

Tribunal da Relação de Coimbra
Processo nº 357/13.3TBTND.C1

Relator: HENRIQUE ANTUNES

Sessão: 24 Fevereiro 2015

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: REVOGADA

SERVIDÃO LEGAL

INDEMNIZAÇÃO

SERVIDÃO POR USUCAPIÃO

Sumário

- a) Servidão legal é aquela que pode ser coactivamente imposta - mesmo que o não tenha sido.
- b) A usucapião não origina servidões legais, não lhes sendo, por isso, aplicável o regime próprio das servidões dessa espécie.
- d) O conteúdo da servidão constituída por usucapião é delimitado pela posse que conduziu a essa constituição.
- e) São admissíveis quaisquer modificações da servidão desde que resultem de título idêntico àquele por que a servidão se pode constituir.
- f) O ónus da prova dos factos integrantes da posse boa para usucapião vincula a parte que alega o direito real correspondente.
- g) Os titulares de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la, têm o direito - potestativo - de exigir a constituição, sobre os prédios rústicos vizinhos, de uma servidão legal de passagem.
- h) Pela constituição da servidão - legal - de passagem é devida aos proprietários dos prédios vizinhos demandados uma indemnização correspondente ao prejuízo sofrido, que, caso não tenha sido pedida, em reconvenção, ainda que meramente eventual, pode ser feita valer, judicialmente, nos termos gerais.

Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Coimbra:

1. Relatório.

A... e cônjuge, M...; C... e cônjuge, S...; J... e cônjuge, O..., pediram ao Sr. Juiz de Direito do Tribunal Judicial da Comarca de Tondela, que condenasse M... e cônjuge, C..., e D... - esta na qualidade de cabeça-de-casal da herança aberta por óbito do seu cônjuge - no reconhecimento da existência de uma servidão de passagem, a pé e de tractor, constituída por usucapião, a favor de indicados seus prédios, que onera o prédio dos demandados, e a absterem-se de praticar actos que impeçam ou dificultem a passagem para os seus prédios, e a condenação dos primeiros réus a tapar o buraco e a repor a servidão/caminho no estado em que se encontrava e, subsidiariamente, a declaração da constituição de uma servidão de passagem, a pé e de carro, por sobre os prédios dos demandados, com uma extensão de aproximadamente 86 metros de comprimento e um leito de, no mínimo, 2,50 metros de largura.

Fundamentaram estas pretensões no facto de ...

Só os réus M... e cônjuge contestaram, por impugnação, invocando o desconhecimento dos factos alegados pelos autores como aquisitivos dos seus prédios e a falsidade dos factos relativos à constituição da servidão de passagem por usucapião, e afirmando que existe um caminho aberto nos seus prédios, aberto, há 15 anos, pelo madeireiro A..., que lhes pediu para fazer uma abertura no seu pinhal para retirar as árvores que comprou, abertura que foi feita a expensas daquele e que ficou para os réus para seu único e exclusivo uso, pedindo alguns dos autores, ao réu, de quando em vez, para passar pela abertura para os seus pinhais, e que os prédios dos autores têm acesso para a via pública através de um caminho de pé, com cerca de 80 cm, que se inicia naquela via e atravessa todos os prédios.

Dispensada a realização da audiência prévia e enunciados os temas da prova, procedeu-se à audiência de discussão e julgamento - com registo sonoro dos actos de prova levados a cabo oralmente - no âmbito da qual se procedeu à inspecção do local, tendo o Sr. Juiz de Direito constatado presencialmente, designadamente, *que o buraco se encontra num local onde há sinais visíveis de um leito de passagem, que o trilho logo a seguir ao buraco tem uma largura de 2,40 cm e, ponto mais estreito, 1,90 m, que ao longo do percurso realizado constata-se a existência de um trilho com sinais de passagem não recente, que o trilho se prolonga para além dos prédios dos autores e réus, no sentido Janardo/Cabrieira, prolongamento que a partir do último dos prédios é pedonal.*

A sentença final da causa julgou a acção procedente.

