

Tribunal da Relação de Coimbra
Processo nº 1893/11.1TJCBR.C1

Relator: HENRIQUE ANTUNES

Sessão: 22 Setembro 2015

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA

SERVIDÃO POR DESTINAÇÃO DO PAI DE FAMÍLIA

ÓNUS DE ALEGAÇÃO

ÓNUS DA PROVA

Sumário

I – São requisitos da constituição, do direito real menor de servidão, por destinação do pai de família:

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

II - A prova dos factos dos quais se deduz a constituição, por destinação do pai de família, da servidão, compete, na acção negatória e na acção confessória, à parte que alega a titularidade daquele direito menor de gozo.

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Coimbra:

1. Relatório.

Os réus, A... e cônjuge, M..., impugnam, através do recurso ordinário de apelação, a sentença do Sra. Juíza de Direito da Secção Cível da Instância Central da Comarca de Coimbra, que, do mesmo passo:

a) *Julgou procedente por provada, a acção* que contra eles foi proposta por F... e cônjuge, M..., I... e cônjuge, C... e V... *e os condenou:*

I)- a reconhecer que nenhum direito lhes assiste sobre o prédio urbano dos autores, bem como sobre o poço aí existente e as suas águas;

II) - a reconhecer a propriedade plena dos autores sobre o prédio urbano inscrito na matriz predial de Coimbra sob o artigo ...;

III) - a não praticar qualquer acto que afecte a demarcação da propriedade dos autores mantendo intactas as paredes e muros divisórios, não procedendo à abertura de qualquer porta ou passagem para o prédio urbano ..., propriedade dos autores;

IV) - a não utilizar a água do poço dos autores;

V)- a não passar para e pelo prédio dos autores.

b) Julgou improcedente, por não provado, o pedido reconvenicional deduzido – a declaração de que os réus têm um direito real de servidão nos termos expostos – constituição de servidão voluntária de aqueduto por destinação do pai de família - e em reconhecimento de tal direito, deverão os autores respeitar futuramente esse direito, abstendo-se os mesmos de praticar qualquer acção que de algum modo limite ou obstaculize o direito de condução das águas pelo seu prédio com destino ao prédio dos réus – dele absolvendo os autores.

Os recorrentes – que pedem no recurso a revogação do Douto Acórdão recorrido e a sua substituição por outro que declarada (sic) a existência da servidão permanente de águas e de passam (sic) pelo prédio do Recorrente – remataram a sua alegação com estas conclusões:

...

2. Factos relevantes para o conhecimento do objecto do recurso.

O Tribunal de que provém o recurso decidiu a matéria de facto nestes precisos termos:

2.1. Matéria de facto provada.

...

3. Fundamentos.

3.1. Delimitação objectiva do âmbito do recurso.

Além de delimitado pelo objecto da acção e pelos eventuais casos julgados formados na instância recorrida e pela parte dispositiva da decisão impugnada que for desfavorável ao impugnante, o âmbito, subjectivo ou objectivo, do recurso pode ser limitado pelo próprio recorrente. Essa restrição pode ser realizada, mesmo que só tacitamente, no requerimento de interposição ou nas conclusões da alegação (artº 635 nºs 2, 1ª parte, e 3, do nCPC).

A sentença impugnada notou, com correcção, que a forma de tutela jurisdicional requerida pelos autores para o seu direito real de propriedade se resolve numa *actio negatoria*. A *actio negatoria* é, realmente, aquela que pode ser intentada pelo titular de um direito real maior contra aquele que se arroga a titularidade de um direito real menor e tem, como condições de procedência: que o autor seja titular do direito real invocado; que o demandado não prove que o direito real menor existe^[1].

Todavia, com essa *actio negatoria*, cruzou-se, no processo, por via de reconvenção, uma *actio confessoria*. A acção confessória - que à semelhança da acção negatória, não constitui, no nosso direito, uma acção real típica^[2] - pode ser definida como aquela em que o autor ou o réu reconvinte pretende afirmar contra o réu ou contra o autor reconvindo, respectivamente, a existência de um direito real menor que o demandado não aceita. A acção confessória é uma acção de simples apreciação em que a causa de pedir é, para quem entenda tratar-se de uma acção real, o facto jurídico constitutivo do direito, ou, para quem sustenta entendimento diverso, a relação jurídica real (artº 581 nº 4 do nCPC).

A prova do facto de que emerge o direito real menor cabe aquele que se arroga a titularidade dele. A prova exigível é semelhante à prova diabólica: desde que se invoca a titularidade de um direito real sobre a coisa, tem que se provar o acto aquisitivo correspondente, se necessário reconstituindo a cadeia de titulares anteriores até uma aquisição originária.

