

Notas de Livros

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. *Desnecessidade e Extinção de Direitos Reais*. Separata da "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa", v. 17. Lisboa, 1964, 36 p.

Estimulado por uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal, que reacendeu velha questão em tórno do desaparecimento de servidões de trânsito, o dr. José de Oliveira Ascensão se propõe neste trabalho uma revisão do assunto, convencido de que os princípios condicionadores de sua solução não foram ainda devidamente esclarecidos.

O A., que é assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, começa por referir as duas teses — uma ampla, outra restrita — que se formaram a propósito do art. 2313º do Código Civil Português.* Este dispositivo prevê o cancelamento unilateral da servidão de passagem, desde que se torne esta desnecessária ou quando "o dono do prédio dominante, por qualquer modo, tiver possibilidade de comunicação igualmente cómoda com a via pública por terreno seu". De acôrdo com a tese ampla, o preceito se aplica a qualquer espécie de servidão de trânsito. Segundo a tese restrita, só concerne às servidões de trânsito constituídas em favor de prédios encravados: note-se que o citado art. 2313º está inserido no capítulo dedicado ao direito de acesso ou trânsito.

Pelo que se informa no trabalho, a doutrina se divide entre as duas correntes; os tribunais, contudo, vinham-se afirmando no sentido da orientação lata, até que um acórdão de 8 mar. 1963, sem qualquer nôvo fundamento, aderiu à tese restrita, rompendo assim com o precedente que tendia a se estabilizar, ao mesmo tempo que conferia mais alento ao problema em debate.

A perspectiva em que se coloca o A. não é a de um simples comentário de decisão jurisprudencial. Situando-se numa posição mais elevada procura, antes, precisar o efeito do que êle chama *desnecessidade* sôbre as relações de direito real.

Conduzindo com segurança e lucidez a análise do tema, estabelecendo com clareza e simplicidade distinções nem sempre explicitadas na lei, o A. chega à conclusão de que sômente a tese ampla merece acolhida. De fato, não só o próprio conceito de servidão exclui a idéia de um ônus sem correlativa vantagem, como também a função pessoal e a social das rela-

* O Código Civil Português referido nestes comentários é o antigo, de 1867.

ções de direito real não se compadecem com uma restrição que não importe em benefício a quem quer que seja. Lembra o A. a este propósito o art. 2167º do Código Civil Português, segundo o qual a propriedade se define como “a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu...” Tal formulação tem o mérito incontestável de excluir uma titularidade anormal do domínio na linha da função pessoal. Esta circunstância, precisamente, terá levado José Tavares a concluir pela superioridade do conceito de direito de propriedade no Código Civil Português, com relação ao de outros códigos.

Também é para se repelir um direito real que se situe em oposição aos interesses sociais. É claro e não pode padecer contestação o ensinamento que o A. fornece a este respeito:

“Se uma servidão se pudesse manter em prejuízo directo do onerado e indirecto de toda a comunidade, e sem qualquer benefício para o titular, teríamos uma evidente violação da função social do direito real” (p. 19-20).

Embora as conclusões do A. se nos afigurem, no geral e em substância, irrespondíveis, pode-se formular aqui uma pequena reserva de conteúdo terminológico. Prende-se a questão ao exato sentido da palavra *desnecessidade*. Oliveira Ascensão admite que o termo comporte duplo entendimento. Tanto pode significar *dispensabilidade* como *inutilidade*. Alguns autores, identificando *desnecessidade* com *dispensabilidade*, pretendem concluir que aquela não seja, por si mesma, causa suficiente de extinção das servidões, já que para a subsistência das voluntárias basta a *conveniência*:

“Cessando a necessidade, extinguir-se-iam automaticamente as servidões coactivas; mas não as voluntárias, que se baseiam em pressupostos diversos” (p. 25).

