

lt 270
DISSERTAÇÃO E PROPOSIÇÕES

APRESENTADAS

À

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PELO BACHAREL

VIRGINIO MARQUES CARNEIRO LEÃO

Natural de Pernambuco

CANDIDATO, NO CONCURSO A QUE DEVE-SE PROCEDER
EM JUNHO,

Ao lugar de lente substituto da 3ª secção



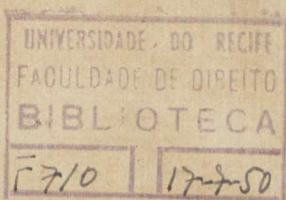
PERNAMBUCO

TYPOGRAPHIA DO «JORNAL DO RECIFE»

47—Rua 15 de Novembro—47

1895

VM1.0



PROPOSIÇÕES

Direito romano

O primitivo *nexum* dava origem a uma obrigação *strictissimi juris*, que, não sendo satisfeita, auctorisava a *manus injectio*.

O dotador é, em regra, obrigado pela evicção do dote.

A prescrição, extinguindo a acção, deixa subsistente o direito que a esta servia de fundamento.

Direito criminal

A responsabilidade criminal é antes social que individual.

Só a theoria subjectiva pôde dar o verdadeiro conceito da tentativa.

A idéa do mandato applica-se, em regra, a todos os crimes, mesmo aos impropriamente chamados de responsabilidade.

Legislação comparada

Nas liquidações das sociedades commerciaes, os liquidantes, não havendo estipulação ou convenção em contrario, não poderão contrahir empréstimos, nem hypothecar ou alienar immoveis da sociedade. Neste assumpto é preferivel o que dispõem as nossas leis ao que consagram os codigos das nações modernas, em sua maior parte.

A maioria dos Estados permite as investigações sobre a paternidade natural e essa permissão limitada a certos casos e cercada de certas cautelas, longe de ser contraria—« á estabilidade e ao decôrro das familias »—é—« indirectamente um freio muito salutar ao desregramento dos costumes ».

A validade dos pactos successorios não repugna á sciencia nem a experiencia e só—« o habito inveterado de excluir-se qualquer ideia de contracto das disposições de ultima vontade »—pode justificar a prohibição absoluta dos mesmos pactos, consagrada por algumas legislações.

Historia do direito nacional

A historia das leis é uma fonte riquissima de conhecimentos para o jurista e, em muitos casos, é indispensavel á intelligencia dellas. Assim, por exemplo, entre nós, a Lei n. 1144 de 11 de Setem-

bro de 1861, sem a sua historia, não poderá ser entendida nem applicada convenientemente.

Das diversas tentativas para a decretação do casamento civil neste paiz evidencia-se que, ha muitos annos, tinha sido reconhecida a necessidade de similhante medida e que á influencia do clero e á fraqueza dos legisladores do Imperio se pode attribuir o não ter sido ella decretada muito antes de 19 de Janeiro de 1890.

A Lei n. 3353 de 13 de Maio de 1888 que extinguiu a escravidão no Brazil, foi uma consequencia logica das leis que a respeito de tal instituição tinham sido promulgadas ; representa, portanto, o ultimo elo de uma cadeia de que foi o primeiro a Lei de 7 de Novembro de 1831.

DISSERTAÇÃO

A *quasi-traditio* é necessaria para o estabelecimento das servidões ?

A questão que escolhemos para assumpto de nossa dissertação, si bem que não possa ser incluída no numero daquellas que o illustre professor de Goetingen adjectiva de grandiosas e considera—o despontar do sol na historia—porque lhe falta o cunho da novidade, não deixa comtudo de ter importancia real ; si bem que não possa encantar nem enthusiasmar porque, no dizer do citado professor, —só a aurora e não o sol do meio dia exalta o enthusiasmo—encerra todavia materia capaz de prender a attenção de quantos se dedicam ao estudo do direito romano.