De harmonia com o princípio - instrumental - do processo civil da disponibilidade privada das partes sobre o objecto do processo - que é um corolário do princípio do dispositivo - é aquelas que incumbe a definição desse objecto e a realização da prova dos respectivos factos. Maneira que é ao autor - ou ao réu reconvinte - que cabe definir o pedido e invocar a causa de pedir, não podendo o tribunal como consequência do funcionamento do princípio apontado, conhecer de pedido diverso do formulado ou de causa de pedir diferente da invocada (artºs 467 nº 1 d), 661 nº 1 e 664 nº 2, 2ª parte, do CPC

de 1961, 5 n.ºs 1 e 2, 552 n.º 1, d) e e), e 615 n.º 1, d) do nCPC). Como complemento desta delimitação privada do objecto processual incumbe às partes a realização da prova dos factos incluídos nesse objecto (art.º 342 n.ºs 1 e 2 do Código Civil).

A pretensão material contida no pedido dos reconvintes, apelantes, o direito subjectivo que através dele afirmam é este: o direito real menor de servidão de aqueduto. Realmente, o que os apelados pediram, por via da reconvenção, foi a declaração de que são titulares do direito real de servidão de aqueduto e a condenação dos apelados numa obrigação negativa: a de se absterem de qualquer conduta que de algum modo limite o direito de condução, pelo seu prédio, das águas, com destino ao prédio dos apelantes. E, para aquele direito real menor de gozo, deram este fundamento ou esta causa de pedir: a destinação do pai de família.

A essência da servidão de aqueduto consiste na condução de água através de prédio de outrem, no direito de conduzir água por prédio alheio para uso e utilidade de prédio próprio^[3]. O facto que, porém, constitui a existência da servidão de aqueduto e pelo qual se limita o direito de propriedade é o cano ou rego condutor que atravessa prédios alheios, entendendo-se pelas palavras cano ou rego, qualquer meio por que a água seja conduzida através de prédio alheio, dado que é indiferente o modo pelo qual se faz a condução da água. Ao aqueduto como servidão, constituída em proveito de um prédio, aplicam-se os princípios gerais sobre servidões quanto à determinação da sua natureza jurídica e dos seus caracteres.

Todavia, uma coisa é o direito de conduzir a água por prédio alheio – que determina a servidão de aqueduto – outra coisa é o direito à água conduzida. Realmente, a servidão de aqueduto não confere qualquer direito à água objecto da condução, embora o pressuponha^[4].

Como a lei considera as águas coisas imóveis, compreende-se que os respectivos títulos aquisitivos sejam os mesmos da aquisição da propriedade sobre imóveis ou da constituição de servidões (art.º 204 n.º 1 b) e 1390 n.º 1 do Código Civil).

O direito à água que nasce em prédio alheio tanto pode ser um direito ao uso pleno da água, sem qualquer limitação, como apenas um direito de aproveitar noutro prédio, com a consequente restrição às necessidades desse prédio: no primeiro caso, o direito constituído sobre a água, é o direito real de

propriedade; no segundo, é limitadamente um direito real menor de servidão [5].

Assim, se se adquiriu o poder de dispor livremente da água que nasce em prédio alheio – ou o direito de a captar subterraneamente – constitui-se um direito de propriedade ou de compropriedade; se qualquer daqueles direitos está limitado às necessidades de um outro prédio, a figura será a da servidão [6].

Sobre a água existente ou nascida noutro prédio podem, assim, constituir-se dois tipos de situações: o direito de propriedade, sempre que, desintegrando a água da propriedade superficiária, o seu titular possa usá-la, fruí-la e dispor dela livremente; o direito de servidão quando, continuando a água a pertencer ao dono do solo, ou de outro prédio, se concede a terceiro a possibilidade de aproveitá-la, em função das necessidades de um prédio diferente [7].

A conclusão de que se está perante um ou outro daqueles direitos reais está, pois, na dependência estrita do respectivo título aquisitivo: se o direito for estabelecido em benefício de determinado prédio, se o titular dele tiver apenas a faculdade de afectar o aproveitamento da água, na estrita medida das necessidades de outro prédio, o caso será de servidão. Entre ambos os direitos reais existe, evidentemente, uma profunda diferença tanto no seu conteúdo, como na sua extensão ou dimensão; no primeiro caso, há um direito pleno e, em princípio, ilimitado sobre a coisa, que envolve a possibilidade do mais amplo aproveitamento, ao serviço de qualquer fim, de todas as utilidades que a água possa prestar; o segundo confere o seu titular apenas a possibilidade de efectuar o tipo de aproveitamento da água previsto no título constitutivo e na estrita medida das necessidades do prédio dominante.

Portanto, a água de fontes ou nascentes podem ser desintegradas do prédio onde se encontram, v.g., através de negócio jurídico que atribua a respectiva propriedade a terceiro, podendo, além disso, constituir objecto de uma relação de servidão (artº 1390 nº 1 do Código Civil).

Os pressupostos da aquisição por destinação do pai de família, dessa servidão são os gerais, como uma só ressalva deveras notável: no caso de divisão ou partilha de prédios, sem intervenção de terceiro, a aquisição do direito de servidão de águas, por destinação do pai de família, *não depende da existência de sinais reveladores da destinação do antigo proprietário* (artº 1390 nº 3 do Código Civil).