É esta sentença que os réus M... e cônjuge, impugnam através do recurso ordinário de apelação no qual pedem *a revogação dela e a sua absolvição do reconhecimento da existência de uma servidão de pé e de carro ou tractor* - tendo encerrado a sua alegação com estas conclusões:

...

Na resposta ao recurso, os apelados concluíram, naturalmente, pela improcedência dele.

Prevenindo a eventualidade do conhecimento do pedido subsidiário ou eventual - apreciação para a qual o processo fornece os necessários elementos - e apesar das questões a ele relativas já se mostrarem debatidas, com inteira suficiência, nos articulados e nas alegações de recurso, o Relator promoveu a audição prévia das partes sobre o ponto.

2. Factos provados e não provados.

...

2.3. O Sr. Juiz de Direito explanou, para justificar o julgamento referido em 2.1. e 2.2., designadamente, esta fundamentação:

(...) Quanto à descrição do caminho no auto de inspeção ao local, cujo teor consta de fls. 127 e que permitiu ao tribunal fazer uma observação atenta, tendo em conta a orografia do terreno, verificar a existência ou não de outros acessos, com sinais de serem usados, e que fez constar em acta. Com efeito o local que é uma floresta de montanha, cujo solo tem uma forte inclinação, apenas permite que haja acesos de máquinas por caminhos diagonais aproveitando as curvas de nível. Não foi exibido pelos réus qual o caminho que dizem dar acesso aos prédios dos autores, em virtude de estes se situarem quase todos em faixas paralelas à estrada situando-se os prédios os réus junto à estrada e ao início do caminho descrito pelos autores.

Por outro lado no depoimento das testemunhas:

...

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, objectivo do recurso pode ser limitado, expressa ou tacitamente, pelo próprio recorrente, tanto requerimento de interposição como nas conclusões da alegação (artº 635 nºs 2, 1ª parte, e 3 do nCPC).

Os apelados deduziram, na instância de que provém o recurso, dois pedidos: um pedido principal - a declaração da existência de uma servidão de passagem, a pé e de tractor, com cerca de 86 metros de comprimento e 2,30 a 2,50 metros de largura, constituída, por usucapião, a favor dos seus prédios e que grava os dos apelantes e da demandada não contestante, e a condenação destes a abster-se de impedir a passagem e dos apelantes na reposição do caminho ao seu estado anterior; um pedido subsidiário - a constituição de uma servidão, a pé e de carro, com cerca de 86 metros de comprimento e um leito de, no mínimo, 2,50 metros.

O primeiro daqueles pedidos resolve-se, nitidamente, numa acção confessória, dado que os apelados pretendem afirmar contra os demandados um direito real menor de gozo - a servidão de passagem - que os últimos não aceitam. Esta acção - que não constitui entre nós uma acção real típica - sendo discutível se é mesmo uma acção real - resolve-se numa acção de simples apreciação positiva, que visa o reconhecimento judicial da existência do direito real menor alegado (artº 10 nºs 1, 2 e 3, a) do nCPC). O autor está vinculado ao ónus da prova do direito real - titularidade que é a única condição de procedência da acção. Prova que é semelhante à *probatio diabolica*: o autor tem de provar o facto aquisitivo respectivo, reconstituindo, se necessário, a cadeia de titulares anteriores até uma aquisição originária - excepto se puder invocar, ele mesmo, um facto aquisitivo originário - como, v.g., a usucapião; neste caso, tudo se reduz à demonstração do facto aduzido como aquisitivo do direito alegado na acção. Essa prova é feita nos termos gerais: se o autor não beneficiar de qualquer presunção - a fundada no registo ou na posse - tem de desenvolver a actividade probatória tendente à demonstração daquela titularidade (artºs 7 do Código de Registo Predial, 342 nºs 1 e 2, 350 nºs 1 e 2 e 1268 do Código Civil). Esta acção diferencia-se da acção de reivindicação dado que não envolve qualquer pedido de entrega da coisa: se se pedir essa entrega, a acção é de reivindicação (artº 1311 do Código Civil).

