

Da Ação Negatória de Servidão

RAYMUNDO CÂNDIDO

S U M Á R I O

NÓTULAS INTRODUTÓRIAS

A) — DA SERVIDÃO — 1 — Conceito. Quais os direitos que dêle devem ser afastados e quais os que o abrangem. Observação de Messineo. 2 — A servidão como relação jurídica — Interpretação. Condições para sua existência, letras «a» e «b». 3 — Desenvolvimento do tema precedente com apoio em Domenico Barbero. 4 — Como limitação de direitos, a servidão não se presume (art. 696, C.C.). Exceto as servidões legais. Capítulo do Direito de Vizinhança. Não há servidão sem título hábil. 5 — Requisitos intrínsecos.

1 — O direito que tem o proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los de quem injustamente os possua (C.C., art. 524), ressalvadas as exceções legais, presume-se pleno e ilimitado.

A servidão é um ônus real sôbre coisa alheia, *jus in re aliena*, limitativo daquêle direito.

De seu conceito devem ser afastados os direitos reais de gozo, ou sejam as chamadas servidões pessoais, em contração às servidões prediais,¹ que abrangem qualquer direito real, especialmente de gozo, em virtude do qual um prédio,

(n1) Observa MESSINEO não existir mais razões para o qualificativo "prediais" dado às servidões, por haver desaparecido a categoria das chamadas servidões pessoais (Manual de Derecho Civil Y Comercial — Tradução de Santiago Sentis, J. E. A., Buenos Aires, 1954, pág. 491).

dito serviente, se sujeita a outro, chamado dominante, e pertencente a proprietário diverso, para um serviço ou uma utilidade que o primeiro presta ao segundo.²

2 — Diz o art. 695 do Código Civil: «Impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro, pertencente a diverso dono. Por ela, perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dêle se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante.»

Dessa disposição podemos tirar duas importantes conclusões:

a) Para que haja servidão é necessário que os prédios pertençam a proprietários diversos (*res sua nemine servit*).

b) Embora ônus real, limitativo do exercício do direito do proprietário do fundo serviente, a servidão é, acima de tudo, uma relação jurídica. E esta só é admissível entre pessoas e não entre duas «coisas». A relação existente entre dois fundos, o serviente e o dominante, representa, na observação de MESSINEO, uma «metáfora para expressar que a relação entre os sujeitos se estabelece em função da qualidade de proprietários, respectivamente, dos prédios serviente e dominante, e que essa relação não vigora entre êles, quando um deixa de ser proprietário do prédio.»³

3 — A respeito, sustenta DOMENICO BARBERO: A servidão é essencialmente uma relação jurídica e como tal se rege e se acerta entre pessoas, não certamente entre objetos: a QUALITAS FUNDI é sòmente uma imagem que serve para exprimir a particularidade, bem acentuada nesse direito de ser constituída IN RE INTUITU REI. Sendo, porém, um direito autônomo, postula, como condição de sua subsistência, a propriedade do fundo dominante, porque, resolvendo-se o direito-condição (propriedade do fundo dominante), fica resol-

(2) ROBERTO RUDIGGERO — *Instituições de Direito Civil*, Tradução de Ary Santos, Saraiva, 1936, vol. II, pág. 440.

(3) Obra citada, pág. 491.

vido, automaticamente, o **direito-condicionado** (direito de servidão).⁴

4 — Porque limitação de direito, a servidão não se presume (C. Civil, art. 696). Quem se arroga a qualidade de titular de uma servidão imposta sobre prédio alheio em favor de sua propriedade, deverá demonstrá-lo, por documento hábil, devidamente transcrito.