Efectivamente aquele Código - ordenado para por termo à acesa discussão travada no domínio da legislação anterior sobre a possibilidade da constituição de um direito sobre água alheia por destinação do pai de família [8] - consagrou expressamente a solução afirmativa e optou pela generalização da solução contida no artº 121 da chamada Lei das Águas - Decreto nº 587-III, de 18 de Maio de 1919 - dispensando mesmo os sinais visíveis e permanentes do aproveitamento da água, postos pelo proprietário ou seus antecessores, também na hipótese de divisão ou separação, sem intervenção de terceiro, de prédios, um dos quais servisse os outros em água - e não apenas no caso de divisão e partilha de um prédio, sem intervenção de terceiro [9].

São duas as razões que podem adiantar-se para justificar, neste caso, a dispensa dos sinais visíveis e permanentes, para que a servidão se tenha por constituída: a particular importância que tem a água existente num prédio e por não ser de supor que, no momento da partilha, os interessados não conheçam as condições do seu aproveitamento; o de não haver, na simples divisão, intervenção de terceiros, cuja boa fé reclame a especial protecção que publicidade resultante da visibilidade e da permanência dos sinais disponibiliza. Dispensa-se, pois, a publicidade que decorre dos sinais visíveis e permanentes por, não haver intervenção de terceiros, e os interessados estarem inteirados, no momento da divisão, das condições em que a água é aproveitada, não podendo nenhum deles queixar-se da constituição da servidão em vista da faculdade de, no documento que titula a separação dos prédios, se convencionar, expressa ou só indirectamente, o contrário. Mas se não se reclama, neste caso particular, a existência dos apontados sinais, há decerto uma coisa de que se não prescinde: a existência, ao tempo da separação, da relação de facto, de serventia de um prédio relativamente ao outro, ambos do mesmo dono, ou de uma fracção de um prédio relativamente a outra - relação de facto de serventia que, com a separação, se transforma em relação jurídica de servidão.

O direito à água pode, portanto, constituir objecto de uma simples relação de servidão. Mas - repete-se - o direito à água, mesmo enquanto objecto do direito de servidão é coisa inteiramente diversa da servidão de água de aqueduto. Isto é, aliás, patente na servidão coactiva de aqueduto cuja constituição só é admitida se se tiver o direito ao aproveitamento da água (artº 1561 nº 1 do Código Civil).

A sentença impugnada, depois de recortar, na delimitação do objecto do litigio, como questão a decidir, entre outras, *a verificação dos pressupostos do direito real de servidão de águas por destinação do pai de família*, entrou na questão atinente à servidão de águas e, depois de salientar que são três os pressupostos para a aquisição da servidão por destinação do pai de família – *que os dois prédios tenham pertencido ao mesmo dono, a inexistência de declaração oposta à constituição do encargo e a existência de sinais visíveis e permanentes* – e que, no caso se verificavam os dois primeiros, teve, porém, dúvida insanável em considerar que ao tempo da separação dos identificados prédios existam sinais visíveis e permanentes que atestem uma estável relação de serventia do prédio agora dos réus através da existência do referido poço, com os referidos regos de terra, terminando, porém, por concluir que *inexistem sinais visíveis e permanentes dos quais se possa inferir uma relação de serventia de um prédio relativamente a outro*. E desta conclusão extraiu, em estrita coerência, duas outras: *que não se constituiu a favor do prédio dos réus uma servidão de águas por destinação do pai de família, nem do mesmo modo, uma servidão de passagem*; a procedência da acção e, logicamente, da reconvenção.

Por seu lado, os autores, apelados – aderindo, incondicionalmente ao ponto de vista adoptado pela sentença impugnada – são igualmente terminantes na conclusão de que *dos factos provados não se mostram preenchidos os requisitos do artigo 1549 do Código Civil, pelo que sobre o prédio dos AA/ Recorridos não se constituiu a favor do prédio dos RR/Recorrentes um servidão de águas por destinação do pai de família, nem do mesmo modo uma acessória servidão de passagem*. E isto seria assim, porque *entendem que da matéria de facto dada como provada, não resulta a verificação da existência de sinais visíveis e permanentes dos quais se possa inferir uma relação de serventia de um prédio relativamente a outro*.

Os apelantes, como é natural, discordam, sustentando, veementemente, que *se encontram verificados todos os requisitos constantes do normativo contido no artº 1549 do Código Civil, pelo que deve o Douto Acórdão recorrido ser substituído por outro que declarada a existência da servidão permanente de águas e de passagem pelo prédio do Recorrente, rectius, dos apelados*.