Realmente, a acção de reivindicação, de nítida feição condenatória, compreende dois pedidos concomitantes – o pedido de reconhecimento de determinado direito; o pedido de entrega da coisa objecto desse direito – e a sua causa de pedir é o facto de que derive o direito real alegado (artº 1311 nº 1 do Código Civil e 581, nº 4, 2ª parte, do nCPC)^[1]. Se limitadamente se pedir a declaração da existência do direito, quer porque já se tem a posse da coisa e se pretende o reconhecimento de que essa posse coincide com a titularidade do direito respectivo ou, porque não se tem a posse, e se pretende a declaração judicial do direito menor para poder iniciar ou retomar, de seguida o seu exercício – a acção é confessória e não de reivindicação.

Constituída uma servidão positiva – como é, decerto, a servidão de passagem, de trânsito ou de acesso – o titular pode praticar certos actos – transitar, passar – correspondendo a esse direito, no proprietário do prédio serviente, a obrigação de não se opor a essa prática, de não a embaraçar: o que este último perde pela constituição da servidão é o direito de se opor a que o titular dela pratique determinados actos, de embaraçar o exercício da servidão. Por isso, quando se pede a declaração da existência daquele direito real menor e a condenação do demandado a não embaraçar o seu exercício, a acção é nitidamente uma *actio confessoria*.

Já o pedido subsidiário – i.e., deduzido para a hipótese de não vingar o pedido principal – tem uma nítida feição constitutiva, tendo por objecto uma servidão coactiva – a servidão legal de passagem – resultante do exercício do direito potestativo que a lei reconhece, designadamente, ao proprietário de prédio encravado – absoluta ou relativamente – de impor a constituição da servidão sobre um ou mais prédios vizinhos, contanto que estes possibilitem a comunicação que falta àquele prédio para chegar à via pública (artºs 10 nºs 1, 2 e 3 c), do nCPC e 1550 do Código Civil).

Serve isto para dizer que, ao contrário do que sustentam os apelantes na sua alegação, os apelados não deduziram, na instância recorrida, um pedido alternativo – dado que as pretensões que formularam não dizem respeito a direitos e obrigações que por sua natureza ou origem são alternativos nem a direitos e obrigações que puderem resolver-se em alternativa – nem a tutela que requereram para o direito real menor de servidão de trânsito ou passagem alegado se resolve numa acção de reivindicação (artº 553 nº 1 do nCPC).

E como a sentença impugnada se limitou a julgar procedente o pedido principal – a declaração da existência daquele direito real menor adquirido por usucapião – temos por certo que não violou o princípio do dispositivo.

De harmonia com princípio da disponibilidade privada sobre o objecto do processo – que é um corolário irrecusável do princípio do dispositivo – é às partes que incumbe a definição daquele objecto e a demonstração dos factos correspondentes. Deste modo cabe ao autor definir o pedido e descrever a respectiva *causa petendi*, não podendo o tribunal, como consequência daquele princípio, conhecer de pedido diverso do formulado ou de causa de pedir diferente da invocada (artº 5 nº 1 do nCPC). Se o tribunal utilizar, como fundamento da decisão, matéria não alegada ou condenar ou absolver num pedido não formulado, incorre num excesso de pronúncia que fere de nulidade substancial a decisão correspondente (artº 615 nº 1, 2ª parte, do nCPC). Todavia, uma tal nulidade não é de conhecimento oficioso, só relevando, em princípio, mediante arguição da parte [\[2\]](#).

E, no caso, apesar de os apelantes alegaram como fundamento do recurso a violação, pela sentença impugnada, do princípio do dispositivo, na dimensão da disponibilidade objectiva – ofensa, que, porém, se não verifica – a verdade é que não arguíram a nulidade substancial daquela decisão.