A questão não é nova, é verdade ; mas quem se der ao trabalho de consultar os muitos textos do *Corpus juris*, que a ella se referem, e de ler o que a respeito escreveram os differentes expositores do direito romano, verá que não exaggeramos sua importancia.

A questão não é nova, é verdade ; mas não é daquellas que se consideram como já tendo *feito o seu tempo* e que portanto apenas historicamente tem valor ; ainda hoje d'ella se occupam os civilistas. Assim o illustre conselheiro Lafayette no § 133 do «Direito das Cousas»—diz : «As servidões constituídas por actos entre vivos não se entendem *real-*

mente estabelecidas e sob a protecção das acções reaes sinão depois que sam *effectivamente exercidas* pelo dono do predio dominante, e em a nota 2^a ao dito paragrapho accréscenta : «No direito patrio prevaleceu sempre a opinião de que a convenção dá nascimento ao direito real de servidão quando *seguida de effectivo exercicio*, opinião que em verdade mais se coaduna com a razão do nosso direito.»

Tracta-se d'um modo de estabelecimento das servidões, extensivo á aquisição de quasi todos os *jura in re*, e ninguem, por certo, negará que, para assentar-se sobre a materia a verdadeira doutrina, tem-se necessidade de por em jogo não só os principios que fundamentam a theoria romana dos direitos reaes, como tambem os que servem de base á distincção entre as *actiones in rem* e as *in personam*.

Quer considerada diante d'esses principios, quer em face dos varios textos que d'ella se occupam, a questão que prende nossa attenção não pode deixar de ser respondida affirmativamente, sinão em todas as hypotheses, ao menos em regra geral.



Não estam de accordo os escriptores sobre a origem historica das servidões. Ha quem acredite referir-se as servidões prediaes a disposição da Lei das XII Taboas, que estabeleceu a *viae latitudo*.

Um fragmento de Gaio (1) e a affirmação de Varrão (2) e Cicero (3) sam apresentados em favor dessa opinião. A despeito, porém, dos testemu-

(1) *Viae latitudo ex lege XII Tabularum in porrectum octo pedes habet; in anfractum, id est, ubi flexum est, sexdecim, fr. 8 D. de serv. præd. rust.*

(2) Varrão, de ling. lat. 6—2.

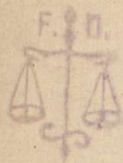
(3) Cicero pro Cœcina 19.

nhos invocados sobre o assumpto, a duvida permanece porque, como muito bem diz Ortolan, não se pode determinar a que *via* se refere a lei ; e, si para uns ella se refere á *via privata*, para outros bem pode referir-se a *via publica*. E neste ultimo sentido deve ser entendida a disposição da lei, porque é hoje geralmente acceito que as servidões que primeiro admittiram-se, foram o *rivus* ou *aquæductus*, a *aqua* ou o *aquæhaustus*, o *iter* e o *actus*, como bem o demonstrou Cogliolo, na sua «*Storia del diritto privato romano*. La *via come servitù speciale*, diz o notavel professor, *é posteriore, perchè le XII tavole parlano, sole della via publica vicinalis*. O frag. 5 D. *ne quid in loc. vel in itin. fiat* do mesmo modo nada adianta sobre a materia. Do referido fragmento que dispõe : *Si per publicum locum rivus aquæductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII Tabularum uti noxa domino caveatur*—se deprehende sem grande esforço que nenhuma ligação ha entre a expressão *ex lege XII Tabularum* e a oração condicional que inicia o texto.

Si densa é, como vimos, a nuvem que envolve as servidões prediaes em suas primeiras manifestações, tractando-se das pessoas apenas se pode affirmar que o *usufructus*, historicamente considerado, tem a prioridade sobre a *habitatio* e o *usus*. O illustre auctor dos *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, firmado no facto de considerar a maior parte das fontes o usufructo como constituido em testamento, o suppõe originado de disposições testamentarias em favor do conjuge sobrevivente.