Ora, quando na sentença impugnada e nas alegações das partes e fala em servidão de águas, tem-se patentemente em vista a constituição da servidão de aqueduto, o direito dos apelantes a fazer condução de águas através do prédio dos apelados – e não o direito à água conduzida, constituído através de

servidão. E isto é assim porque o direito subjectivo alegado pelos apelantes foi a servidão de aqueduto e foi para este direito que reclamaram tutela jurisdicional. A confirmá-lo está a circunstância conspícua de a controvérsia, na instância do recurso, ter por centro de gravidade a existência de sinais visíveis e permanentes da relação de serventia de uma fracção do prédio para outra ao tempo da sua separação – discussão que só faz sentido no tocante à servidão de aqueduto, carecendo de qualquer utilidade no tocante à constituição, por destinação do *pater familias*, de servidão da própria água, quer dizer, relativamente à desintegração da água do prédio em que se encontra através de uma relação de servidão.

O litígio intratável das partes gravita, pois, em torno deste direito real menor de gozo – *o direito real menor de servidão de aqueduto*. Os apelantes afirmam, veementemente, que o prédio dos apelantes se encontra gravado com aquele encargo; os últimos recusam, peremptóriamente, que o seu prédio sofra uma tal oneração. Direito real menor para o qual é alegado um particular título aquisitivo: a destinação do pai de família.

Maneira que, em face da vinculação temática desta Relação relativamente à sentença impugnada e à alegação dos recorrentes e dos recorridos, a questão concreta controversa que importa resolver é só uma: a de saber se, realmente, os factos – incontrovertidamente - estabelecidos no processo demonstram a azem seu coicular nl e inequpara cuja satisfaç3411370. a pagar em Dezembro uma dtribuiiç garantem a aquisição pelos recorrentes, pelo apontado modo, do aludido direito real menor de gozo.

Problema que, como logo se intui, reclama, a ponderação dos pressupostos de aquisição do direito real de menor de servidão de águas por destinação do pai de família.

3.2. Pressupostos de aquisição do direito real de menor de gozo servidão de aqueduto por destinação do pai de família.

De harmonia com a máxima, *servitus fundus utililis, esse debet*, as servidões prediais traduzem, vincadamente, uma relação entre prédios: a servidão deve traduzir uma utilidade real de um prédio em favor de outro, ampliando as qualidades naturais de um prédio – o serviente – para outro - o dominante (artºs 1543 e 1544 do Código Civil)^[10]. A servidão pressupõe necessariamente dois imóveis, entre os quais se estabelece uma relação que beneficia um deles, fundamento ou base real da situação que a lei pretendeu reforçar ao consagrar o princípio da inseparabilidade. O objecto do direito é a

coisa serviente – mas a coisa cujo gozo se possibilita ou amplia é a dominante. Por isso se exige que haja um proveito objectivo da coisa, nunca bastando um proveito de um sujeito individualmente determinado, ou formas de gozo meramente subjectivas, pois que essas não representam proveito do prédio.

Sendo a servidão um direito real, ainda que menor, é, evidentemente, inerente à coisa, acompanhando-o em todas as suas vicissitudes. Daí que não possa ser separada dos prédios a que pertence (artº 1545 nºs 1 e 2 do Código Civil).

Além de inseparáveis, as servidões prediais estão ainda sujeitas ao princípio da indivisibilidade: a servidão onera todo o prédio dominado a favor de todo o prédio dominante (artº 1546 do Código Civil).

Descritivamente, a classificação mais relevante das servidões prediais é a que as cinde em legais e voluntárias; as primeiras derivam da lei; as segundas são constituídas no exercício da autonomia privada (artº 1547 nº 2 do Código Civil). As servidões legais, porque podem ser constituídas, na falta de constituição voluntária, por sentença judicial ou decisão administrativa, dizem-se coactivas ou judiciais.

Note-se que as servidões legais não resultam imediatamente da lei. A expressão *servidão legal*, não designa casos em que a servidão é um efeito da lei, sem o concurso de um acto jurídico – mas sim os casos em que a lei concede ao titular do prédio dominante o direito – potestativo – de exigir a constituição da servidão. Neste caso, uma de duas: ou o titular do prédio serviente colabora na constituição da servidão ou se recusa – mas em ambos os casos, se fala de servidão legal. A recusa de colaboração do prédio dominado pode ser ultrapassada por recurso ao tribunal, ou, nalguns casos, às entidades administrativas (artº 1547 nº 2 do Código Civil).