Ressalvados os casos das servidões legais, que se inscrevem no Capítulo dos direitos de vizinhança (C.C., artigos 554 e seguintes) não pode existir nenhuma servidão que não dimanar de título legítimo, devidamente transcrito, provenha dele de contrato, testamento, de sentença declaratória de usucapião, de adjudicação em Juízo divisório, ou de ato de destinação do **pater familia**, são êsses os modos pelos quais se constituem as servidões.⁵

5 — É necessário observarem-se, ainda, em sua constituição, os seguintes princípios:

I) — **Servitus in faciendo consistere nequit**, pelo qual o seu conteúdo não pode ser uma prestação pessoal ao proprietário do prédio dominante.

II) — **Nemini res sua servit**. Sendo a servidão um **jus in re aliena** não pode existir se os dois prédios se reunirem no domínio da mesma pessoa (C. Civil, art. 710, inc. 1).

III) — **Inalienabilidade** — A servidão não se conhece separada do prédio a que pertence. Não pode, assim, ser alienada separadamente d'êste.

IV) — **Servitus servitutis esse non potest**. É muito discutido se se pode constituir uma servidão sobre outra servidão, pois sendo esta uma limitação, não se pode conceder limitação de limitação.

(4) DOMENICO BARBERO — *La Legittimazione Ad Agire*, In *Confessoria e Negatoria Servitutis* — A. Giuffré, Milano, 1950, pág. 30.

(5) CARVALHO SANTOS — *Código Civil Interpretado*, Calvino Editor, 1935, Rio, Vol. IX, pág. 113.

V) — **Servitutis dividi non possunt**. A servidão não se pode constituir parcialmente e é indivisível, por sua própria natureza. Quando o prédio serviente ou o dominante pertencer a várias pessoas, cada um dos co-proprietários deve suportar os encargos e é autorizado a tirar d'ele a respectiva vantagem. Donde, não se pode impor uma servidão sôbre prédio em condomínio, sem o consentimento de todos os seus co-proprietários. (C. Civil, art. 707)⁶ n2.

B) — DA AÇÃO NEGATÓRIA (Origem) — 6 — Como se explica histórica e teòricamente (Cuq). Interpretações do Prof. Augusto Trèves e do Prof. Arangio Ruiz sôbre as expressões **actio negatoria** e **actio negativa**.

6 — Segundo Cuq, històricamente a ação negatória de servidão se liga, por sua criação, às servidões: é uma ação de **servitude**. Teòricamente, ela forma uma das ações que serviam para proteger a propriedade. De sua origem, resta-lhe essa particularidade: tem por objeto exclusivo estabelecer a inexistência de uma servidão, e não uma qualquer restrição ao direito de propriedade; nem mesmo a declaração de sua inexistência. Podia ser exercida pelo proprietário, contra quem quer que pretendesse uma servidão sôbre a coisa, ainda que por ameaça. Não importava que o autor tivesse ou não o **IURIS POSSESSIO**.⁷

Tanto Augusto Trèves, em estudo recente, como Arangio Ruiz, assinalam, porém, que as expressões **actio negativa** e **actio negatoria** eram indiferentemente empregadas nas fontes para designar as **actiones in rem**, com as quais os proprietários se opunham ao terceiro que se comportava contra a coisa como titular de servidão ou de usufruto. Mas isso

(6) RUDIGGERO — Instituições, citada, págs. 445 a 450.

(n2) As servidões classificam-se em rústicas e urbanas; positivas e negativas; contínuas e descontínuas; aparentes e não aparentes; legais e convencionais. A análise, particular, de cada uma dessas categorias, não será aqui feita, por desinteressante aos fins do presente estudo.

(7) ÉDOUARD CUQ — *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, 1928, págs. 349 e 350.

não era constante, porque em alguns textos o qualificativo **NEGATIVA** era atribuído pelos clássicos precisamente às fórmulas com a **INTENTIO** gramaticalmente negativa: **si paret Numerio Negidio ius non esse**⁸

C) — NO DIREITO MODERNO — 7 — Função da **Actio Negatoria** e da **Actio Confessoria**.