Seja como for, podemos affirmar que já nos fins da Republica a noção da servidão tinha-se divulgado bastante.

A servidão é um dos modos pelos quaes se ma-



nifesta a propriedade—«poder o mais vasto e o mais absoluto que a lei concede sobre uma cousa» ;— -é um desmembramento d'esse poder.

A principio era concebida como o dominio sobre uma parte da cousa, sendo conforme o demonstrou Voigt a denominação de servidão relativamente moderna.

Em nossas fontes as servidões e os outros modos de manifestação da propriedade—*emphyteusis*, *superficies*, *pignus* e *hypotheca* — chamam-se *jura in re*, denominação que os modernos reservam para a propriedade, designando aquelles modos pela de *jura in re aliená*.

No antigo direito os modos de transmissão da propriedade eram, alem da *usûs auctoritas* e de outros que não tem importancia para o assumpto de que nos occupamos, a *mancipatio* e a *in jure cessio*. Ao estabelecimento das servidões eram extensivos esses dous modos de aquisição. A *usucapio* lhes foi tambem applicada até que pela lei Scribonia que alguns commentadores ligam ao fim da Republica e outros fazem datar do começo do imperio, foi prohibida. O frag. 4 § 29 D. *de usurp. et usucap.* nenhuma duvida deixa a esse respeito : *Li-*

bertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat, non etiam eam quæ libertatem præstat stat sublata servitute.

Foi esta a opinião dominante no direito classico. O direito novo, porém, como consta da C. 12 Cod. *de prescriptione longi temporis*, readmittio a usucapião das servidões e revogou assim o principio : *servitutes incorporales sunt et ideo usu non capiuntur.*

A *mancipatio*, especie de venda solemne em

presença de cinco testemunhas, *classici testes*, que alguns commentadores, sem fundamento solido, acreditam representar as cinco classes do povo, e d'um *libripens*; e a *in jure cessio*, especie de reivindicção do comprador contra o vendedor em presença do *prætor* davam á aquisição a protecção das leis e a garantia dos *Quirites*.

Esses modos de aquisição da propriedade não podiam subsistir por muito tempo; eram por demais complicados para que podessem acompanhar o desenvolvimento das transacções que cresciam extraordinariamente. Reconhecendo a necessidade de simplificar os processos para a transmissão do *dominium*, Justiniano os substituiu pela *traditio*.

Para as servidões e outros *jura in re* fez-se precisa a *quasi traditio*; porquanto entre estas e a propriedade havia no antigo direito perfeita similhaça em relação aos modos de aquisição.

« Na theoria das servidões como na da propriedade, diz Van Wetter, observavam-se primitivamente as formas da *mancipatio* e da *in jure cessio*; nas duas theorias essas formas acabaram por desaparecer; na da propriedade, é certo, foram substituidas pela *traditio*, para o estabelecimento da servidão devem tel-o sido pela *quasi traditio*. A analogia historica entre as duas theorias pelo menos milita nesse sentido (4). No mesmo sentido se pronuncia Alfredo Trolley, no seu trabalho sob a epigraphe—« Estudo da cousa alheia encarada sob o ponto de vista juridico ».—Diz elle: « A *datio domini* é preciso assemelhar-se a dação dos direitos que sam desmembramentos do *dominium*, taes como o

(4) Van Wetter, Cours de droit romain, 2^a Edicção, Vol. 1^o pag. 325 § 227.

direito de usufructo, de uso ou de habitação, de servidão, de emphyteuse ou de superfície. No direito de Justiniano a *mancipatio* e a *in jure cessio* do direito antigo desappareceram e tudo pode transferir-se plenamente pela *traditio*.»

Mas não é só pela analogia que existiu entre a propriedade e as servidões quanto ao modo de aquisição, que podemos provar a verdade da proposição que defendemos: varios textos do *Corpus Juris* não teriam explicação, acceita a doutrina contraria.

