

O problema da viabilidade ou inviabilidade das acções confessórias de servidões descontínuas aparentes com base na posse imemorial após o decreto 19.126 (*)

pelo Dr. Abel Carneiro

1) *Posição do Problema*

Ainda hoje é frequente intentarem-se acções confessórias de servidões descontínuas aparentes com base na posse imemorial.

Assim acontece pelo menos nos tribunais das comarcas do Minho.

Se diante de uma acção deste tipo o R. arguir na contestação a inviabilidade da pretensão do A., a evidência da sua improcedência, *quid juris?*

Deverá a acção ser julgada improcedente no despacho saneador (art.º 514.º, n.º 3.º, do Código de Processo Civil)?

Deverá o R. ser absolvido do pedido por se ter deduzido uma excepção peremptória?

Deverá antes a acção prosseguir até final por a lei reconhecer ainda hoje a aquisição de servidões descontínuas aparentes com base na posse imemorial?

Este o problema que me proponho tratar, começando por fazer uma análise exegética dos art.ºs 2.272.º e 2.273.º do Código Civil na redacção primitiva e muito especialmente do § único da última disposição, para por fim cair na nova redacção dada aos artigos referidos pelo Decreto n.º 19.126 e tirar as conclusões.

(*) Trabalho de candidato à advocacia, apresentado nos termos do art.º 537.º, n.º 2.º, do Estatuto Judiciário, para inscrição na Ordem.

2) *Interpretação dos art.º 2.272.º e 2.273.º do Código Civil*

No domínio do Código Civil e até à publicação do Decreto n.º 19.126 as servidões descontínuas aparentes ou não, como aliás as contínuas não aparentes, não podiam constituir-se por prescrição.

Ao emitir este comando o legislador raciocinou bem, pelo menos quanto às servidões não aparentes.

Efectivamente, fundamentando-se o instituto da prescrição na posse, sabido é que esta só é relevante quando além de pacífica e contínua for também pública (art.º 517.º do Código Civil).

E sendo por definição legal (art.º 2.270.º, § 4.º) não aparentes aquelas servidões que não têm sinais a revelá-las, razoavelmente tem de concluir-se que o dono do prédio serviente reconhece a actividade do dono do dominante, que define o conteúdo e traduz o exercício da servidão.

Se desconhece o acto ou actos do dono do prédio dominante caem eles na alçada da clandestinidade que se opõe manifestamente à posse.

É certo que não tem de ser assim, porque pode, com efeito, o dono do prédio serviente ter conhecimento dos actos do dono do dominante. Pode, na verdade, mas não é de exigir razoavelmente — o que faz, transcrevendo Teixeira d'Abreu (*Das servidões*, tomo II, pág. 83), *com que se não verifique o fundamento legítimo da prescrição que assenta na presunção de que o proprietário não se opondo aos actos praticados pelo possuidor tácitamente reconhece ou que não tem direito a opor-se ou que renuncia em favor daquele aos direitos por ele exclusivamente exercidos.*

Por esta razão — e ela basta — muito bem andou o legislador em não permitir a aquisição por prescrição das servidões descontínuas e contínuas não aparentes.

A solução legal era inequívoca e terminante (art.º 2.272.º) mas não isenta de reparos.

A razão de ser da proibição representa uma homenagem ao espírito de tolerância e de boa vizinhança, mas exagerada, a ponto de estabelecer uma presunção *juris et de jure* muitas vezes contrariada pela realidade.

Exemplifique-se :

O sujeito *A* é dono de um prédio que tem comunicação com a via pública, mas morosa e difícil. Para melhor o explorar começou a transitar pelo prédio vizinho, do sujeito *B*, a pé, de carro e bois, transportando frutos, estrumes e tudo o mais que é necessário para amanho e colher os rendimentos do seu prédio.

Admitamos, por hipótese, que o prédio serviente comunica com a via pública por mais que um dos ventos. Por um dos lados serve-se o dono do serviente e por outro o do dominante.

Admitamos, ainda, que o prédio serviente é de cultivo e que nele há sinais de trânsito do proprietário dominante num certo percurso, que o dono do serviente podia amanho, mas não cultiva.

Em face do exemplo dado podemos dizer que o proprietário serviente permite por mera tolerância este estado de coisas, sem contrariarmos a realidade?

Afoitamente afirmamos que não, pela elementar razão de que ninguém quer voluntariamente prejuízos. E se casos existem em que a tolerância impera ou é porque o prejuízo é diminuto ou porque a generosidade é tamanha que se opõe à generalidade dos homens, única preocupação do direito.

