupla eficácia — é liberatória e é transmissiva — no mundo jurídico. Se o dono do prédio dominante não quiser aceitar a transmissão, deve também renunciar à propriedade do prédio serviente, que pelo primeiro ato abdicativo já é de seu domínio. Mas o efeito liberatório é intocável.

2.3 Exercício e direito à remoção. O uso legítimo da servidão — diz-se, de acordo com o título constitutivo, com as necessidades do prédio dominante e o respeito ao prédio serviente, *civilter modo* — está assegurado na lei, não podendo o dono do serviente embarçá-lo (art. 702 do Código Civil). Contudo, há uma mitigação no próprio diploma civil. Diz o art. 703 do Código Civil que “pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contanto que o faça à sua custa, e não diminua em nada as vantagens do prédio dominante”. Pode haver renúncia deste direito no ato constitutivo ou em outro posterior? PONTES DE MIRANDA (Opus cit., v. 18, p. 375) diz que “a regra jurídica, que nele se contém, é cogente”, embora seja dispositiva no que concerne às despesas (p. 378). E tem inteira razão. Neste sentido, portanto, o que dispuser o ato consti-

tutivo a respeito de poder ou não haver mudança da servidão para outro local, é um nada, porque o direito que afirma a possibilidade deflui da lei. Direito este que é acionável e não prescreve, face o interesse público.

O direito de remover o local da servidão é direito subjetivo do dono do prédio serviente, que o exercerá através de acordo com o titular do prédio dominante ou na área judicial. Ou também desde logo, unilateralmente, com a remoção fática da servidão, embora alguma jurisprudência em sentido contrário. Em qualquer hipótese, entretanto, desde que satisfeitos os dois pressupostos do art. 703 do Código Civil: não haver nenhuma diminuição de vantagens ao prédio dominante e o deslocamento se der às expensas do serviente. Presentes estas duas circunstâncias, há o direito à deslocabilidade. A forma a ser usada — se unilateral, se por acordo ou se judicialmente — está na área do âmbito do dono do prédio serviente, que escolherá a seu talante. Já o titular do prédio dominante não tem direito subjetivo à remoção de local da servidão. Concede-se-lhe simplesmente, uma pretensão à mudança, ou seja, no dizer de PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 383), “o dono do prédio dominante não pode mudar, sponte sua, o lugar da servidão, porque se trataria de incursão ilícita em esfera jurídica de outrem; mas pode pedir ao juiz que constitua a transferência, depois de examinar se há conveniência para o prédio dominante e se não há inconveniência para o prédio serviente”.

Assim, satisfeitos os pressupostos legais, há a deslocação da servidão para outra parte do mesmo prédio serviente. A indagação que se faz é se a remoção pode ser feita para outro prédio, mesmo que também de propriedade do dono do prédio serviente. Antes de se elaborar uma resposta, é de se afirmar que, se possível for, a resultante jurídica será dúplice: haverá extinção da servidão anterior, porque desaparece a primeira relação de predialidade, e, em sua substituição, constitui-se nova servidão, tudo tendo de se refletir no Registro de Imóveis. Os interessados podem, certamente, através de convenção por escrito, chegar a tal situação. A dúvida é se pode ser alcançada por ato unilateral do dono do prédio serviente ou por decisão judicial, com base no direito subjetivo à deslocabilidade. Embora a redação do art. 703 do Código Civil não seja explícita, a solução é incompatível com as normas que regem o instituto jurídico da servidão, no direito nacional. O direito subjetivo que o dono do prédio serviente tem, se vincula à remoção da servidão; não ao direito absoluto de extinguir servidões e constituir outras, sem oitiva ou assentimento da outra parte. Não há que se trazer à colação, como o faz PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 382), a doutrina e a legislação italianas, porque os problemas jurídicos pátrios devem ser solucionados com as nossas leis e o nosso sistema jurídico.

O conteúdo da servidão, para efeito de exercício, precisa, não raras vezes, ser interpretado. Incidem, aqui, como já se acentuou anteriormente, regras de interpretação constantes expressamente da lei (arts. 696 e 705 do Código Civil) e outras delas advindas e referidas pela doutrina. Mas sempre haverá uma regra limitativa do exercício: exercer uma servidão não pode significar ultrapassagem ao limite máximo do conteúdo da própria servidão.

Há uma derradeira observação. Nas servidões afirmativas, o dono do prédio dominante pode, nos limites do convencionado, usar ou fruir o prédio serviente. Quando este gozar e usar é com exclusividade, não há maior problema. Contudo, quando não há exclusividade, continuando o dono do prédio serviente o uso e a fruição, qual o direito preferente ou prioritário? A simples comparação entre o direito do prédio dominante, que é um plus, e o direito do prédio serviente, que é o que resta depois de tolerar, esclarece que a restrição é do dono do serviente, havendo prioridade para o prédio dominante. Com isto concorda PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 368), ao dizer: “Quem fala de servidão fala de direito que passa à frente do direito do dono do prédio serviente”.

3. CONSTITUIÇÃO

3.1 *Observações gerais.* As servidões podem se constituir de diversas formas, umas previstas explicitamente na lei e outras admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, em obediência aos fatos sociais que são dinâmicos. Resumidamente, a constituição pode-se dar: a) — bilateralmente, hipótese em que há a manifestação de vontade dos donos dos dois prédios, convergindo ao mesmo ponto e fazendo nascer o consentimento, que se dá através do negócio jurídico de transmissão; b) — unilateralmente, situação em que basta uma única vontade para gerar o direito real. Incluem-se nesta forma, a constituição por testamento, a por destinação do proprietário e, ainda, a por usucapião; c) — judicialmente, que é constituição específica por sentença, autorizado que está o Juiz, pelo art. 980, § 2º, III, do Código de Processo Civil, a decidir neste sentido.