Em primeiro logar a Const. 20 Cod. *de pactis* estabelece o principio geral de que o dominio das cousas não pode ser transferido por simples pactos, mas sim pela tradição e usucapião—*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transféruntur*, — e este principio não pode deixar de comprehendêr, em sua applicação, as servidões, visto como sam ellas desmembramentos do *dominium*.

Tem-se pretendido tirar argumento contra a applicação ás servidões do principio consagrado na citada constituição, do § 4 das Insts. *de serv.* que dispõe :—*Si quis velit vicino aliquid jus constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.*

O argumento, porem, não tem o valor que se lhe pretende dar, não só porque as Institutas nessa parte copiaram aliás muito imperfeitamente, como demonstraremos, o § 31 Comm. 2 das Insts. de Gaio que não têm a força necessaria para destruir o que se acha disposto no Codigo, como tambem porque, como muito bem faz sentir Ortolan, uma cousa é a servidão *devida* e outra cousa é a servidão *estabelecida realmente*.

E o *Corpus Juris* é fertil em textos que deixam

bem patente a distincção a que allude o commentador.

Uma prova irrecusavel d'essa distincção está no fr. 136 § 1 D. *de verb. oblig.* onde se estabelece o principio de que o immovel sobre o qual se estipulou uma servidão de passagem, sendo vendido *ante constitutam servitutem*, não está sujeito ao onus que d'ella resulta. *Si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit : evanescit stipulatio.*

Não menos claros e decisivos a esse respeito sam os ffr. 11 D. *de serv.* e 19 D. *de serv. præd. rust.* Como naquelles, a distincção entre a servidão devida pela estipulação e a servidão constituida realmente é nestes ultimos textos claramente accentuada. Assim pelo fr. 11 Tit. 1: *Si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem*, e pelo fr. 19 Tit. 3:

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis stipulatio est, quia nec dari ei potest.

Dos textos citados resulta portanto que as *pactiones et stipulationes* não eram modos propriamente ditos de estabelecimento de servidões ; quando muito poderiam ser considerados um preliminar ao estabelecimento d'ellas ; eram, assim entendidas, verdadeiras convenções de que resultavam não o direito real, porem simples obrigações que apenas davam ao credor, no caso de não cumprimento da promessa, acção pessoal contra o promittente.

Para que se considerasse constituido o direito real de servidão, alguma cousa era mister alem dos pactos e estipulações. E, como para a transferencia do dominio a tradição da cousa era requerida

somos levado pela logica a affirmar que para o estabelecimento das servidões era indispensavel a *quasi-traditio*.

Demais a razão que determinara o principio estatuido no § 31 do Comm. 2 das Insts. de Gaio, desapparecera no direito novo.

E' sabida a distincção que primitivamente faziam os romanos entre o dominio *ex jure Quiritium* e a propriedade do *jus gentium*. Capacidade pessoal do individuo, capacidade da cousa e modo da acquisição segundo o direito civil dos romanos eram, diz Maynz, as condições indispensaveis para que alguém podesse dizer que uma cousa lhe pertencia *ex jure Quiritium*. Os *peregrini*, porque lhes faltava o *commercium*, não podiam adquerir a propriedade mediante as *civiles acquisitiones* do direito romano, mas sómente mediante as *naturales acquisitiones*, como diz Eduardo Hoelder; o solo provincial não era susceptivel de propriedade, porque *dominium illius est populi romani vel Caesaris*. Isso, porem não impediu que d'elle fossem pelo pretor feitas *concessões* mediante o pagamento do *vectigal*; essas concessões, não transferindo a propriedade, não estavam sujeitas ás prescripções e aos modos de acquisição do *dominium ex jure Quiritium*.

Com o correr dos tempos permittio-se que por meio de *pacta et stipulationes* se constituíssem em favor dos estrangeiros servidões no solo provincial: d'ahi o principio sustentado no § 31 das Insts. de Gaio.