De harmonia com a publicidade de que sejam acompanhadas, as servidões prediais são aparentes e não aparentes: as primeiras, ao contrário das segundas, revelam-se por sinais exteriores permanentes (artº 1548 do Código Civil). Esta distinção é importante em vista da regra de que só as servidões aparentes podem ser constituídas por usucapião (artºs 1548 nº 1 e 1293 b), *a contrario*, do Código Civil)^[11]. Os sinais a que a lei se refere são principalmente os indícios que revelam a existência de obras destinadas a facilitar ou tornar possível a servidão, como, v.g., as claraboias nos aquedutos. Embora neste caso as obras não seja visíveis, revela-se a sua existência por esse meio, que é um sinal de existência da servidão. Só podem, por isso, considerar-se aparentes as servidões cujo exercício e incidência sobre o prédio

serviente – e a relação entre este e o dominante – se pateteiam claramente, devendo consequentemente ser visíveis, inequívocas e permanentes as obras ou os sinais por que se revela essa servidão^[12]. Se às obras ou sinais por que a servidão se manifesta – que tanto podem existir no prédio serviente como no dominante ou em ambos – faltar qualquer destes requisitos, a servidão não estará constituída por forma que se possa considerar aparente. É, efectivamente, pelas obras ou sinais que se constitui uma situação de facto em que se revela ordinariamente, de modo iniludível, o propósito de que a situação se torne duradoura e normal.

Não é, porém, necessária a subsistência dos *mesmos* sinais ou das *mesmas* obras para que a servidão se considere aparente: o que é sempre indispensável é a permanência de sinais ou obras – sejam elas quais forem desde que sejam suficientes para revelar a existência da servidão - podendo dar-se a sua substituição ou transformação.

Classificação diversa é a que opera o *distinguo* entre servidões contínuas e descontínuas: as primeiras são as que se exercem permanentemente, independentemente de qualquer acção do homem; as segundas são as de exercício intermitente, dependente de acção humana. Exemplos desta última espécie de servidão são, decerto, as servidões de aqueduto, de estilicídio e de vistas, uma vez que nelas o prédio dominante recebe a utilidade ou o benefício do prédio dominado sem necessidade de acção humana, no caso da servidão de vistas, em virtude da localização da janela, da porta, da varanda, do terraço do eirado ou obra similar.

O regime concreto de cada servidão deve resultar do respectivo título constitutivo, entendido, naturalmente, não como documento, mas como o facto ou conjunto de factos, de que a servidão tira a sua existência e seu modo de ser^[13]. É o que decorre directamente da lei, ao dispor que as servidões são reguladas, no que respeita à sua extensão^[14], pelo respectivo título (artº 1564 do Código Civil); na sua falta ou insuficiência, aplicam-se as regras supletivamente dispostas na lei, das quais se extrai o princípio do melhor aproveitamento económico possível, seja do prédio serviente seja do dominante: a servidão deve satisfazer as necessidades normais e previsíveis do prédio dominante, com o menor sacrifício possível do prédio dominado (artºs 1565 nº 2, 1566 nº 2 e 1568 nºs 1 e 2 do Código Civil).

O princípio regulativo da extensão ou do modo de exercício da servidão representado pelo melhor aproveitamento económico possível, tanto do prédio dominante como do dominado é puramente subsidiário, no sentido de que só

intervém para solucionar dúvidas que o título não resolva (artº 1565 nº 2, proémio, do Código Civil). Dito doutro modo: a delimitação positiva do conteúdo positivo da servidão é dada, em primeiro lugar, pelo título e, só subsidiariamente, por actuação daquele princípio regulativo.

Quer isto dizer que se o título da servidão regular de forma suficiente e clara a extensão ou modo do seu exercício, não há que actuar aquela regra subsidiária: a extensão e o modo de exercício da servidão são, irrefragavelmente, as que forem dadas pelo respectivo título constitutivo.

De modo que, tendo a servidão sido constituída para um determinado uso do prédio serviente, não poderá aproveitar-se essa servidão para outro uso. Estabelecida uma servidão em proveito de um prédio, não poderá ser utilizada para outros prédios que venham a pertencer ao proprietário do prédio dominante ou relativamente aos quais aquele titular de um direito, real ou pessoal, que lhe faculte o seu gozo. Tal servidão tem como limite o proveito dominante pelo que não pode, pelo seu título constitutivo, ser aproveitada para outros prédios [\[15\]](#). Assim, havendo uma servidão de águas para irrigação de um prédio, não poderá tal servidão ser aproveitada para a irrigação de um outro.

Em geral, os direitos do titular da servidão podem exprimir-se pela fórmula de que essa servidão lhe faculta a prática de todos os actos que sejam necessários para o uso da servidão em relação ao fim para que esta foi constituída (artº 1565 nº 1 do Código Civil). Desde que a lei reconhece um direito, legitima, necessariamente, os meios necessários para o seu exercício, princípio que a lei sanciona ao reconhecer ao dono do prédio dominante o direito de fazer todas as obras necessárias para o uso e conservação, mas de modo a que a não altere ou a torne mais onerosa (artº 1566 nº 1 do Código Civil).

Assim, constituída uma servidão que tenha por conteúdo o direito de conduzir água por prédio alheio, ao titular deve ser reconhecido, por exemplo, o direito de aceder, de passar ou de transitar sobre o prédio serviente, se esse trânsito for indispensável para a condução da água, em harmonia com o fim para que se constituiu a servidão [\[16\]](#).