Enganar-se-ia, contudo, quem pensasse que a constituição, obedecidas as regras acima, se configuraria automaticamente. No direito nacional, em se tratando de bens imóveis, nem sempre a publicidade que advém dos fatos ou a tradição efetiva alcança o objetivo final do direito real, que é lhe conceder oponibilidade *erga omnes*, caracterizando-se sua eficácia real. Ao contrário do que se poderia pensar, a constituição sempre é um ato complexo, em que o acordo negocial ou o ato que gera a servidão nem sempre é suficiente, embora necessários. Isto porque estamos diante de um direito real, onde há importância essencial do registro público ou de qualquer outro ato publicizante.

Assim, a cada momento, no lugar e oportunidade devidos, se examinará a incidência de dois artigos do Código Civil: o 676 — “os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por ato entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos” — e o 697 — “as servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis”. As expressões de ambos artigos não deixam margem à qualquer dúvida que o registro, quando indispensável, não visa simplesmente valer a servidão contra terceiros, dando-lhe eficácia real. Vai mais longe: nega a própria constituição, vedando-a no plano da realidade. Em outros termos, o direito real não se constituiu. Resta, fática e juridicamente, um substrato que, como se viu, direito real não é. Mas o acordo de transmissão houve e, como manifestação da vontade, produz seus efeitos para as partes concordantes e somente para elas. Todavia, vale como simples direito pessoal, contendo direitos e obrigações para ambas as partes.

As disposições dos artigos 676 e 697 do Código Civil são duas regras perfeitamente compatíveis, embora a última especificamente dirigida às servidões. A regra geral, que incide em todos os direitos reais sobre imóveis quer seja enfiteuse, usufruto, servidão, etc., é que há, para sua constituição, indispensabilidade do registro na circunscrição imobiliária competente, desde que o ato constitutivo seja *inter vivos*. Nas demais hipóteses de constituição, em que o ato gerador não seja *inter vivos*, pode ocorrer a dispensabilidade do registro mas, se se trata de servidão não-aparente — a que não se constata visivelmente, não se revelando por obras ou sinais visíveis — só através de registro é que se constitui. Em outros termos, há exigência absoluta de registro para as servidões aparentes e não-aparentes, se o título constitutivo for *inter vivos*, e, não o sendo, exclusivamente para as não-aparentes. Erra grosseiramente, se afastando do regramento do sistema jurídico nacional, o que entendesse que a norma do art. 697 do Código Civil, específica às servidões, estaria afastando de sua área, como inaplicável, a regra do art. 676 do mesmo diploma civil e, por isso, toda a servidão aparente dispensaria o registro. A norma jurídica deve ser interpretada como fazendo parte de um todo, que é o sistema jurídico do país.

No Registro de Imóveis, só se registram títulos, instrumentos devidamente formalizados. Assim, o art. 229 do Código Civil, ao dizer que “a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir”, admi-

te que a vontade se manifeste, como regra geral, na forma expressa oral ou na forma tácita, conforme se pode completar com a idéia contida no art. 1.079 do Código Civil: "A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa". Contudo, nenhum dos artigos tem incidência nos atos que devem ser registrados porque, na forma oral ou tácita, inexistente título na concepção legal. O art. 221 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) indica os títulos que podem ser admitidos a registro: escrituras públicas, instrumentos particulares assinados pelas partes e testemunhas com as firmas autenticadas, formais de partilha, certidões e mandados judiciais.

Desta maneira, o ato inicial constitutivo da servidão — afora o usucapião de servidão aparente, cujo elemento gerador é o decurso do tempo, e a adquirida por direito hereditário, cujo fato gerador é a abertura da sucessão — deve sempre estar instrumentalizado, para permitir o aperfeiçoamento da constituição através do registro imobiliário competente.

3.2 *Convenção entre as partes.* A convenção entre as partes corresponde a acordo de transmissão de direitos, forçosamente bilateral. De um lado, o que transmite — o dono do prédio serviente — e do outro o que adquire — o dono do prédio dominante. Necessita se manifestar o acordo, como já se viu, de forma expressa escrita, porque, em hipótese contrária, não há título que possibilite o registro imobiliário e, conseqüentemente, por falta de registro, o direito real não se constituirá (art. 676 do Código Civil). A título oneroso ou gratuito, dependendo da vontade das partes, o acordo de transmissão pode adotar as mais diversas formas: transação, dação em pagamento, doação, compra e venda, etc. E não só através de ato específico à criação de direito real. Também como cláusula de negócio diverso ou, colateralmente, através de pacto adjeto. O importante é a manifestação bilateral sobre a transmissão do direito real e a titulação, através de instrumento formalizado, que venha permitir o competente registro imobiliário.

Como regra jurídica, o título que contém a convenção entre as partes não precisa, necessariamente, ser por instrumento público. Cada país resolve a matéria, conforme parece mais conveniente ao legislador, no momento de editar a lei. No Brasil, vige a regra contida no art. 134, II, do Código Civil: "É, outrossim, da substância do ato a escritura pública: II — nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros". Assim, se o bem imóvel objeto do direito real é de valor superior à taxa legal acima referida, o título constitutivo exige a solenidade da escritura pública. Se de valor inferior, o que na prática é inconcebível, o título poderia consistir em instrumento particular. Mas, como diz o art. 135 do Código Civil, o instrumento particular, holografo ou não, deve ser assinado pelas partes e subscrito por duas testemunhas, exigindo o art. 221, II, da Lei de Registros Públicos, que todas as firmas sejam reconhecidas.

A Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, no art. 61, § 5º, com a redação introduzida pelo art. 1º da Lei nº 5.049, de 29 de junho de 1966, contém uma exceção ao art. 134, II, do Código Civil. Diz: "Os contratos de que forem parte o Banco Nacional de Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro de Habitação, bem como as operações efetuadas por determinação da presente lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, os quais poderão ser impressos, não se aplicando aos mesmos as disposições do art. 134, II, do Código Civil". Como é possível que tais entidades, ou em negócio específico ou adjetamente, convençionem a constituição do direito real de servidão, embora improvável na prática, está assegurado que podem fazer o acordo de transmissão através de instrumento particular, obedecendo as exigências da lei: obrigatoriamente rubricado em todas as folhas por todas as partes (art. 61, § 6º, da Lei nº 4.380/64), dispensando-se o reconhecimento das firmas (art. 221, II, da Lei de Registros Públicos).