7 — Modernamente, porém, não se pode pretender que a **actio negatoria servitutis** tenha outra destinação senão a da defesa da liberdade da propriedade. Nesse aspeto, ela, quanto ao seu objeto, se contrapõe à **actio confessoria servitutis**, uma vez que a confessoria tem por objeto afirmar a existência de uma servidão, positiva ou negativa, que torna cativo um prédio a outro, ao seu serviço ou às suas utilidades. Seu alvo é fazer reconhecer a existência da servidão; repor o autor ao pleno gozo da mesma, quando contestado o exercício com atos tendentes a sua eliminação; condenar o proprietário do prédio serviente a cessar na prática desses atos, deixando livre o exercício da servidão.

D) — NATUREZA JURÍDICA — 8 — Ação real, com caráter petitório — Conceito de petitório. Desenvolvimento do tema (Prof. Carlos Maiorca).

8 — A ação negatória participa da natureza das ações reais, com caráter petitório, uma vez que o conceito de petitório, assim em seu aspeto substantivo como processual, não é relativo somente à tutela da propriedade, mas, também, aos outros direitos reais. Desenvolvendo o tema, escreve o Prof. Carlos Maiorca: «... Il concetto di petitoria non è dipendente da una **QUAESTIO POSSESSIONIS**, com'è invece nella rivendica vera e propria, si ha nell'azione negatoria; il cui ambito

(8) Azione Confessoria e Negatoria no Direito Romano, in *No-vissimo Digesto Italiano*, UTET, Vol. II, pág. 58 — Arangio — Ruiz — *Instituciones de Derecho Romano*, Tradução de José M. Caramès Ferro, De Palma, 1952, pág. 276, nota 18.

è assai vasto e si allarga ad ogni mezzo petitorio, che presuppone cioè l'accertamento della proprietà nell'attore, onde opporsi ad ogni usurpazione o in genere ad ogni attentato, effettivo o potenziale, della libera disponibilità della cosa.⁹

E) — SUA CLASSIFICAÇÃO EM FUNÇÃO DO ESCOPO
— 9 — Em que condições a ação será meramente declaratória, ou, então, petítória e condenatória; letras «a» e «b».

9 — A ação negatória, segundo o escopo visado, pode ser:

a) meramente declaratória da liberdade do prédio, quando houver uma simples pretensão da existência da servidão, desacompanhada de qualquer ato que importe em seu efetivo exercício;

b) petítória e condenatória quando, a título de servidão, o proprietário do prédio (pretense dominante) praticar atos de esbulho ou turbativos da posse plena do Autor proprietário do prédio (serviente), e com ela êste pleitear o restabelecimento do *statu quo ante* e o pagamento de perdas e danos.

F) — NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO — 10 —
Diversamente do Código Italiano, não temos normas expressas disciplinando tanto a ação confessória, como a negatória. Continua nos incisos I, II e III. 11 — Quais as turbações ao direito de propriedade que legitimam a ação negatória. Não pode ser exercitada em situações típicas dos interditos possessórios. Sua não identidade com êsses interditos (Prof. Ettore Favara). 12 — Como a negatória e a confessória ingressaram em nosso ordenamento jurídico.

10 — Não há nenhuma norma que discipline, expressamente, a ação negatória e a confessória de servidão.

I — O Código Civil apenas cuidou do modo da constituição e da extinção das servidões e regulamentou o comportamento

(9) Prof. CARLOS MAIORCA — *Azione Petitoria*, In *Novissimo Digesto Italiano*, citado, pág. 83.

dos proprietários dos prédios gravados com êsse onus. Apenas no artigo 709 se faz referência a «via judicial» que deve ser percorrida pelo proprietário do prédio serviente, para declarar extinta a servidão, quando ocorrer um dos fatos extintivos da mesma. Não há disposição expressa sôbre a ação para a defesa do direito de servidão, nem para a liberação da propriedade.