O que talvez possamos é asseverar que na maioria dos casos tanto o proprietário do prédio dominante como o do serviente se utilizam da mesma passagem para os fins visados. Se assim é, a situação é equívoca e é de presumir que o proprietário onerado com a servidão a vai sofrendo, a vai tolerando. Se é lícito estabelecer uma presunção de mera tolerância, como é razoável, nunca, todavia, a ponto de a considerar *juris et de jure* — mas tão-somente *tantum juris*, que tem a virtude de inverter o ônus da prova, atento o disposto no art.º 2.517.º do Código Civil. Salvaguardam-se, assim, as relações de boa vizinhança e de solidariedade que convém, realmente, enriquecer, por serem da essência do próprio direito.

O nosso legislador foi longe demais, foi demasiadamente utópico, proibindo a aquisição de servidões descontínuas aparentes por prescrição, partindo da ideia que teve como certa, mas é muitas vezes irreal, de que a passagem por prédio alheio (refiro-me a esta servidão por ser a típica) é sempre a tradução de actos de mera tolerância.

Todavia, no § único do art.º 2.273.º, ressaltou as adquiridas anteriormente à promulgação do Código, conforme o uso e costume das terras.

5) *Alcance do § único do art.º 2.273.º do Código Civil
antes da reforma*

Entre todas as servidões a que a disposição interpretanda se refere só nos interessam as descontínuas aparentes.

Os doutrinadores têm encontrado as mais sérias dúvidas na interpretação do § único do art.º 2.273.º, ao referir-se ao uso e costume das terras.

Teixeira d'Abreu, no seu notabilíssimo livro *Das servidões*, tomo II, pág. 95, diz: — «Nem só no § único do art.º 2.273.º, se encontra a expressão uso ou costume das terras; em muitos outros ela aparece e sempre como fonte perene de contraditórias decisões». E mais adiante: «Afigura-se-nos em conclusão que o legislador usou das expressões uso ou costume das terras como sinónimas de prescrição».

Antes de prosseguirmos, afirmamos, desde já, que a interpretação do ilustre mestre nos parece de todo inaceitável.

Se o legislador ao falar em uso e costume das terras se quisesse referir à prescrição, dizia-o abertamente como o fez noutras disposições. De modo que ou nada dizia e então a interpretação de Teixeira d'Abreu seria a única aceitável ou, falando em uso e costume das terras, fatalmente não podemos deixar de lhe atribuir um sentido, porque não há na lei palavras inúteis.

E dar à expressão uso ou costume das terras o sentido de prescrição é o mesmo que omiti-la, procedimento que a teoria da interpretação não admite.

Pode ser que lá tenhamos de chegar, mas por um caminho diverso do ilustre mestre.

Mas o que significa afinal o uso ou costume das terras?

Guilherme Moreira, no seu livro *Águas*, vol. II, págs. 113 e segs., diz-nos, comentando o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/7/1900: «O autor do nosso Código Civil traduziu os art.ºs 690.º e 691.º do Código Civil Francês [...] não vendo que as tradições jurídicas do nosso país em matéria de aquisição de servidões pela prescrição eram muito diversas das que havia em França. Neste

país eram diversos os costumes a este respeito, havendo alguns que excluía sempre a prescrição, outros que a admitiam sempre e outros ainda que só a admitiam em determinadas condições [...]. No nosso país não havia, porém, diversidade de usos e costumes».

A expressão uso ou costume das terras não significa mais do que um conjunto de frases a que se atribuem certos efeitos jurídicos. E segundo os nossos praxistas as servidões descontínuas aparentes ou não e as contínuas não aparentes podiam não só ser adquiridas por prescrição como também por posse imemorial.

Saber se uma servidão descontínua aparente se constituía por posse imemorial ou se por prescrição é que é um problema de extrema gravidade, divergindo as opiniões dos grandes. Coelho da Rocha, nas *Instituições de Direito Civil Português*, §§ 599.º e 464.º, diz-nos e ensina-nos que as servidões descontínuas aparentes e não aparentes e as contínuas não aparentes só podiam provar-se pela posse imemorial, isto é, de que ninguém sabe o princípio nem pelo ter visto nem pelo ter ouvido a quem visse ou ouvisse, que excede a memória dos homens (Ordenações, livro I, título 62, § 51.º).

Correia Teles (*Dig. Português*, tomo III, art.^{os} 454.º e 455.º), dizia que na falta de título era precisa a posse de 30 anos contínuos para se verificar a prescrição, ainda que a servidão fosse descontínua, contanto que fosse aparente. E se fosse descontínua e não aparente seria necessário posse imemorial (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 59.º, págs. 169 e segs.).