3.3 *Testamento*. O testamento mais a abertura da sucessão podem gerar o direito real de servidão. É forma unilateral porque depende exclusivamente da manifestação de vontade do testador. A primeira indagação que se faz é se incide, na hipótese, a regra do art. 134, II, do Código Civil, exigindo testamento público? O artigo retro indicado fala de contratos, em cujo conceito não entram os testamentos. Por este motivo, declarada não caber em testamento a regra do referido art. 134, II, da lei civil, a disposição de última vontade que faz nascer uma servidão pode constar de qualquer dos testamentos indicados na lei: o público, o cerrado e o particular (art. 1.629 do Código Civil). E também os especiais: o militar e o marítimo (arts. 1.656 e 1.660 do Código Civil). Basta que o testador, como disposição testamentária, clause a servidão de um prédio em relação a outro e que, com sua morte, os prédios passem a pessoas diferentes. A doutrina admite esta forma de constituição (LAFAYETTE, opus cit., v. 1, p. 431; ORLANDO GOMES, opus cit., p. 289; e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, opus cit., p. 227).

A constituição, quando se trata de testamento, se dá, desde logo, com a abertura da sucessão. Em outros termos, o óbito do testador cria o direito real, independentemente de registro. Não só por força da idéia contida no art. 530, inc. IV, diverso do inc. I, como principalmente pelos termos precisos do art. 1.572, ambos do Código Civil. Neste último artigo, fala-se, inclusive, em desde logo e em abertura da sucessão. Isto faz com que não fiquem os bens, um instante sequer, sem titular, não havendo solução de continuidade. Na lição de CARLOS MAXIMILIANO (Direito das Sucessões, v. 1, p. 55, Freitas Bastos, 4ª ed. 1958), “efetua-se a transmissão ipso jure, por efeito da lei, ainda mesmo que o sucessor ignore o fato e o seu direito do mesmo decorrente. Por exceção expressa, o domínio passa aos sucessores independentemente de transcrição no Registro de Imóveis, a qual só se efetua depois da partilha”. PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 253) diz que a regra do art. 676 do Código Civil — constituição de direito real só após o registro imobiliário — sofre a exceção do seu art. 1.572. Por isso, com inteira razão, já concluía LAFAYETTE (opus cit., v. 1, p. 431) que as servidões deixadas por testamento “não carecem de ser transcritas para serem opostas a terceiros”.

Há, todavia, a exceção referida no art. 697 do Código Civil. Em se tratando de servidão não aparente, a não visível a olho nu porque inexistem obras que a exteriorizem, ela não se estabelece a não ser através do registro imobiliário. É regra específica para as servidões e, como tal, excetua a constante do art. 1.572 do mesmo diploma civil. Desta forma, a servidão não aparente adquirida por testamento não dispensa o registro no Registro de Imóveis, para sua constituição. A servidão não aparente, com a abertura da sucessão, existe latente, no plano fático, pronta para se constituir, mas depende de um ato básico que lhe dá existência no plano jurídico: o registro na circunscrição imobiliária competente.

3.4 *Destinação do proprietário*. O mesmo proprietário de dois prédios não pode constituir uma servidão entre eles. Há obstáculo legal expresso, visto que servidão, como direito real, exige diversidade de donos (art. 695 do Código Civil). A unicidade dominial dos prédios, assim como opera a extinção da servidão já constituída, é óbice à sua constituição. Porém, nada impede que, numa sujeição de conteúdo semelhante à servidão, o mesmo dono crie uma serventia, sujeitando um prédio ao outro. É uma realidade fática não tradutora, entretanto, do direito real de servidão. Há, sem dúvida, uma relação de predialidade mas de caráter simplesmente ajurídico. Contudo, como se sabe, os fatos humanos e sociais não são estáticos; se dinamizam por força de ocorrências que podem, inclusive, alterar a caracterização de determinada situação fática. No caso específico de que tratamos, os prédios não são, por causa da serventia, retirados do comércio. Estão sujeitos, por isso, a alienações, doações, transferências em geral. Se, em consequência desta possibilidade, os prédios virem a pertencer a donos diferentes, desaparece o obstáculo que impedia sua caracterização como servidão. E isto vai se refletir na área jurídica.

Não obstante inexistir, na legislação brasileira, esta forma de constituição de servidão, que é a transmutação de uma serventia, sem características de direito real, em servidão, tendo como causa genética a diversificação de titularidade dos imóveis em relação de predialidade, a doutrina a admite, com apoio jurisprudencial. PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 206) argumenta: “quando consta que dois fundos, ora separados, foram possuídos pelo mesmo proprietário e o estado em que os deixou mostra que estabeleceu situação de servidão, tem-se como constituída, pela passagem, a dois ou mais proprietários, a servidão”. Idêntica conclusão têm WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (opus cit., p. 280), LAFAYETTE (opus cit., v. 1, p. 431), ORLANDO GOMES (opus cit., p. 289) e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (opus cit., p. 228). Este tipo de constituição de servidão é, doutrinariamente, denominado de **por destinação do proprietário** ou **por destinação do pai de família** e se a executa no Brasil antes e depois do Código Civil, sem solução de continuidade.

Nada de ilegal na constituição de servidão por destinação do proprietário. Nossa legislação civil não tem normas que, de forma expressa e taxativa, indiquem limitadamente os atos de manifestação de vontade que importem, logo ou futuramente, em constituição de servidão. Havendo este branco na lei, impõe-se o direito construível que, no que tratamos, existe há muitos séculos no Brasil e, inclusive, legislado em vários países do mundo. Contudo, a possibilidade de tal forma não pode importar na destruição de princípios positivamente indicados em nosso Código Civil, pena de se ter por construído um direito contra *legem*.