Também se não tem por exacta a alegação dos apelantes de que os apelados não alegaram quaisquer factos constitutivos do seu direito à constituição da servidão de passagem, fazendo decorrer do encrave a constituição do seu direito.

Os apelados invocaram, como facto constitutivo do direito real menor alegado, uma posse boa para usucapião, forma de constituição da servidão que não origina uma servidão legal: o encrave do prédio dominante só é requisito da servidão legal de passagem, mas não da servidão de passagem constituída por usucapião que não é uma servidão legal, pelo que o encrave do prédio apenas releva para a constituição coactiva daquela servidão, objecto do pedido subsidiário.

A sentença impugnada foi peremptória na declaração de que os recorridos são titulares do direito real menor de servidão de passagem, constituído por usucapião.

Os recorrentes discordam, discordância que assenta, em substância, na circunstância de os apelados *nada terem provado a tal propósito*, pelo que

aquela decisão só se explica pelo *error in iudicando* em que incorreu, na valoração das provas, o Sr. Juiz de Direito.

Maneira que a questões concretas controversas que importa resolver são as de saber se:

- a) O decisor da 1ª instância incorreu, na decisão dos factos materiais da causa, no apontado erro;
- b) Caso aquela servidão se não deva ter constituída por usucapião, aos apelados assiste o direito potestativo de a constituir.

A primeira questão vincula, naturalmente, ao exame do modo de constituição da servidão de passagem representado pela usucapião, e do seu conteúdo, e à ponderação dos fundamentos finais e dos parâmetros dos poderes de controlo desta Relação no tocante à decisão da matéria de facto da 1ª instância; a segunda, à análise dos pressupostos da constituição da servidão legal de passagem.

3.2. Constituição da servidão de passagem, acesso ou trânsito.

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)^[3].

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).

Quer dizer: servidão legal é aquela que pode ser coactivamente imposta - mesmo que o não tenha sido. Se as partes, por contrato, por exemplo, regularem a situação, a lei não deixa de considerar existente uma servidão legal, como comprovadamente decorre da circunstância da extinção por desnecessidade das servidões legais, qualquer que tenha sido o título da sua constituição (artº 1569 nº 3 do Código Civil).

Significa isto que, verificando-se os pressupostos que permitam a imposição de uma servidão legal, a servidão que se constituir se deve sempre considerar legal, mesmo que não tenha sido coactivamente actuada.

Em termos técnicos, pode assentar-se que na servidão legal de passagem surgem dois momentos distintos: o direito potestativo de, por recurso à via judicial, fazer surgir a servidão; a servidão, propriamente dita, uma vez constituída. Na falta de constituição voluntária, a servidão surgirá por via coactiva.

Exemplo de servidão legal é a servidão de passagem.

Esta deriva da faculdade que os titulares de prédios, que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la, têm de exigir a sua constituição sobre os prédios rústicos vizinhos (artº 1550 nº 1 do Código Civil).

Quando não haja materialmente comunicação com a via pública, o encrave diz-se absoluto; é relativo quando essa comunicação exista, mas seja economicamente inviável. Em qualquer dos casos, para o efeito de se conceder a servidão legal de passagem, o prédio considera-se encravado. O problema do encrave, e dos direitos de passagem que dele emergem, dão lugar a limitações sérias ao direito de propriedade e a conflitos graves entre os titulares daqueles direitos reais.

Um traço importante da constituição das servidões legais é a indemnização devida ao proprietário do prédio dominado. Esta indemnização pode ser simples ou agravada, conforme o encrave tenha sido involuntário ou não (artºs 1552 e 1554 do Código Civil).

Contudo, o dever de indemnizar do proprietário do prédio dominante só existe perante a constituição judicial ou equivalente da servidão. Tratando-se, porém, de servidões constituídas por usucapião - ou destinação do pai de família - não há lugar a qualquer indemnização. É que tanto a usucapião como a destinação do pai de família não são modos voluntários de constituir servidões e, portanto, quando constituídas por um qualquer desses modos, não são servidões legais.