A servidão constitui-se por destinação do pai de família quando, havendo em dois prédios, pertencentes ao mesmo dono, ou em duas fracções de um só prédio, sinais aparentes e permanentes de serventia de um em relação a outro, venham a ser separados [\[17\]](#).

Previne-se, com este modo de constituição da servidão, a hipótese de se dar, quanto ao domínio, a separação de prédios que pertenciam ao mesmo proprietário e de haver, num desses prédios ou em ambos, sinal ou sinais aparentes e permanentes que atestem servidão de um para outro.

A servidão constitui-se, então, nos precisos termos em que, por decisão do anterior proprietário comum, havia transferência de utilidades de uma parte para a outra ou de um prédio para outro, excepto se, na separação, se decidir outra coisa (artº 1549 do Código Civil). Esta serventia não represente, anteriormente à separação, uma limitação do direito de propriedade, dado que, pertencendo os dois prédios ao mesmo proprietário, uma tal limitação é inadmissível: o que se chama serventia é uma mera situação de facto que, por arbítrio, designadamente do proprietário, pode desaparecer de um momento para o outro e, embora subsista ao tempo da separação dos prédios, pode determinar-se a sua extinção ou modificação no próprio título em virtude do qual se opera a separação. A situação de facto atestada pelos sinais visíveis e permanentes é, pois, enquanto subsiste o domínio dos dois prédios no mesmo proprietário, um acto da sua vontade, e a conversão dessa situação de facto em situação de direito, pela constituição da servidão após a separação dos prédios, é ainda também um efeito da vontade dos interessados, efeito que se depreende do silêncio que a tal respeito houve no título por que se deu a separação dos prédios. A servidão é atestada por sinal ou sinal ou sinais a aparentes e permanentes, é destes sinais que se depreende a subsistência da servidão e, para que esta não subsista, é necessária declaração das partes no respectivo documento. Declaração que, quanto à não subsistência do encargo atestado por sinal ou sinais aparente e permanentes, tanto pode ser expressa, determinando-se directamente que fica extinta determinada servidão, ou consistir em alterações que no modo de ser do prédio sejam feitas ou tenham de efectuar-se em virtude desse título e que pressuponham a supressão de determinado encargo.

Os seus requisitos são, pois:

- Dois prédios do mesmo dono ou duas fracções do mesmo prédio;
- Sinais visíveis e permanentes que revelem serventia de um para com outro;
- A separação dos dois prédios ou fracções;
- A inexistência de declaração contrária à servidão, no documento relativo à separação [\[18\]](#).

A existência de sinais visíveis e permanentes constitui, claramente, característica quer da servidão aparente, única que é susceptível de aquisição por usucapião, quer da constituição da servidão por destinação do pai de família^[19].

Por sinais – notou-se já - entende-se tudo aquilo que possa conduzir à revelação de qualquer coisa ou facto, principalmente indícios que revelem a existência de obras destinadas a facilitar e a tornar possível a servidão. Na servidão de passagem poderão ser, por exemplo, a existência de um trilho de terra batida ou empedrada, de sulcos de rodados de tracção animal deixados pelo decorrer dos tempos, em pedras existentes no caminho, tranqueiros, cancelas, pontes, etc.^[20]. A servidão de passagem tornar-se-á aparente desde que se faça um caminho, uma ponte ou se abra uma porta.

Esses sinais hão-de ser visíveis, permanentes e inequívocos, pois só deste modo poderão indicar a existência de servidão aparente. Como já se observou, não é indispensável que os sinais existam em ambos os prédios ou em ambas as fracções dele, dado que a lei refere terminantemente os sinais postos em um ou em ambos: quer os sinais existam no prédio dominante, no dominado ou ambos, basta que as obras ou sinais tornem a servidão patente^[21].

Além de visíveis ou aparentes, os sinais devem ser permanentes, revelando uma situação estável, que foram postos com intenção de assegurar a serventia de um prédio para o outro, com carácter de permanência^[22].

Não se exige, porém, que os sinais reveladores da serventia tenham sido postos pelo antigo titular do direito real de propriedade ou por algum dos seus antecessores: esses sinais podem, por isso, ter sido postos pelo proprietário mas igualmente, por exemplo, pelo usufrutuário ou pelo arrendatário; para que a servidão se constitua basta que o último proprietário do prédio tenha conhecimento da sua existência e tenha consentido na sua manutenção. É, portanto, indiferente, de um aspecto, que o sinal ou sinais pelos quais se atesta a existência de servidões, tenham sido postos ou não pelo proprietário que o for ao tempo da separação, e de outro, que o sinal ou sinais, não sendo embora anteriores ao tempo em que, no mesmo proprietário se reuniu o domínio dos dois prédios, não tenham sido postos por ele, mas por qualquer arrendatário, por um usufrutuário, ou por outra pessoa com conhecimento dele. A circunstância única que deve atender-se é se esses sinais existem com carácter de permanência ao tempo em que se verifica a separação: desde que seja a situação de facto ao tempo em que se dá a separação, não pode deixar

de subentender-se que essa situação deve ser mantida sempre que os interessados, tendo dela conhecimento, não dispuseram em contrário no respectivo documento. Essencial é sempre que os sinais que tornam patente a serventia prestada por um prédio a outro existam à data da separação ou da divisão do prédio: desde que a serventia só se transforma em servidão – de harmonia com o princípio clássico que exclui a servidão sobre coisa própria (*nemini res sua servit*) – quando os prédios ou as fracções do mesmo prédio se separarem – separação que pode resultar, designadamente da divisão que ordinariamente se faz pela partilha entre co-herdeiros dos imóveis pertencentes ao autor da herança - é axiomático que os sinais que a revelam devam existir ao tempo da sua fragmentação.