M. M. DE SERPA LOPES (Tratado dos Registros Públicos, v. 3, p. 137, Freitas Bastos, 4ª ed., 1960), com o apoio tranqüilo da doutrina e da jurisprudência, diz que “a servidão surge, pela separação jurídica dos dois prédios. Aparece, assim como a consequência de um fato, e não de uma declaração de vontade, e muito menos de um ato escrito” e “independentemente da publicidade no registro imobiliário”. Aqui é que situamos nosso ponto de divergência, porque tal entendimento, perfeitamente possível *lege ferenda*, a exemplo do que já existe em outros países, na verdade constitui na derrogação de princípios assentes e inscritos em nosso Código Civil. Dentre eles, o principal, que é o constante do art. 676: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por ato entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos”. Como a destinação do proprietário se trata de ato entre vivos unilateral, há imposição inarredável de que, para a constituição da servidão, haja o competente registro do título instituidor.

Desta forma, ou há o título devidamente averbado, no que se refere à serventia cuja destinação foi declarada e que, com o desaparecimento da titularidade única dos dois prédios, se transforma em servidão ou há, na transmissão de qualquer um dos prédios, acordo quanto à servidão, que era faticamente serventia, e que, com o registro, se transforma em direito real. No primeiro caso, em que há precedência no registro imobiliário da averbação feita pelo proprietário único, a constituição da servidão se dá pelo simples desaparecimento do óbice à constituição, que era a titularidade única. A serventia, que não consistia direito real mas configurava uma relação de predialidade, se transmuda em servidão. No segundo caso, o que há, na verdade, é constituição da servidão por convenção entre as partes concomitantemente à transferência do domínio de um dos prédios.

Inocorrente qualquer das duas situações acima, não há que se falar em servidão por destinação do proprietário. O que existia era uma serventia, sabidamente não configurativa de direito real. A transferência de um dos prédios a outro ou dos dois prédios a pessoas diversas pode encontrar a situação fática de serventia: a posse da servidão. E a posse, que se transfere ao novo titular, só leva à constituição do direito real através do usucapião (art. 698 do Código Civil). Servidão ainda não é, porque falta ou o registro imobiliário

precedente ou o acordo de constituição de servidão, devidamente titulado. Desta maneira, sustentamos, em desarmonia com a doutrina e a jurisprudência pátrias, que a verdadeira constituição por destinação do proprietário é aquela em que, precedentemente à diversidade dos titulares dos dois prédios, o proprietário único a titulou como simples serventia, averbando-a na circunscrição imobiliária competente. Tal averbação é possível face aos termos do art. 167, II, v, 5, in fine, da Lei de Registros Públicos.

3.5 Usucapião. Por disposição expressa da lei, adquire-se servidão através da posse prolongada, que é o usucapião (art. 698 do Código Civil). Há observações, todavia, a fazer. Só se usucape servidão visível. O argumento, neste sentido, é retirado, pela doutrina, do art. 697 do Código Civil: “As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis”. Só as aparentes, portanto, admitem a constituição por outro meio que não o registro. Discutiu-se, durante algum tempo, se as servidões descontínuas — “as que dependem, para seu exercício, de atos do senhor ou possuidor do prédio dominante” (ORLANDO GOMES, opus cit., p. 284) — tais como a servidão de trânsito e a de pastagem, poderiam ser usucapidas. Hoje, é tranqüilo o entendimento no sentido positivo, notadamente após a edição da Súmula nº 415, do Supremo Tribunal Federal: “Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”. Assim, constitui-se a servidão por prescrição aquisitiva, se ela for aparente, contínua ou descontínua.

O art. 698 e seu parágrafo único, já referidos, tratam de usucapião ordinário e do extraordinário, exigentes de tempo de posse em dez ou quinze anos, conforme entre presentes ou ausentes, ou em vinte anos. Incide aqui o art. 552 do Código Civil, ou seja, o que permite acrescentar à posse do atual titular de um prédio o tempo de posse do antigo titular. Mas se observa: é o que diz o referido artigo 552, embora, em termos de servidão — a serventia cujo tempo se conta — sempre correspondeu a um prédio só, não interessando à relação de predialidade quais os titulares de ambos os prédios e sim os atuais. Desta forma, como a sujeição se vincula a um prédio e permanece com o mesmo, a contagem do tempo é única, não obstante mudem os proprietários. Dentro desta idéia, no tempo necessário para usucapir se computa todo período em que houve a serventia, desde que mansa e pacífica.

Para constituição da servidão através de usucapião, há dispensabilidade do registro imobiliário. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8, t. 3, p. 661, Forense, 1980) ensina que se sustenta “que o usucapiente adquiriu o domínio (ou outro direito real) não só a partir do momento em que o prazo prescricional se consumou, mas desde aquele em que a posse ad usucapionem teve início”. Assim, o que constitui o direito real de servidão é a posse prolongada, nos limites da lei. Decorrido o prazo, há a aquisição do jus in re aliena. Independentemente da sentença, que é meramente declaratória, e de seu registro na circunscrição imobiliária. Inclusive, há Súmula do Supremo Tribunal Federal, de nº 237, no sentido de que “o usucapião pode ser argüido em defesa”.

Contudo, embora dispensável, o registro é possível (art. 167, I, 28, da Lei de Registros Públicos) e até aconselhável. Como primeiro passo, o interessado deve ajuizar a competente ação de usucapião, em busca de sentença declaratória favorável. Esta, transitada em julgado, vale como título para fins de registro no Registro de Imóveis (art. 698 do Código Civil e 945 do Código de Processo Civil).

3.6 Sentença. Pode-se adquirir, também, a servidão por meio de decisão judicial. Com efeito, em ação divisória, o Poder Judiciário pode, por meio de sentença instituir servidões. É o que diz o art. 979, II, do Código de Processo Civil: “instituir-se-ão as servidões, que forem indispensáveis, em favor de uns quinhões sobre os outros. . .” A doutrina, ou-

trossim, sempre admitiu esta forma de constituição, como se pode ler em LAFAYETTE (opus cit., v. 1, p. 432) e em CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (opus cit., p. 194). Observa-se que, aqui, a sentença não tem, como no usucapião, força meramente declaratória. Na ação divisória, o mandamento judicial é constitutivo. Em outros termos, é a sentença prolatada com trânsito em julgado que institui o direito real de servidão.