Este último ponto é extraordinariamente significativo, v.g., em vista do modo de extinção da servidão representado pela desnecessidade (artº 1569 nºs 2 e 3 do Código Civil). As servidões legais, seja qual for o título, extinguem-se pela desnecessidade superveniente, o mesmo sucedendo, por expressa declaração da lei, com as servidões constituídas por usucapião.

O encrave é requisito, de resto, primordial, da servidão legal de passagem (artº 1550 do Código Civil). Exige-se, para a constituição dessa servidão legal, a existência de um prédio encravado, absoluta ou relativamente. Prédio encravado - como já se fez notar - é tanto aquele que não tenha comunicação com a via pública, nem condições de a estabelecer sem excessivo incómodo ou dispêndio, como o que tenha comunicação insuficiente com a via pública, por terreno seu ou alheio (artºs 1550 nº 2 e 1555 nº 1 do Código Civil).

Portanto, não se considera encravado o prédio cujo proprietário tenha comunicação suficiente com a via pública, por terreno seu ou alheio, por confrontar com um outro prédio seu bem servido de acesso àquela via ou ser titular duma servidão de passagem através de prédio alheio.

Se, em vista do encrave, se invoca a aquisição da servidão de passagem por usucapião e se a posse conducente à usucapião é anterior ao encrave, este nunca chegou a existir: por força da eficácia retroactiva da usucapião à data do início da posse, verifica-se que sempre houve comunicação com a via pública, embora por prédio alheio.

Quer dizer, o regime da servidão legal de passagem não é aplicável por ausência de encrave, sempre que se constitua uma servidão por

destinação do pai de família ou sempre que, posteriormente, seja invocada a servidão bastante, com fundamento numa posse anterior.

Seja como for, a constituição da servidão por usucapião, não pode ser considerada voluntária, em paralelo com a constituição por negócio jurídico: na usucapião, a servidão é imposta por uma parte à outra. Esta forma de constituição da servidão não origina, pois, servidões legais. Assim, por exemplo, o regime próprio das servidões legais de passagem - v.g. o relativo ao encrave do prédio - não se aplica, em nenhum dos seus pontos, às servidões constituídas por usucapião ou por destinação do pai de família. Estas servidões, não gozando do regime das servidões legais, não são elas próprias servidões legais^[4].

A existência de encrave, absoluto ou relativo, é requisito da servidão legal de passagem. Todavia, se a servidão se dever ter por constituída por usucapião, não estamos face a uma servidão legal.

Como decorre das considerações já expostas, quando haja uma servidão constituída por usucapião não há nada que permita operar distinções, consoante haja ou não prédio encravado. A usucapião tanto pode ser invocada pelo beneficiário encravado como pelos restantes: em ambos os casos tem exactamente os mesmos efeitos. O mesmo sucede, aliás, com a servidão constituída por destinação do pai de família: esta tem exactamente o mesmo rosto, no encrave ou fora dele.

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)^[5].

As servidões prediais podem, naturalmente, ser constituídas por usucapião (artº 1547 do Código Civil).

A usucapião é, sabidamente, a constituição do direito real correspondente a certa posse, desde que esta se prolongue, com certas características, pelo período legalmente fixado. A usucapião é um modo de aquisição originária de direitos reais: quando opere, é indiferente a anterior titularidade da coisa, bem como quaisquer outros ónus que o titular legítimo anterior teria de suportar.

A usucapião requer: uma posse pública e pacífica; correspondente a um direito usucapível; por um período de tempo legalmente bastante. A usucapião não é automática, antes assume um funcionamento potestativo. O beneficiário da usucapião terá de a invocar.

Exige-se, portanto, um posse de boa fé – quer dizer, uma posse que, não sendo na sua origem violenta, se constituiu pensando o possuidor que tinham ele próprio o direito real de servidão – pacífica – i.e., adquirida sem violência – pública, portanto, exercida de modo a ser conhecida por qualquer interessado, e contínua, o mesmo é dizer, sem ter conhecido qualquer causa de extinção (art^{os} 1257 n^o 1, 1260 n^{os} 1 e 3, 1261 n^{os} 1 e 2 e 1262 do Código Civil).