Todavia, a nossa jurisprudência sempre se orientou, como orienta, no sentido de exigir uma posse imemorial.

Seja como for — ou se opte pela posse imemorial ou pela prescrição — o certo é que a prova da posse era, no domínio do Código Civil e antes da reforma de 1930, difícil de fazer-se.

As razões dessa dificuldade — cada vez maior — estão esplêndidamente apresentadas pelo sábio mestre Guilherme Moreira. O referido mestre chega mesmo a frisar e a antever a sua absoluta impossibilidade num futuro próximo.

Assente isto, entremos, pois, na fase final do nosso trabalho:

4) *Interpretação do art.º 2.273.º e § do Código Civil,
na redacção do decreto 19.126*

Após o Decreto n.º 19.216 que reformou certas disposições do Código Civil o problema da aquisição das servidões por prescrição tomou um aspecto diverso daquele que tinha na redacção primitiva. Consagraram-se as opiniões dominantes, ditando-se o novo art.º 2.272.º, que permite a aquisição de todas as servidões aparentes, contínuas ou descontínuas, através da prescrição. Todavia, as dúvidas continuam quanto àquelas servidões que se constituíram por título legítimo antes da promulgação do Código Civil e que o § único do art.º 2.273.º (redacção primitiva) havia ressalvado.

Poderá hoje declarar-se constituída uma servidão descontínua aparente com base na posse imemorial ou prescrição existente antes da promulgação do Código Civil, em face da actual redacção do art.º 2.273.º e § único?

Quanto às não aparentes, contínuas ou descontínuas, o problema não suscita dúvidas. Só podem ser reconhecidas em juízo, quando houver documento ou sentença a atestá-las. Mas as descontínuas aparentes? No domínio do Código Civil e em face da redacção primitiva do § único do art.º 2.273.º dizia Eduardo Carvalho — em *Trabalhos Jurídicos*, vol. I, págs. 349 e 360 — a tradição de antiguidade e de imemorialidade a que as testemunhas aludem referindo-se a pessoas antigas falecidas «*desacompanhada da presença de factos uniformes e repetidos, duráveis e permanentes em épocas que retroajam pelo menos 30 anos completos a 22 de Março de 1868 não a pode julgar de per si suficiente porque para constatar a existência já do uso e costume, já de uma posse imemorial, é necessário como principal prova de vista, a prova de exercício que a tradição, o depoimento de mera dúvida vem fortalecer em contraprova*».

Guilherme Moreira na citada obra, vol. I, págs. 132 a 134, discorda do que acaba de ser transcrito. Todavia, num dos seus considerandos diz-nos a pág. 133 : — «a seguir-se outra doutrina — diferentemente da que ele propugnava — tornar-se-ia impossível a prova dos direitos assim adquiridos — por posse imemorial ou prescrição —

logo que o início da posse excedesse, como já actualmente vai sucedendo, a memória dos homens».

A obra de Guilherme Moreira data de 1920.

A fragilidade das testemunhas de dúvida é por todos conhecida. Que seriedade podem, com efeito, ter os depoimentos de dúvida de um conjunto de pessoas de avançada idade — e note-se que hoje é impossível haver alguém que possa vir dizer a um tribunal que presenciou certos factos tendentes a demonstrar uma posse imemorial ou prescrição? É evidente o sem valor desses depoimentos. Se eu digo a um conjunto de pessoas idosas para afirmarem que ouviram dizer a fulano e a cicrano, já falecidos, que sempre se verificou um certo estado de coisas; que eles fulano e cicrano disseram que quando novos não só presenciaram os mesmos factos como também ouviram dizer os seus pais ou seus avós que as coisas assim sempre foram, isto por si vale pouco, não conseguindo formar uma convicção séria. É assim hoje e já o era no tempo da primitiva redacção do Código Civil. Mas poderá objectar-se: tratando-se, por exemplo, de mera servidão de passagem aparente de que determinado prédio encravado sempre gozou, a circunstância dos depoimentos de dúvida acrescida do estado do prédio encravado é bem elucidativa.

Mas parece que assim não é.

O proprietário tem a seu favor a presunção de que o seu prédio está livre de quaisquer ónus (art.º 2.192.º). Tem a seu favor a presunção de que a passagem que por ele é feita por um outro proprietário é acto de mera tolerância, que persiste até prova em contrário.