Após a concessão do direito de cidade a todos os habitantes do Imperio, concessão que se deve a Caracalla, a distincção entre a propriedade quiritaria e a bonitaria ou do *jus gentium* começou a desapparecer até que no tempo de Justiniano extinguiu-se completamente. No direito novo por con-

sequencia não tinha mais justificação o § 31 do Comm. de Gaio.

E isso mesmo se póde deprehender das seguintes palavras de Cogliolo, o illustre professor da Universidade de Modena: « *L'editto peregrino è provinciale ammetteva per i peregrini e sui fondi provinciali un altro modo de costituire le servitù, cioè pactionibus et stipulationibus come dice Gaio II 31. Ne usarono anche i Romani per quei casi nei quali il costituente era padrone bonitario, ma gli mancava il dominio ex jure Quiritium*; e Ihering, o sabio professor de Goettingen, no seu: *Espirito do Direito Romano*, chega á mesma conclusão quando nos luminosos capitulos que escreveu sobre o formalismo indicando a *mancipatio* e a *in jure cessio* como os modos de estabelecimento das servidões no antigo direito e a *traditio* no novo, accrescenta que—os *pacta et stipulationes* eram applicadas ao solo provincial— Só á copia material do texto de Gaio se póde attribuir o disposto no § 4.º dos Insts. de serv.

Na theoria das acções e principalmente nos principios que regem a acção confessoria —empregada pelo titular d'uma servidão quasi sempre contra o proprietario do immovel em que se acha ella gravada para obrigar-o a reconhecer o seu direito, —muitos argumentos encontramos que destroem completamente a doutrina contraria á nossa these.

A' distincção que os romanos conheciam, entre os *direitos reaes* que, conferindo um poder directo e immediato sobre uma cousa, existem em relação a todos os membros da sociedade—e os *pessoaes* que, existindo em relação a uma pessoa certa e determinada, apenas permitem ao credor exigir de seu devedor a prestação do que lhe é devido; a esta distincção, repetimos, corresponde a classificação das acções em *actiones in rem* e *in personam*.

Entre as *actiones in rem*, muitas vezes denominadas em nossas fontes *vindicationes*, *petitiones*, estão comprehendidas as que asseguram as servidões, as quaes denominam-se *confessorias* quando competem ao titular da servidão contra o proprietario do immovel serviente ou quem quer que conteste o seu direito para obrigar-o a reconhecer-o; *negatorias* quando intentadas para contestar aquelle direito.

Admittir-se o principio de que as servidões possam ser constituídas por simples pactos e estipulações, seria affirmar-se que, uma vez devida a servidão, pode o credor lançar mão da acção confessoria para fazer valer o seu direito contra quem quer que o desconheça, o que importaria confundir em seus effeitos os direitos reaes com os pessoas e consequentemente as acções *in rem* com as *in personam*.

Ao credor d'uma servidão simplesmente devida não cabe a acção confessoria; d'este meio só pôde lançar mão o titular do direito real de servidão, isto é, aquelle que pôde allegar em seu favor, não uma simples promessa, mas sim um direito realmente constituído.

E isso mesmo sustenta o douto Accarias quando diz: « As acções confessoria e negatoria não sam admittidas tractando-se de direitos que apenas podem dar logar á creação d'uma obrigação; não podem ser empregadas quando o debate versa, não sobre a existencia d'um direito real de servidão, mas sómente sobre a existencia d'um credito que tem por objecto fazer estabelecê-la »—(5).

Noutro logar (6) sustenta ainda mais clara-

(5) Accarias, Précis de droit romain 3^a edição Tomo 2.º pag. 989 § 810.

(6) Accarias, Obr. cit. Tomo 1.º pag. 705.

mente o illustre escriptor a mesma doutrina dizendo : « O pacto por si a nada obriga o promittente ; a estipulação ao pagamento d'uma somma, *pœna*, para o caso de embaraço por parte deste ao exercicio do direito convencionado, dá apenas direito á acção *ex stipulatu*, acção pessoal pela qual se poderá pedir ao promittente o pagamento da somma estipulada.»