É de se compreender que, antes da divisão judicial, a área de terras consistia em um só prédio, o que impedia se configurasse qualquer serventia com característica de servidão. O deferimento da divisão vai atribuir a cada condômino parte certa e determinada na área até então pro indiviso. Com o parcelamento predial, aparece mais de um prédio com proprietários diferentes. Nesta situação, o Juiz, usando de sua experiência, poderá instituir as servidões que se tomarem necessárias, indispensáveis. É o que salienta HAMILTON DE MORAES E BARROS (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 9, p. 138, Forense).

Entenda-se, finalmente: embora este tipo de servidão não tenha gênese no direito material e sim no processual, é uma servidão com o mesmo conteúdo e especificidade da de direito material.

4 EXTINÇÃO

4.1 *O ato complexo e a desapropriação.* Embora duradoura e, muitas vezes, sem termo final de duração, a servidão é extingüível ocorrentes as causas de extinção previstas especificamente em lei ou admitidas pela doutrina. Contudo, é de se salientar que a efetiva extinção de uma servidão, perdendo sua eficácia de direito real, importa, como regra geral, em um ato complexo: causa extintiva *mais* cancelamento no Registro de Imóveis. Em outras palavras, o processo de extinção obedece a duas etapas. A primeira, consistente na ocorrência de qualquer das causas previstas em lei ou doutrinariamente, como extintivas do referido direito real. Mas só a presença da causa é insuficiente. Tem, sem dúvida, validade entre as partes, ou sejam, entre os donos dos prédios dominante e do serviente. A eficácia extintiva erga omnes ainda inexistente, porque a segunda etapa, à qual se dá a força de extinguir o direito real, ainda não ocorre. Esta se circunscreve no cancelamento da servidão no registro imobiliário competente, que é ato específico para tornar sem efeito o registro efetuado. Desta forma, assim como só há, em se tratando de direito real sobre imóveis por ato inter vivos, sua constituição através do registro imobiliário, a extinção exige, identicamente, seja cancelado o que foi registrado.

A indicação da essencialidade do ato cancelatório para alcançar a extinção do direito real e, na hipótese, da servidão, está no Código Civil, art. 859: "Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu". Trata-se, indubitavelmente, de presunção que, se relativa ou *juris tantum* na expressão latina, admitiria prova em contrário. Contudo, a presunção de que fala a lei é absoluta, *juris et de jure*, inadmitindo qualquer prova que a desfaça. Esta é a regra que se extrai, com grande facilidade interpretativa, do art. 252 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973). É a importância do cancelamento para desfazer uma servidão, fazendo cessar, em relação a terceiros, direitos e obrigações de seu titular e do dono do prédio serviente. Só depois desta providência é que se pode falar em cessação do direito real de servidão. Como efeito prático, uma simples observação. A transferência, através do registro imobiliário, do prédio dominante a terceiro, sem qualquer restrição e no interregno entre a ocorrência da causa extintiva da servidão e o não-cancelamento, importa em permanência da servidão, agora, com novo titular.

Contudo, há uma exceção em que basta a causa extintiva, sem necessidade de cancelamento, para que ocorra a extinção da relação de predialidade, com seus efeitos conseqüentes e imediatos. É a norma do art. 708 do Código Civil que, além de indicar a exce-

ção, afirma explicitamente a regra geral de que falamos: “Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada”. Observa-se, no entanto, que a expropriação da servidão exige um ato desapropriatório específico e definido. Não é consequência automática da desapropriação de qualquer dos prédios, ou do prédio serviente ou do prédio dominante. Nada impede que, na servidão, um dos prédios seja público. A desapropriação de ambos os prédios importa, na verdade, na extinção automática da servidão, porque este direito real exige que os prédios — dominante e serviente — pertençam a donos diferentes. Reunidas as titularidades dominiais em um só proprietário, há a confusão que também extingue a servidão. E como esta se deu por força da desapropriação, não há necessidade de cancelamento na circunscrição imobiliária.

Entretanto, não é desta extinção de que estamos falando, porque nesta, a extinção se deu por se desfigurar a servidão em face dos prédios virem a pertencer ao mesmo dono. O art. 708 do Código Civil se refere à desapropriação direta da servidão, que deverá estar explicitamente caracterizada no ato desapropriatório. E a expropriação neste sentido ocorre em três situações diferentes: a) — desapropriação do prédio dominante com renúncia expressa da servidão. Adjetamente, se extingue a servidão pela expropriação; b) — desapropriação do prédio serviente com desapropriação da servidão. Logicamente, esta cláusula final termina por tornar o prédio desapropriado alodial, livre do ônus real que o perseguia. Mas aqui, ao contrário da hipótese a, o poder expropriante deve prestar indenização prévia e justa, não só ao titular do prédio desapropriado, mas também ao titular do prédio que perdeu a servidão, no caso, o prédio dominante; c) — desapropriação só da servidão. Embora não muito comum, é possível. Com ela, a relação de predialidade se extingue, permanecendo os proprietários como donos dos prédios. Mas, por exigência constitucional, deve haver prévia e justa indenização em dinheiro.

4.2 As hipóteses do art. 709 do Código Civil. O art. 709 do Código Civil permite que o dono do prédio serviente tome as providências de cancelar a servidão, em três situações: renúncia por seu titular, cessação da utilidade especificada em lei e resgate da servidão pelo proprietário do prédio serviente. Este direito ao cancelamento será executado via judiciária — “pelos meios judiciais”, como diz o art. indicado — mesmo diante da impugnação do dono do prédio dominante. Com isto não nega a lei ao titular da servidão o direito de defendê-la, impugnando a extinção. O que se afirma é que a comprovação e caracterização da causa extintiva são suficientes, por se bastarem, à cessação do direito real. Qualquer outro motivo alinhado pelo proprietário do prédio dominante, que não desnature a causa extintiva, é im procedente. O que se quer dizer é que pode o titular da servidão impugnar, mas limitada a impugnação à descaracterização ou inexistência da causa extintiva. Tal não o fazendo, incide a lei, que concede ao titular do prédio serviente o direito subjetivo de cancelar o ônus real que pesa sobre o que é seu.