II) — No Código de Processo Civil, Livro IV, Títulos XIII, XIV, há várias ações destinadas à defesa da propriedade e da posse. O Livro V, além das medidas cautelares, contém os embargos de terceiro, disciplinados, respectivamente, nos Títulos I e VII, com o mesmo objetivo. Nêle, também, não teve ingresso a ação negatória nem a confessória de servidão. Em resumo, pode-se afirmar que essas ações não foram expressamente disciplinadas na legislação positiva brasileira. O Código Civil Italiano, em vigor, teve procedimento diverso, como se vê dos artigos 949, que traz a rubrica «Azione Negatoria» e 1.079.

III) — Entretanto, é da doutrina do Código: O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário (art. 527). A servidão, como limitação do direito de propriedade, faz exceção a regra. Como tal, deve ser provada. Mas as servidões não se presumem (art. 696) e não existem a não ser por título hábil, devidamente transcrito. Ressalvam-se as servidões legais, que são um capítulo do direito de vizinhança. Por isso, o Prof. Michele Giorgianni registra a tendência da doutrina mais recente em afastá-las do esquema das servidões prediais.¹⁰ Não contrapõe a regra o disposto no art. 697. Com essa disposição quis o legislador afastar as servidões não aparentes do regime do art. 698. Isto é, não podem ser adquiridas por usucapião.

11 — Qualquer ataque ao livre exercício do direito de propriedade deve ser repellido pelas vias jurídicas próprias. O Código adotou a teoria objetiva da ação ao proclamar que

(10) MICHELLE GIORGIANNI — *Contributo Alla Teoria Dei Diritto Di Godimento Su Cosa Altrui*. A Giuffrè, Milano, 1940 — XVIII, pág. 47.

«a todo direito corresponde uma ação que o assegura (art. 75), condicionando-lhe o exercício à existência do legítimo interesse (Art. 76). Dêste modo, se a turbação ou esbulho representam atos ilícitos e de violência, contra a coisa, sem o colorido de qualquer pretensão de direito de servidão sobre a mesma, o proprietário terá nos interditos de manutenção ou de reintegração de posse, no interdito proibitório, na imissão de posse, na nunciação de obra nova ou nos embargos de terceiro o remédio jurídico hábil. Do contrário, para declarar a liberdade do prédio, êsses remédios serão inábeis. Sòmente a ação negatória, por seu caráter real e petitório, será adequada àquêle fim. Como demonstrou o Dr. Ettore Favara, a ação negatória não se identifica com aquelas ações.¹¹

12 — A **actio negatoria** e a **confessoria servitutis** ingressaram em nosso ordenamento jurídico e tomaram assento na Casa de Themis pela construção doutrinária de nossos civilistas, com apoio nas fontes romanas.

G) — DA LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA — 13 —

Sòmente os proprietários dos prédios serviente e dominante são legitimados ativa e passivamente. Fundamento da asserção nas letras «a» e «b». Posição do usufrutuário e do enfiteuta. (CARVALHO SANTOS, DOMENICO BARBERO).

13 — Sendo a negatória ação real, com a finalidade de vindicar a liberdade do prédio, sòmente o proprietário que tenha sido turbado no pacífico gozo de seu prédio por terceiro que se arrogue o direito de o fazer (**feci sed iure feci**), por ser titular de direito de servidão, tem legitimação ativa para a ação.

a) A turbação com êsse colorido dará legitimação ativa para a ação se partir de terceiro proprietário de prédio tido como dominante. Se provier de quem não seja proprietário (arrendatários, administradores), haverá impropriedade do

(11) Azione Confessoria e Negatoria (Diritto Civile) in Novissimo Digesto Italiano, citado ,pág. 60.

uso da negatória. As ações possessórias serão, nessa hipótese, o remédio adequado.

b) É discutível se está legitimado para a ação o usufrutuário. Entre nós, Carvalho Santos entende que não; admitindo, porém, que o esteja o enfiteuta.¹² A doutrina recente concorda em que o enfiteuta, o usufrutuário, o locatário tenham legitimação para a ação desde que destinada à reparação de perdas e danos.¹³ Em o nosso entender, em face de nosso direito positivo os possuidores, não proprietários, a qualquer título só poderão defender seus direitos de uso e gozo da coisa através das ações possessórias. A condenação em perdas e danos é consectária dessas ações, ex-vi do disposto no artigo 503 do C. Civil.