O frag. 17 D. *de servit.* (7) que consagra o principio de que a estipulação de uma servidão dá a cada um dos herdeiros do *stipulator* direito á acção *in rem* contra o *promissor* ou cada um de seus herdeiros para obrigar-o a constituil-a, longe de destruir o que temos dito ainda mais o confirma, porquanto, deixando bem patente a distincção em que nos firmamos, entre a promessa e a constituição da servidão, desconhece apenas aos herdeiros do promittente o direito de se opporem ao que este havia convencionado.



Até aqui temos procurado com o auxilio da historia e dos textos firmar a verdadeira doutrina sobre a materia que prende nossa attenção.

Para darmos por findo o nosso trabalho, restamos o exame e a analyse das razões em que se basêam os adversarios da doutrina que defendemos, razões que julgamos improcedentes mesmo diante dos textos de que elles se soccorrem.

D'entre os que pensam que bastam os pactos e estipulações para a constituição das servidões destaca-se o sabio romanista Maynz, cuja argumentação reduz-se aos quatro pontos seguintes :

(7) *Si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt ; et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.*

1. O desenvolvimento inevitavel das instituições devia trazer esse resultado.

2. Completa similhança entre o estabelecimento das servidões e aquisição dos outros *jura in re* existia no direito novo principalmente, e, para a aquisição de qualquer destes, bastavam as convenções. Assim, diz o illustre escriptor, a *emphyteuse* que só differe das servidões porque encerra direitos mais extensos, se estabelecia por simples convenção e o mesmo se dava com a superficie e com o direito de *hypotheca*.

3. O termo *constituere* empregado nas Insts. só pode ser interpretado acceita a solução que offerece.

4. Finalmente, a regra acceita pela theoria contraria tornar-se-ia illusoria diante do grande numero de excepções que necessariamente comporta.

Em primeiro lugar, diz ainda elle, é incontestavel que quem aliena uma cousa pode reservar para si uma servidão sobre essa mesma cousa sem que haja necessidade de *quasi traditio* do direito ; depois uma *quasi traditio* não pode ser imaginada, nem a respeito das servidões negativas que consistem em não fazer, nem a respeito d'aquellas cujo exercicio depende d'uma eventualidade qualquer (8).

Examinemos cada um desses pontos.

O desenvolvimento historico das instituições, é incontestavel, devia trazer e realmente trouxe, modificações no systema adoptado para a transferencia do dominio, estabelecimento das servidões e aquisição dos outros *jura in re*.

A *mancipatio* e a *in jure cessio*, pelas difficuldades que offereciam e pelas complicações que arrastavam, não podiam continuar a ser empregadas

(8) Maynz, Cours de droit romain, 4^a Edicção Tomo 1^o pag. 844 in fine e 845.

quando, augmentando as transacções, começaram a se tornar frequentes as constituições d'aquelles direitos.

A razão de ser dos dous alludidos modos de aquisição, devendo resultar da natureza dos direitos a cuja constituição se ligavam, outra não era que a necessidade de manifestar-se por um acto publico a existencia do direito exigivel *erga omnes*. Necessaria se fazia portanto a substituição delles por um outro modo mais simple e a *traditio* foi exigida como preenchendo tal fim. Os pactos e estipulações, além de tudo, tirariam aos *jura in re* o caracter que lhes é proprio e os confundiriam, ao menos quanto á sua aquisição, com os direitos pessoaes.

Os principios que até aqui temos expendido quanto ao estabelecimento das servidões, se estendem á *emphyteusis* e á *superficies*. E nem d'outro modo poderíamos encarar a constituição destes direitos desde que, como direitos reaes que sam, obedecem ao disposto na Const. 20 Cod. *de pactis*.