Como já se observou, o aqueduto pode constituir uma servidão aparente ou não aparente, conforma se manifesta ou não por meio de obras ou de sinais visíveis e permanentes. Desde que o aqueduto, mesmo que subterrâneo, se manifeste por meio de quaisquer obras ou sinais exteriores em relação ao prédio em que a servidão se acha constituída, quer no ponto da origem da água, quer durante o curso desta, quer no termo desse curso, a servidão não poderá deixar de considerar-se aparente.

Também não há que atender para considerar ou não aparente a servidão de aqueduto, à natureza das obras que para a condução das obras se realizam: o que se torna necessário verificar é se essas obras são visíveis e permanentes, significando, de per si, que foram feitas para o fim de condução das águas. É assim que um rego permanentemente aberto num prédio, embora não haja obras nesse rego, não poderá deixar de considerar-se como sendo uma servidão aparente. Não sucederá o mesmo, porém, quando o rego seja aberto unicamente para a rega de cada vez que esta se faça ou durante um determinado período do ano. Nestes casos, a servidão será não aparente.

Este *viaticum* habilita, com suficiência, à resolução da questão concreta controversa objecto da impugnação.

3.3. Concretização.

É incontroversa, na espécie do recurso, a verificação dos pressupostos de constituição da servidão por destinação do pai de família representados pela existência de um prédio originariamente pertença de um mesmo dono, a sua divisão, por partilha, entre os seus herdeiros, em dois prédios e o silêncio absoluto, no documento por que se deu a separação, quanto à não subsistência de qualquer encargo que eventualmente gravasse o prédio dividido.

A sentença impugnada recusou, porém, o reconhecimento da servidão alegada pelos apelantes, que onera o prédio dos apelados, por *inexistirem sinais visíveis e permanentes dos quais se possa inferir uma relação de serventia de um prédio em relação a outro*.

Isto é inteiramente exacto. Em boa verdade, não se mostram adquiridos para o processo os factos relativos à existência, ao tempo da divisão do prédio em dois, de sinais visíveis e permanentes da serventia de um – o dos apelados – para com o outro – o dos apelantes. Não está, realmente, demonstrada a existência de quaisquer obras ou sinais, com carácter de visibilidade e de permanência, i.e., de obras que tenham sido realizadas ou de sinais que tenham sido postos, de modo estável, para o fim de condução das águas.

A este propósito, a única coisa que o exercício da prova tornou patente foi que *ao tempo do pai do apelante, A..., e do apelado, F..., dono primitivo do prédio, apenas existiram regos, sem localização fixa – mas não sequer, por exemplo, que esses servissem para conduzir a água para o prédio que é agora dos apelados – que os pais dos apontados apelante e apelado já utilizavam mangueiras quando pretendiam levar a água mais para cima, uma zona desnivelada, mas ainda dentro da parcela que coube aos autores, o que acontecia muito raramente, e que os apelantes vão buscar água ao poço, através de canos (mangueiras) para proceder à rega das culturas existentes na sua propriedade - após as partilhas*.

Ora, aqueles regos e estas mangueiras são, de todo, inidóneos para manifestar a relação de serventia, dado que apesar de visíveis, não são inequívocos nem, muito menos, permanentes, e, portanto, insusceptíveis de tornar patente ou aparente, a existência, ao tempo da divisão do prédio, da servidão.

E como a prova da existência das obras ou sinais por que a relação de serventia de uma fracção do prédio relativamente a outra, ao tempo da sua separação, se torna aparente, vinculava, indiscutivelmente, os apelantes, em face do *non liquet* dos factos correspondentes, outra coisa não resta que proferir uma decisão desfavorável a essa parte (artºs 342 nº 1 e 346, *in fine*, do Código Civil e 414 do nCPC).

A sentença apelada não se encontra, pois, ferida com o *error in iudicando* – por erro na subsunção, i.e., na integração ou inclusão dos factos apurados na norma aplicável ao caso concreto – acusado pelos apelantes.

E sendo isto assim, então é irrecusável a improcedência do recurso.

Síntese recapitulativa:

a) São requisitos da constituição, do direito real menor de servidão, por destinação do pai de família:

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

b) A prova dos factos dos quais se deduz a constituição, por destinação do pai de família, da servidão, compete, na acção negatória e na acção confessória, à parte que alega a titularidade daquele direito menor de gozo.