Essa situação possessória, desde que seja pacífica e pública, é boa para usucapião, quer dizer, para a constituição ou aquisição originária, facultada ao possuidor, do direito real correspondente a essa posse. E caso essa situação possessória dure, sem qualquer interrupção ou suspensão, pelo lapso de tempo marcado na lei, segue-se a aquisição, originária, daquele direito (art^{os} 1287, 1289 n^o 1, 1292, 1296 e 1316 do Código Civil).

Como a usucapião opera com efeitos retroactivos, reportados ao início da posse, considera-se que o direito real constituído o foi no momento em que se iniciou a posse boa para a usucapião invocada (art^{os} 1288 e 1317 c) do Código Civil).

A usucapião é a constituição facultada ao possuidor do direito real correspondente à sua posse, desde que esta, dotada de certas características, se tenha mantido pelo lapso de tempo determinado na lei (art^o 1287 do Código Civil).

A usucapião tem sempre, na sua base, uma situação possessória. Só a posse e não a mera detenção pode conduzir à usucapião. Essa posse pode ter sido constituída *ex-novo* pelo sujeito a quem a usucapião aproveita ou pode derivar da transmissão, a favor do beneficiário, de posse anterior.

A posse pode constituir-se pelo apossamento, i.e., pela apropriação material de uma coisa, e pela inversão do título da posse, e transmite-se pela tradição, material ou meramente simbólica da coisa, efectuada pelo antigo possuidor, e pelo constituto possessório (art^o 1263 a) a d) do Código Civil).

O constituto possessório é uma forma de aquisição derivada da posse. A transmissão da posse por constituto possessório ocorre quando um titular de um direito real que esteja na posse da coisa, transmita esse direito a outrem,

ficando com a detenção dela (artº 1264 do Código Civil). Trata-se, nitidamente, de uma forma de tradição simbólica, portanto, de entrega da coisa, sem alteração no seu controlo material.

Para que haja transferência da posse é, evidentemente, necessário que o transferente seja possuidor e deixe de o ser; se não era possuidor, não pode naturalmente, transferir o que não tinha; se depois continua a sê-lo é porque a transferência não operou, seja qual for a razão.

Quando a sucessão na posse opere por título diverso da sucessão por morte, o transmitente pode valer-se da acessão da posse e, portanto, juntar à sua a posse do antecessor (artº 1256 nº 1 do Código Civil).

Mas a acessão não representa uma modalidade de transmissão da posse, como logo decorre do seu carácter facultativo. A transmissão resulta dos princípios gerais: o que lei estabelece é, pelo contrário, a possibilidade de o transmissário invocar apenas a sua própria posse, essencialmente para efeitos de usucapião. A acessão na posse tem efectivamente que ver com a matéria da usucapião, e não com a da transmissão da posse [\[6\]](#).

A posse pode definir-se como a afectação material de uma coisa corpórea aos fins de pessoas individualmente consideradas (artº 1251 do Código Civil) [\[7\]](#).

A posse arranca sempre do controlo material duma coisa corpórea. No entanto, nem a doutrina nem a jurisprudência são inteiramente acordes sobre os elementos que a integram. Para a doutrina subjectivista, a posse é constituída pelo *corpus* - controlo de facto da coisa - e pelo *animus* - ou intenção de ser proprietário ou titular de outro real de gozo - *animus domini* - de ser possuidor - *animus possidendi* - ou de ter a coisa para si - *animus sibi habendi*; para a teoria objectivista a posse derivaria do *corpus* com o *animus*, incindíveis, e a detenção do *corpus* e do *animus*, a que se juntaria uma disposição legal que retiraria a qualidade de posse [\[8\]](#).