O proprio Mackeldey que diverge de nossa opinião a respeito das servidões, reconhece a tradição como um dos modos de aquisição do direito de *emphyteuse*.

Vejamos agora si as mesmas razões militam em relação ao *pignus* e á *hypotheca*.

Antes de tudo convem estabelecer que não ha completa analogia entre esses dous institutos e os outros *jura in re*. Assim o penhor e a *hypotheca* só existem, existindo uma obrigação principal, uma divida a cuja garantia se destinam ; sam, por consequencia, contractos accessorios. A *hypotheca* por isso mesmo que não se manifesta por signaes exteriores, para ser provada precisa da convenção.

A noção da *hypotheca* era estranha ao antigo

direito ; a *fiducia* e o *pignus* eram os modos pelos quaes o credor obtinha a garantia real de seu credito.

O pacto de *fiducia*—«transferencia da propriedade d'uma coisa ao credor pela *mancipatio* ou pela *in jure cessio*, com a promessa de restituil-a satisfeita a obrigação»—é o *pignus*—«transferencia da posse d'uma coisa ao credor em garantia de seu credito» — não podiam attingir o fim a que se destinavam. Os inconvenientes de ambos os modos foram reconhecidos e a garantia das obrigações foi regulada por outros principios.

O pacto de *fiducia* desapareceu e deu lugar á *hypotheca*, conservando-se o penhor para designar a garantia que recahia sobre moveis.

D'essas noções que sam sufficientes para o fim que temos em vista, se depreheende que não só na *fiducia* como no antigo *pignus* a tradição da coisa ao credor fiduciario ou pignoraticio era da essencia das mesmas convenções, o que se continuou a observar no direito novo em relação ao segundo d'elles.

Em relação á *hypotheca*, porem, o mesmo principio não podia ser mantido e a razão d'esta excepção nos dá o proprio Maynz quando diz :—«A *mancipatio* com *fiducia* punha o devedor á mercê do credor. Era necessario achar um meio legal, que, sem despojar o devedor de sua propriedade nem mesmo da posse d'ella, dêsse ao credor um direito efficaz sobre a coisa que devia servir de penhor.» (9)

Para decidir que a *hypotheca* se devia constituir por simples convenção, diz Accarias, uma razão especial havia e era que não se queria tirar ao devedor o uso da coisa ; nada prova por consequencia, que o que é verdade a respeito da *hypotheca*, o

(9) Maynz, Obr. cit., Tomo 1.º § 153, pag. 873.

seja tambem a respeito dos outros direitos reaes pretorianos.» (10).

O termo *constituere*, empregado nas Insts. de Gaio e no § 4 dos Insts. de Justiniano, *de servitutibus*, não pôde servir de argumento em favor dos nossos adversarios, porque, como já vimos, o § 4 das Insts. *de serv.* é uma copia, aliás muitissimo infiel, do §31. Comm. 2 dos Insts. de Gaio, o qual, ainda mesmo que não podesse ser explicado, como nos parece tel-o sido, com o auxilio da historia, não teria força para destruir as innumeradas disposições em contrario contidas no Digesto e mesmo no Código.

Na primeira parte d'esta dissertação já deixámos refutado de modo cabal o argumento do illustre escriptor. Não nos podemos entretanto poupar ao trabalho de transcrever as seguintes palavras que, a nosso vêr resolvem definitivamente a questão : « Entre aquelles que creem que no direito de Justiniano os pactos e estipulações bastam para crear a servidão, ha alguns que pretendem que tal já era a doutrina classica. Faz-se notar nesse sentido que a passagem de Gaio que fornece os textos controvertidos das Insts. emprega o termo *constituere* que seria certamente improprio si se tractasse apenas de fazer nascer um credito que tivesse por objecto a constituição da servidão. Mas a este argumento o proprio Gaio fornece uma resposta decisiva porque, falando em outra parte (L. 3 *princ. de usufr. et quemad*) d'um usufructo legado *per damnationem*, emprega egualmente o termo *constituere* e teve o cuidado de explicar que só após a *quasi traditio* o direito teria existencia. » (11)

E' incontestavel, como muito bem diz Maynz,

(10) Accarias, Obr. cit.