H) — DA COINCIDÊNCIA DA POSIÇÃO DAS PARTES
— 14 — Conseqüências que se tiram do ônus da prova, que se atribui ao Autor e ao Réu, nessa ação (MESSINEO, DOMENICO BARBERO, CARVALHO SANTOS).

14 — A ação negatória visa libertar o prédio do pretendido ônus real de servidão. A confessória, ao contrário, postula o reconhecimento judicial da existência desse ônus. Na negatória, ao autor basta provar o direito de propriedade, para que fique, *ipso-facto*, provada a liberdade do fundo (MESSINEO, BARBERO, CARVALHO SANTOS)¹⁴ n3. O que nos parece certo, em face do disposto no artigo 507 do C.

(12) CARVALHO SANTOS — *Código Civil Interpretado*, vol. IX, pág. 181 e 182.

(13) DOMENICO BARBERO — obra cit., pág. 80.

(14) FRANCESCO MESSINEO — obra citada, pág. 371. DOMENICO BARBERO — obra citada, pág. 84. CARVALHO SANTOS — obra cit., pág. 182. n3 — O Prof. CARLOS MAIORCA, em nota nº 8, ao seu excelente estudo sobre *Azione Petitoria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, citado, pág. 83, sustenta tese contrária. Em seu entender, se o *petitum* é a liberdade e não o accertamento de propriedade, o que se deve provar é o que forma a matéria do accertamento. Argumenta que se trata de um poder de tutela, e a tutela da propriedade por vêzes se classifica segundo à entidade e ao tipo da lesão. Portanto, é a prova da lesão que se deve dar"...

Civil. O réu, para não decair da ação, deverá provar seu direito de servidão. Há, portanto, uma coincidência de posições entre os legitimados ativa e passivamente, para as duas ações: a confessória e a negatória. O autor, na ação negatória tem a mesma posição do réu, na confessória. Daí concluir o citado Domenico Barbero que «legitimado ativamente para a confessória é, unicamente, quem se encontra em tal relação com o fundo que o tornaria legitimado, passivamente, para a negatória; e, reciprocamente, legitimado **ativamente** para a **negatória** é só aquêle que se encontre legitimado passivamente para a **confessória**.

I) — DA LEGITIMAÇÃO LITISCONSORCIAL ATIVA E PASSIVA. 15 — Em face do princípio **SERVITUTIS DIVIDI NON POSSUNT**, como se representa o condomínio na ação confessória e na negatória. Em que condições o cabecel o representa. Fundamentos: incisos I e II.

15 — Em face do princípio **Servitutis dividi non possunt** consagrado no artigo 707 do C. Civil, se a servidão se constituir em prédio em condomínio, na ação confessória, ainda que haja cabecel nomeado ao condomínio, a representação passiva do condomínio só se integrará com a citação de todos os condôminos. Isso se depreende do disposto no artigo 633 do C. Civil. Salvo delegação expressa dos condôminos ao cabecel para êsse fim.

I — O cabecel só representa o condomínio nos atos de pura administração. Na negatória, porém, embora a coincidência das posições de autor e réu em uma e outra ação, parece que se pode abrir exceção, em face do disposto no artigo 623, inciso II, do C. Civil.

II — A negatória é ação real com caráter petitório. Visa liberar o prédio serviente de qualquer ônus. Se o condômino pode reivindicar a coisa, em nome dos demais, pode, pela mesma razão, defendê-la em qualquer ação que vise limitar a plenitude do uso e gozo da coisa comum.