Se as coisas assim são, por determinação legal, forçoso é concluir que a circunstância do prédio ser encravado em nada beneficia o proprietário dominante, que continua a ter de provar a imemorialidade da posse. O facto do prédio ser ou não ser encravado o que lhe permite é a constituição forçada de servidão através de uma acção de arbitramento. É certo que os depoimentos de dúvida podem ser corroborados por obras muito antigas. Se assim é — dir-se-á — os referidos depoimentos ganham valor. Mas é sabido que a peritagem não pode localizar no tempo a idade de determinada obra. E a posse para tomar a qualidade de imemorial tem de ter uma vida, pelo menos de 100 anos antes do começo da vigência do Código Civil.

As respostas dos peritos aos quesitos formulados podem fornecer ao julgador, aliadas aos depoimentos das testemunhas, uma presunção

bastante séria. Mas a verdade — e estamos a tratar do problema das servidões descontínuas aparentes — é que o acto ou actos do dono do prédio dominante presumem-se actos de mera tolerância que persistem enquanto não houver uma prova cabal e inequívoca, que hoje já não é possível fazer-se, por terem os factos de se localizar em data que se perde na noite dos tempos, deixando dúvidas, incertezas, conjecturas e hipóteses que não bastam para afirmar um direito.

Mas dir-se-á : o legislador do Decreto n.º 19.126, se por acaso quisesse proibir o reconhecimento de servidões descontínuas aparentes com base na posse imemorial, tê-lo-ia dito com clareza, sendo certo que o problema já se punha, que as dificuldades de prova já se conheciam e que há uma terminante disposição (art.º 8.º do Código Civil) que não permite que a lei tenha efeitos retroactivos, ofendendo direitos adquiridos. Na verdade o legislador podia ter sido mais feliz com a redacção do § único do art.º 2.273.º. Na nota oficiosa do Ministério da Justiça relativa ao Decreto n.º 19.126 ressalta que a sua preocupação foi solucionar controvérsias e dificuldades existentes nesta intrincada matéria das servidões. E é do conhecimento de todos que uma das dificuldades maiores diziam respeito à aquisição das servidões contínuas não aparentes e descontínuas, aparentes ou não, com base na posse imemorial. E essas dificuldades resultavam unicamente da prova. E nem se diga que o § único do art.º 2.273.º se refere unicamente ao corpo do artigo.

Atentas as realidades determinantes da alteração dos primitivos art.ºs 2.272.º e 2.273.º e seu § único do Código Civil, podemos antes afirmar que a intenção do legislador foi incluir no actual § único do art.º 2.273.º todas as servidões descontínuas aparentes e não aparentes, e contínuas não aparentes.

Para quem siga na teoria das interpretações o critério subjectivo, assim é indubitavelmente. Para quem perfilhe o objectivo a conclusão é a mesma porque na letra do § único do actual art.º 2.273.º, cabem, sem esforço — todas as servidões que o antigo parágrafo havia ressaltado na expressão uso e costume das terras.

Cabe e convém lá incluí-las pelas razões de dificuldade de prova que o direito não pode pôr de parte e que o legislador bem ponderou (*V. Observações sobre a reforma do Código Civil pelo Dr. Pinto de Mesquita*).

Por fim, o obstáculo da irretroactividade das leis não resiste a uma reflexão séria.

É que sendo o § único do art.º 2.273.º uma disposição transitória, não há dúvida de que ele se aplica retroactivamente.

De sorte que e em conclusão, não são hoje viáveis as acções confessórias de servidões descontínuas aparentes, porque o § único do art.º 2.273.º só reconhece as que se provam por documentos ou sentença.

Este parágrafo abrange não só as não aparentes, contínuas ou descontínuas, como também as aparentes descontínuas.

É assim não só pela razão de ser da disposição citada, como até por imperativos de ordem probatória e prática, que o legislador do Decreto n.º 19.126 não ignorava nem podia ignorar.

E então se perante uma acção confessória de servidão descontínua o R. arguir a evidência da improcedência da pretensão do A., *quid juris?*

Excepciona peremptoriamente?

Impugna o fundo?

Que ela é inviável não há dúvida na nossa opinião. Resta saber se ao levantar-se o problema da inviabilidade se excepciona peremptoriamente ou se se impugna o fundo.

Temos como certo que se impugna o fundo.

Para que se deduzisse uma excepção peremptória seria necessário alegar factos novos que levassem à absolvição do pedido.

Mas o R. ao afirmar que a pretensão do A. é evidentemente improcedente (art.º 481.º, n.º 3.º do Código de Processo Civil), limita-se a levantar uma questão de direito, citando a disposição ou disposições que não permitem o reconhecimento da pretensão do A..

Se assim é e se assim se opina, o caminho único do julgador é definir improcedente a acção no despacho saneador, por o processo conter todos os elementos de direito que lhe permitem uma conscienciosa decisão (art.º 514.º, n.º 3.º, do Código de Processo Civil).