(11) Accarias, Obr. cit., nota 2.º ao § 278 pag. 707.

que—quem aliena uma cousa que lhe pertence pôde sobre ella reservar para si um direito de servidão sem que haja necessidade da *quasi traditio* do direito ;—mas d'ahi não se pode nem se deve tirar a conclusão que tirou o illustre romanista. Dá-se na hypothese ora figurada o mesmo que se dá em outros casos inteiramente alheios á materia que nos occupa. Assim, por exemplo, a tradição não é necessaria para a aquisição da posse pelo detentor da cousa ; este pela simples convenção com o possuidor converte a detenção em posse juridica. E Maynz não tirou d'ahi a conclusão de que a tradição não era indispensavel para a aquisição da posse.

Demais, no caso offerecido, não se tracta propriamente d'um modo de aquisição do direito de servidão. O proprietario da cousa tem sobre ella todos os direitos que decorrem do dominio e aliena alguns d'elles, conservando outros para si ; *deduz* apenas.

E' na verdade, difficil conceber-se uma *quasi-traditio*, tractando-se de servidões negativas, do mesmo modo que é difficil, difficilimo mesmo conceber-se uma *quasi-possessio* dellas, e entretanto ninguem ainda se lembrou de contestar ao titular d'uma servidão, v. g. *altius non tollendi*, o direito de usar dos interdictos possessorios quando d'elles tenha necessidade. Mas ainda mesmo que assim não fosse, sustentar que as servidões, pela difficuldade de conceber para o estabelecimento das negativas uma *quasi traditio*, possam ser constituídas por pactos e estipulações, seria concluir do particular para o geral.

As servidões prediaes não se podem constituir mediante condição nem a termo o dizem terminantemente diversas passagens do Digesto entre as quaes podemos citar o fr. 4 princ. de *servitutibus*. *Servi-*

tutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia quandiu volam) constitui possunt.

Essa prohibição, como diz Maynz, não comprehendendo os factos que constituem os elementos essenciaes do direito a crear ; diz respeito á condição e ao termo propriamente ditos. Em ambas as hypotheses, porém, que o illustre romanista figura para mostrar a verdade de sua asserção, isto é, da concessão d'uma servidão urbana em favor d'um predio ainda não construido e do direito de aqueducto n'uma fonte a descobrir, a servidão não existe realmente.

Em taes casos o direito de servidão não começará a existir sinão quando se verificarem aquelles factos. D'elles não depende simplesmente o exercicio do direito, mas o proprio direito real cuja existencia não pode ser concebida sem a cousa sobre que recaia.

A servidão em relação ao *prædium dominans* é, alem de tudo um accessorio e só depois da existencia d'este ella se manifestará.

E' preciso terminar.

O que temos dito nos parece sufficiente para demonstrar a verdade da proposição que avançámos.

A questão que discutimos, quando mesmo nos faltassem os varios e decisivos textos que offerecemos, e todos os argumentos a que recorreremos, deveria ser resolvida no sentido por nós indicado diante do fr. 3 pr. D. *de oblig. et act.* :

Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum faciat aut servitutem nostram ; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum ;

e do fr. 11 § 1 Dig. *de publ. in rem actione*: *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si quis per domum suam passus est aquæductus transduci; item rusticorum nam et hic traditionem et patientiam tuendam canstat;*

e finalmente da Const. 3 Cod. *de serv. et aq*: *Et in provinciali prædio constitui servitus aquæductus vel aliæ servitutes possunt, si ea præcesserint quæ servitutes constituunt.*

Recife,—Maio de 1895.

VIRGINIO MARQUES C. LEÃO

VM1.12