A primeira causa indicada no art. 709 é renúncia do titular da servidão, ou seja, a renúncia do proprietário do prédio dominante. Se este prédio tiver vários titulares, todos os condôminos devem renunciar, não bastando a renúncia de um só. O ato de renúncia singular, em princípio, nada vale, porque o condômino não está autorizado a transferir ou renunciar mais do que tem e, na prática, haveria lesão ao princípio da indivisibilidade da servidão. Contudo, se se trata de condômino com posse certa e determinada e, por natureza ou destino, a servidão só beneficia aquela parte ocupada pelo condômino renunciante, nada impede a extinção da servidão, face à regra do art. 707, *in fine*, do Código Civil: “salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um, ou de outro”. Quando se fala em renúncia, outrossim, se a caracteriza como unilateral: manifestação de vontade do titular ou titulares do prédio dominante. Seria incorreto, aqui, se exigir renúncia bilateral, com ela concordando o titular do prédio serviente. Este nada re-

nuncia porque, na servidão, só tem obrigações e encargos. Renúncia pressupõe, necessariamente, posse de direitos.

A renúncia não tem forma expressa indicada em lei. Diz o art. 129 do Código Civil, aplicável à hipótese, que “a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Nenhuma norma legal, repete-se, exige, em caso de renúncia, forma peculiar ou solene. Nem o art. 134, II, do Código Civil, ao dizer que, acima da taxa legal, exige-se a escritura pública “nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis. . .” Isto porque, na renúncia, não há nem contrato nem se constitui ou translada qualquer direito real. Por isso, incide o referido art. 129, podendo a renúncia ser, como consequência, por escrito, por instrumento público ou particular, ou oralmente expressa ou, ainda, tácita. Esta última forma está em harmonia com o sistema jurídico nacional. No penhor — direito real de garantia —, “a entrega do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real” (art. 1.054 do Código Civil). Visivelmente, renúncia tácita em extinção de direito real.

A única exigência é que a renúncia seja eficientemente comprovada. Se por instrumento, há prova pré-constituída consistente no próprio instrumento. Se oral, a comprovação se dará mediante oitiva de testemunhas, que ouviram a manifestação de vontade renunciatória proferida por quem de direito. O problema pode estar na renúncia tácita, às vezes de difícil prova. Este tipo de renúncia é verificável quando a conduta externa do titular do prédio dominante se torna incompatível com a manutenção da servidão. Assim, numa servidão de canalização de águas, a atitude do dono do prédio dominante de desfazer as obras existentes, com o visível propósito de nada mais fazer em cima da área. Ou, numa servidão de vista, a conduta do dono do prédio dominante de destruir a janela lateral por onde a servidão era exercida, fechando o vão com concreto. Tais comportamentos, por incompatíveis com o conteúdo, exercício e manutenção da servidão, representam renúncia tácita ao referido direito real. A prova da renúncia, seja ela de que forma for, objetiva o convencimento judicial, admitindo, por isso, qualquer meio de prova não defeso em direito, inclusive, a junção de várias provas.

Outra causa de extinção, prevista no mesmo art. 709 do Código Civil, é a cessação da utilidade especificada à servidão de passagem. Quando se fala neste tipo de servidão, se diz respeito àquela considerada como direito real, constituída por uma das formas referidas em lei ou doutrinariamente. Não se alude ao denominado direito de passagem forçada, previsto no art. 559 do Código Civil, mesmo porque ali se trata de direito pessoal imposto por lei. Contudo, como já se observou anteriormente, mesmo que a necessidade de passagem nasça do encravamento de um prédio, os interessados podem, se antecipando ao Poder Judiciário, constituir a servidão através da convenção entre as partes. Esta é a hipótese tratada aqui. Como diz o inc. II do pré-indicado art. 709, há a extinção “quando a servidão for de passagem, que tenha cessado pela abertura de estrada pública, acessível ao prédio dominante”. Mas trata-se de causa de extinção que não alcança toda e qualquer servidão de passagem.

Tem que se entender a causa nos limites em que ela se contém. Se o motivo da constituição da servidão foi o encravamento, opera-se a extinção do direito real deixando o prédio de ser encravado. Todavia, se o motivo não foi encravamento — mesmo porque este apareceu posteriormente à constituição da servidão, por fechamento de ruas — a abertura da nova estrada pública, que seja acessível ao prédio dominante, não é causa de extinção. Na realidade, esta causa extintiva existe com a cessação do motivo que originou a servidão. A razão do ato constitutivo que, necessariamente, deve ser o encravamento do prédio dominante, pode ser comprovada ou por cláusula constante do próprio ato de constituição ou por outros meios em direito admitidos, quando houver omissão no ato constitutivo. Como exemplo desta última hipótese, está a servidão constituída por con-

venção entre as partes com o declarado ou comprovado objetivo de fazer cessar a ação judicial que o interessado movia para, através de rumo e indenização fixados judicialmente, alcançar o direito de passagem.

Extingue-se a servidão, ainda, pelo resgate, ou seja, “quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão” (art. 709, III, do Código Civil). Resgate, que está aqui no sentido de liberação do encargo com o pagamento do valor da serventia, não mereceu do legislador um tratamento especial ou mesmo superficial, visto que a lei, afora esta passagem, se omite a respeito. Ao contrário de nas enfiteuses (art. 693 do Código Civil) e de nas rendas constituídas sobre imóveis (art. 751 do Código Civil), onde o resgate é melhor explicitado, indicando-se como e quando fazê-lo, e o quantum devido, nas servidões o resgate está circundado do mais absoluto silêncio. Mas a omissão não pode importar em tornar letra morta o inc. III do art. 709 do Código Civil. Ao contrário, desenha-se, perante o intérprete, uma área livre ao direito construível. Usando de analogia, dos princípios gerais de direito e de equidade, o jurista deve construir para preencher aquela faixa que o legislador entregou a seu silêncio.