O raciocínio é perfeito, embora combatido por Ascensão, sob o fundamento de que para a lei portuguesa nem sempre *desnecessidade* significa *dispensabilidade*. E cita o parágrafo único do art. 2279º do Código Civil Português, onde, de fato, dá-se a *desnecessidade* um sentido muito amplo, por modo a alcançar, inclusive, hipótese de inutilidade, como é a impossibilidade de exercício. Mas é evidente que o legislador aí usou mal a palavra. E, para que se não invoque em abono dêsse uso uma possível constância ou reiteração, lá está o art. 2313º, onde o termo aparece na sua significação correta e normal de *dispensabilidade*, motivando a posição de Pires de Lima e Gonçalves Rodrigues, que negam à *desnecessidade*, enquanto tal, o carácter de fato extintivo das servidões, por simples ato unilateral da vontade.

Desnecessário é aquilo sem o que uma coisa ou uma pessoa pode subsistir sem dano à sua integridade. *Inútil*, aquilo que nenhum proveito traz. Mas como pode haver proveito fora da área da estrita conser-

vação, segue-se que nem tudo quanto é desnecessário é inútil. Tenha-se presente a tradicional divisão das benfeitorias em *necessárias*, *uteis* e *voluptuárias*. Existe aí, na ordem mesma que se acaba de indicar, uma gradação decrescente na linha carencial, de tal modo que o *necessário* constitui um *plus* em relação ao *útil*, e êste um *plus* em relação ao *voluptuário*. Reversamente o *desnecessário* é um *minus* em referência ao *inútil*, mas não um *minus* integrativo, como pretende o A. (p. 27), já que nem todos os casos de desnecessidade são redutíveis a casos de inutilidade.

A *Nota Oficiosa* da reforma de 1930, tanto na parte que explica o art. 2279º, como na que explica o 2313º, não deixa dúvida quanto ao fato de que, num caso como noutro, é a *inutilidade* que o legislador teve em vista, muito embora esta palavra não esteja expressamente indicada na primeira dessas referências. Mas o que vem a ser servidões “que desvalorizam os prédios servientes sem que valorizem os prédios dominantes”? Lógico que só de servidões *inúteis* pode tratar-se, e não de simplesmente *desnecessárias*.

Acresce que a exclusão conceitual determinada pela servidão e a repulsa da função sócio-pessoal da propriedade só à inutilidade podem referir-se.

Pensamos, pois, que a dissertação melhor se intitularia *Inutilidade e Extinção dos Direitos Reais*. O reparo não é acadêmico, parecendo-nos que além de outras razões a impô-lo, existe a de que o equívoco pode ser responsabilizado por um desacôrdo doutrinário, que bem examinado, se verá consistir numa simples questão de palavras.

Esta observação não retira, em absoluto, o mérito do trabalho, cuja contribuição à teoria dos direitos reais paira, a nosso ver, acima de qualquer dúvida. Muito oportuna e procedente, p. ex., a crítica do A. ao art. 1563º do Projeto do nôvo Código Civil.

Quanto ao alcance do art. 2313º, ousamos manifestar a opinião de que, formuladas sem restrições, uma e outra das posições tradicionais pecam pelo simplismo. A melhor doutrina está em distinguir, para cada caso, se a cessação da necessidade ou a comunicação igualmente cômoda tornam ou não a servidão de passagem inútil. Há lugar para esta reserva, uma vez que, não obstante a desnecessidade ou a existência de outra via igualmente cômoda, pode subsistir interêsse em manter-se a servidão: a conservação de dois caminhos, p.ex., pode proporcionar ao prédio maior ou mais segura capacidade de acesso, potencializando-lhe o valor. Isto posto, concluiremos que o preceito será aplicável a *qualquer* servidão de trânsito, sempre que em virtude da superveniência de uma ou de outra das circunstâncias da lei, aquela restar totalmente inútil; mas aplicar-se-á sòmente às servidões de trânsito *constituídas em proveito de prédios encravados* quando, apesar de desnecessária, a servidão continuar sendo útil.