As custas do recurso serão satisfeitas, por força da sua sucumbência, pelos apelados (artº 527 nºs 1 e 2 do nCPC).

4. Decisão.

Pelos fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso.

Custas pelos apelantes.

15.09.22

Henrique Antunes

Manuel Capelo

Luiz Falcão de Magalhães

[1] Acs. do STJ de 04.04.06, 10.11.05, 03.07.03, www.dgsi.pt. A prova do facto aquisitivo do direito real invocado pelo autor pertence a este; a prova de que o direito real - menor - do demandado, cabe a este.

[2] É, porém, discutível se se trata de uma acção real: em sentido afirmativo, José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, pág. 503; contra Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Reais*, Coimbra Editora, 1983, pág. 280.

- [3] Ac. do STJ de 28.10.14, www.dgsi.pt.
- [4] Ac. da RP de 14.10.13, www.dgsi.pt.
- [5] Antunes Varela, RLJ, Ano 115, págs. 219 e 220, e Tavarêla Lobo, Manual do Direito das Águas, Volume II, 2ª edição, Coimbra Editora, 1999, pág. 36; Acs. do STJ de 19.09.04, 20.10.10 e 12.07.11, da RP de 12.03.09, da RG de 16.04.09, 22.03.11 e de 06.02.14, www.dgsi.pt.
- [6] Pires de Lima, Servidões Prediais, Separata do BMJ, 64, Lisboa, 1957, pág. 10.
- [7] Antunes Varela, RLJ, Ano 115, pág. 119.
- [8] Que Guilherme Moreira recusava terminantemente, sustentando que o direito a uma água que nasce em prédio alheio é sempre um direito de propriedade e nunca um direito de servidão: Cfr., As Águas no Direito Civil Português, Das Servidões de Águas, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, pág. 30, também disponível em www.fd.unl.pt/Anexos/Investigação/3179.pdf.
- [9] Pires de Lima, RLJ, Anos 73, pág. 302, 76, pág. 279, 79, pág. 78, e 92, pág. 250.
- [10] Mota Pinto, RDES, Ano 21, pág. 128.
- [11] Luís A. Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 2ª edição, 1997, pág. 428.
- [12] Acs. do STJ de 08.05.13 e de 14.05.92, www.dgsi.pt.
- [13] José de Oliveira Ascensão, Direito Civil, Reais, cit., pág. 101 e 303.
- [14] Embora o que está verdadeiramente em causa é o *conteúdo* do direito real de servidão e não a extensão desta; como cada direito de servidão tem um conteúdo, falar da extensão deste, carece, verdadeiramente, de sentido.
- [15] Parece, todavia, que só haverá alteração proibida na servidão quando esta aproveitada directamente por um prédio que a ela não tenha direito, não podendo o proprietário do prédio serviente opor-se a que a servidão seja aproveitada indirectamente para outros prédios.
- [16] O direito de passagem não configura, porém, uma servidão autónoma, sendo meramente instrumental relativamente ao aproveitamento das utilidades disponibilizadas pela servidão: trata-se, pois, de *adiminicula servitus*: Acs. do STJ de 18.10.14 e de 14.05.09, www.dgsi.pt.
- [17] Alguma doutrina distingue, neste título de constituição da servidão, a destinação do pai de família e destinação do antigo proprietário; no primeiro caso têm-se em vista a separação do prédio em que existem os sinais; no segundo, a alienação do prédio que gozava já juridicamente de autonomia. A

distinção é meramente descritiva, visto que a um e outro caso não corresponde uma diversidade de regime.

[18] Acs. do STJ de 05.05.15 e da RP de 29.05.12, www.dgsi.pt., e da RL de 05.07.00, CJ, XXV, IV, pág. 87, e Rita Valente Ribeiro e Castro Teixeira, Da Extinção por Desnecessidade das Servidões por Destinação do Pai de Família, Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Escola de Direito disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15794/1/DISSERTA.>

[19] Ac. da RC de 02.11.88, CJ, XIII, V, pág. 65.

[20] Pires de Lima, Lições de Direito Civil (Direitos Reais), publicadas por David Augusto Lourenço, 4ª edição, pág. 374, e Rodrigues Bastos, Direito das Coisas, IV, pág. 129.

[21] Os sinais visíveis podem ser equívocos e, portanto, insuficientes para demonstrar a relação de serventia entre ambos os prédios. Essa equivocidade congénita dos actos relevadores do seu exercício pode, porém, ser destruída por recurso a elementos estranhos aos próprios sinais, através de qualquer meio de prova. Cfr. Pires de Lima Servidões Prediais, exposição de motivos, BMJ nº 164, pág. 13, e RLJ Ano 72, pág. 415, e Ano 80, pág. 187, e Ac. da RC de 02.11.88, cit.

[22] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. III, pág. 582.