O art. 709, III, do Código Civil, não cria o direito de resgate a todo dono do prédio serviente; simplesmente reconhece o efeito extintivo na servidão toda vez em que for usado o direito de resgatar. Por isso, se pode dizer que, à falta de lei que o institua, cabe ao ato que institui a servidão dispor a respeito. Em outros termos, o direito de resgate não é *ius cogens*; sim, direito dispositivo, cabendo às partes, livremente, instituí-lo ou não. Assim compreendido, e não há porque se compreender de maneira diferente, a servidão é irresgatável toda vez que o ato instituidor da servidão se omitiu sobre o assunto ou, não se omitindo, declarar expressamente que não haverá o direito de resgatar. É necessário que fique bem esclarecido que o direito subjetivo de resgatar do titular do prédio serviente não nasce da lei, não existe *ope legis*. Por isso, só se caracteriza a partir do instante em que, no ato da constituição do direito real de servidão, houver cláusula a respeito.

Na hipótese de ter o dono do prédio serviente tal direito subjetivo e o ato de constituição contiver todos os dados necessários para se saber o quantum do valor do resgate, o problema é simples. Basta ajuizar a ação competente, depositando *initio litis* o valor convenicionado do resgate. A decisão judicial que reconhecer a validade do depósito, está declarando a ocorrência da causa extintiva da servidão, que deve ser completada com o cancelamento do registro a partir do trânsito em julgado da sentença. Contudo, se, embora convenicionado o direito de resgate, o ato constitutivo não contiver os dados necessários para se calcular a quantia líquida e certa que corresponderá ao efetivo resgate, nem por isso ele estará obstaculizado. O direito de resgate existe. Supre-se a omissão quanto ao valor através de avaliação judicial, cuja decisão estará entregue ao prudente arbítrio do juiz. A sentença substitui a declaração das partes, na parte em que houve omissão. Mas se a avaliação for entendida excessiva pelo dono do prédio serviente, ele não estará obrigado a resgatar. O resgate, para ele, sempre é um direito; nunca, obrigação.

4.3 Os casos do art. 710 do Código Civil. O art. 710 do Código Civil tem mais três causas de extinção da servidão: confusão, supressão de obras e não-uso, todas devidamente caracterizadas. Na ocorrência de qualquer uma delas, garante a lei civil ao dono do prédio serviente, logicamente o maior interessado, “o direito de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção” (art. 711 do Código Civil). No entanto, embora seja um direito seu, não exclui o direito que o outro interessado — o titular do prédio dominante — possa ter de efetivar o cancelamento. Sem dúvida, o maior interesse se situa no dono do imóvel serviente, porque é quem tem o ônus pesado sobre si. Mas não há que se negar o interesse do proprietário do outro prédio no objetivo de colocar o registro imobiliário em consonância com a realidade fática. Assim, o oficial de Registro de Imóveis não pode impedir que o

dono do prédio dominante busque, nas hipóteses do art. 710, o cancelamento do direito real.

A confusão, com extintiva da servidão, é a consequência lógica de não haver tal tipo de direito real, quando os dois prédios, em relação de predialidade, pertencem ao mesmo dono. É a causa assim retratada pela lei: “pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa” (art. 710, I, do Código Civil). Não há servidão, como diversas vezes foi salientado, quando os prédios não pertencerem a pessoas diversas. Assim, ou porque o titular de um adquiriu o outro ou porque terceira pessoa adquiriu ambos ou porque, causa mortis, o domínio dos dois prédios ficou com um só senhor, a causa extintiva se caracteriza. Mas tem que ficar bem claro um aspecto. O registro da transmissão da propriedade ou do formal de partilha não opera, automaticamente, o cancelamento da servidão. Este depende de iniciativa à parte. E por uma razão prática importante. Pode o interessado pretender vender um ou outro prédio com a servidão, sem ter necessidade de constituí-la novamente. Caso o cancelamento fosse automático, obrigaria a constituição de nova servidão após a transmissão da propriedade de um dos prédios a terceiro.

A supressão de obras é causa extintiva se for “por efeito do contrato, ou de outro título expresso” (art. 710, II, do Código Civil). A simples supressão sem base em título explícito pode configurar a renúncia tácita do titular da servidão. Na hipótese de que tratamos, a supressão deve estar expressa em algum documento. PONTES DE MIRANDA (opus cit., v. 18, p. 146) exemplifica: “Se a servidão se exerce por instalações é preciso que o dono do prédio dominante anua na supressão delas para que a servidão se extinga”. Em outras palavras, deve haver concordância, bilateralidade, no suprimir as obras, concordância esta verificável em documento, titulada. A simples prova desta circunstância é suficiente para obrigar o oficial do Registro de Imóveis operar o cancelamento, se o interessado tomar a iniciativa.

O não-uso da servidão “durante dez anos contínuos” (art. 710, III, do Código Civil) é outra causa que extingue a servidão. Nesta hipótese, por depender de prova, se exige pronunciamento judicial. A primeira indagação que se faz diz respeito ao termo inicial para a contagem do decênio. Duas são as regras. Nas servidões afirmativas, a contagem inicia a partir do momento em que cessa o exercício da servidão. Lembra-se que são afirmativas aquelas que dão ao dono do prédio dominante o direito a um agir, a uma conduta, sobre o prédio serviente. Já nas servidões negativas, em que há simples omissão do dono do prédio serviente, o decurso de dez anos se inicia a partir do instante em que o titular do imóvel serviente praticou o ato que não devia praticar. O ato infringente ao direito do dono do prédio dominante deveria ter uma pronta reação deste. A inércia, aceitando a vulneração, significa o não-uso referido na lei.

Nas servidões negativas, o prazo de dez anos significa prescrição extintiva. O titular do prédio dominante, face à lesão a seu direito, poderia mover ação contra o dono do prédio serviente, para fazer cessar a lesão. Não o acionando, houve a inércia contínua que resultou na perda do direito de ação. É isto prescrição. Como tal, as causas que interrompem e suspendem a prescrição, previstas nos artigos 168 a 176 do Código Civil, são aplicáveis ao decênio, quando a hipótese é de servidão negativa. Se o caso for de servidão afirmativa, a inércia do titular da servidão não se reflete em qualquer direito de ação; sim sobre o próprio direito material, que é o uso da servidão. O tempo que repercute sobre o direito material, fazendo-o cessar, é prazo preclusivo, porque o direito não prescreve; sim preclui. Assim entendido, não são aplicáveis aqui, por não se tratar de prescrição, as causas suspensivas ou interruptivas referidas no Código Civil. Como regra, o prazo flui sem obstáculos, continuamente.

4.4 *Causas lógicas.* Denominamos causas lógicas, aquelas que, inobstante não constem expressamente da lei, são resultantes naturais do sistema jurídico do país, sendo, por

isso, constatáveis por simples raciocínio. Situamos entre elas o perecimento, o decurso de prazo e a convenção entre as partes. À medida que formos examinando uma a uma, se verá que tais causas são conseqüências da própria estrutura do instituto de servidão no direito nacional, visto que o desaparecimento de um elemento caracterizador e a vontade dos interessados em concordância pode operar a extinção do direito real. Nesta maneira de sentir, a confusão é uma causa lógica e só foi examinada anteriormente porque o art. 710 do Código Civil a prevê expressamente.

O perecimento de um dos prédios — ou o serviente ou o dominante — ou de ambos, descaracteriza a servidão, que tem como suporte fático a existência de dois prédios. Diz o art. 77 do Código Civil que “perece o direito, perecendo o seu objeto”, entendendo-se que houve perecimento, no que interessa ao presente ponto, “quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico” (art. 78, I, do Código Civil). Assim, desaparecendo ou sendo destruído qualquer um dos prédios, ou ambos, há a causa extintiva. Como por exemplo, a invasão, em qualquer dos imóveis, das águas do mar, transformando-o em um lago. O prédio, com isto, perde suas qualidades essenciais e, logicamente, perece no sentido jurídico. Conseqüência: extinção da servidão. Mas tem que se salientar que a destruição deve ser, real ou presuntivamente, definitiva. Aquela que se caracterizar, desde logo, como temporária, não extingue a servidão. Simplesmente suspende seu exercício até que as condições voltem ao *statu quo ante*.

O decurso do prazo também é causa de extinção. Como já se viu, as servidões não são perpétuas. São mais ou menos duradouras, conforme a utilidade se mantenha ou não. Não há obstáculo, outrossim, que os próprios interessados, ao constituírem a servidão, convençionem, através de cláusula adjeta, prazo certo e determinado para o exercício da servidão. O direito nacional está conforme com esta solução. Se tal for convençionado, decorrido o prazo previsto haverá, logicamente, a extinção da servidão. O termo final pode ser estipulado em data certa, em meses, anos ou dias, a critério das partes. Decorrido o prazo, desenha-se a causa extintiva que deverá ser levada ao registro imobiliário, para se alcançar o cancelamento, com a efetiva extinção do direito real.

A convenção entre as partes aparece aqui como verdadeiro distrato. Os sujeitos ativo e passivo da servidão, os mesmos que a convençionaram ou os que lhe sucederam no tempo, podem concordar no desfazimento da serventia. A autonomia da vontade no constitui-la existe, identicamente, no desconstitui-la. Os donos dos prédios dominante e serviente mantêm o direito de dispor, desde que não ofensivo ao exercício da servidão constituída e mantida. Mas entre eles podem alterar a servidão, ampliando-a ou restringindo-a, ou até suprimindo-a. Isto é tão lógico em direito que, inclusive, dispensa maiores argumentações. Salienta-se, entretanto, a regra do art. 1.093 do Código Civil, incidente na hipótese: “o distrato faz-se pela mesma forma que o contrato” e, por isso, entre outras coisas, deve haver mútuo consentimento, bilateralidade na manifestação da vontade.

4.5 Causas específicas. Duas são as causas específicas, que envolvem a extinção da servidão: o abandono do titular do prédio serviente especificado e a resolução do domínio daquele que a constituiu. Na primeira hipótese, como se verá abaixo, não é o simples abandono do prédio serviente por seu titular. Se isto ocorrer, considerar-se-á o imóvel abandonado como vago, passando, algum tempo depois, ao domínio do Estado, do Distrito Federal ou da União, conforme o caso (art. 589, § 2º, do Código Civil). Enquanto o imóvel é vacante e mesmo depois de se transferir ao domínio do poder público, a servidão se mantém como conseqüência de permanecer a relação de predialidade. Nenhum efeito extinto possui este abandono. O referido como causa específica da extinção é outro. Na resolução do domínio, limita-se temporalmente os efeitos da constituição do direito real por quem tem a propriedade resolúvel.

Nos termos do art. 701 do Código Civil, as obras necessárias à conservação e uso da servidão, se incumbirem ao dono do prédio serviente, permitem que este, por ato unilateral, se exonere da obrigação assumida. Para tanto, basta que abandone “a propriedade ao dono do dominante”. Como se pode ver, o abandono aqui é especificado. Tem que ter como fim a exoneração da responsabilidade pelas obras e objetivar a transmissão da propriedade ao titular do prédio dominante. Perfeitamente caracterizado e especificado o abandono, há o duplo efeito: liberação da incumbência pelas obras e transferência do prédio serviente ao dono do prédio dominante. Esta última observação deixa claro que vai se operar a confusão, extinguindo-se a servidão.

Propriedade resolúvel é aquela que admite sua perda por causa prevista no próprio ato de constituição. Assim, é o que ocorre na denominada compra e venda com cláusula de retrovenda (art. 1.140 do Código Civil) e no chamado fideicomisso (art. 1.733 do Código). Ocorrentes as causas que transmitem a propriedade a outro, por resolução do domínio, extingue-se a servidão constituída pelo que tinha resolúvel a propriedade. É a regra do art. 647 do Código Civil: “Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência. . .”