Como quer que seja, mesmo para uma concepção puramente subjectivista do instituto e que, portanto, exige para que haja posse, *corpus* e *animus*, deve notar-se que a lei facilita a prova do *animus possidendi*, visto que estabelece que, em caso de dúvida, se presume a posse naquele que exerce o poder de facto (artº 1252 nº 2 do Código Civil) [\[9\]](#). Traduzindo-se, na lógica daquela concepção, o *animus possidendi* num elemento de natureza psicológica, é evidente a grave dificuldade da sua prova. Aquela presunção, ainda que meramente *iuris tantum*, tem por isso a maior importância.

A posse que faculta a aquisição originária do direito real deve ser pacífica e pública, i.e., uma posse que tenha sido adquirida sem violência e que seja exercida de modo a poder ser conhecida pelos interessados (artºs 1261 nºs 1 e 2 e 1262 do Código Civil).

Só uma tal posse é boa para usucapião, visto que a primeira condição para que esta opere é a de que haja posse com as características da pacificidade e da publicidade; faltando estas qualidades, os prazos para a usucapião não se contam (artºs 1297 e 1300 nº 1 do Código Civil).

A posse faculta ao possuidor a aquisição do direito nos termos do qual aquela posse foi exercida. O direito que se adquire constitutivamente pela usucapião é o direito correspondente ao modo de exercício da situação possessória que está na sua base.

Para haver posse titulada são necessários dois requisitos: um positivo, representado pela legitimação de um *titulus adquirendi* do direito em termos do qual se possui; outro negativo, que se revolve na inexistência de vícios formais nesse mesmo negócio (artº 1259 nº 1 do Código Civil).

Os vícios não formais do negócio ou *titulus adquirendi* não afectam, em regra, o título da posse; os vícios de forma, resultantes da inobservância de formalidades *ad substantiam* é que, sem dúvida, determinam a falta de título da posse (artº 1259 nº 1 do Código Civil). Portanto, o título não é prejudicado por vícios substanciais do negócio jurídico. Mas a lei não abstrai da validade formal daquele negócio: se este for formalmente inválido, haverá posse – mas essa posse é não titulada. Para que seja titulada a posse tem, assim, que ter origem num facto jurídico abstractamente idóneo para provocar a aquisição do direito real, que não seja formalmente inválido.

Contudo, a posse que faculta ao possuidor a usucapião não tem que ser titulada: a ausência de título apenas importa o alargamento do prazo necessário para que aquela possa ser invocada (artºs 1294 e 1296 do Código Civil).

A posse diz-se de boa fé quando, no momento da sua aquisição, o possuidor ignorava que lesava o direito de outrem (artº 1260 nº 1 do Código Civil) [\[10\]](#). Desta noção de boa fé, resulta, naturalmente, como seu reverso, a noção de má fé.

Discute-se se a boa fé possessória é ética ou puramente psicológica ^[11]. Quer se trate de um conceito puramente psicológico e, portanto, puramente fáctico, quer se deva entrar em linha de conta, com um padrão ético-jurídico, a verdade é que a prova da boa ou da má fé – sobretudo quando entendida numa acepção psicológico-empírica – é extremamente difícil. Pressentindo a dificuldade, a lei recorre a presunções, determinando que a posse titulada se presume de boa-fé, e a não titulada de má fé (artº 1260 nº 2 do Código Civil).

A atitude da lei compreende-se: se a existência de título não é suficiente, de *per se*, para fundamentar a boa fé, constitui, no entanto, um sério indício de que se julgou adquirir o direito e, por conseguinte, de que a posse se julgou adquirir sem prejuízo para outrem; a falta de título indicia fortemente o contrário.

Dado, contudo, o carácter falível dessa base, é evidente que qualquer das presunções é meramente *iuris tantum*, ou seja, elidível mediante prova em contrário (artº 350 nº 2 do Código Civil).

Como todos os caracteres em exame, a boa ou má fé avalia-se no momento da aquisição e, como o título ou não título, é uma característica permanente da situação possessória. A distinção entre a posse de boa ou de má fé releva naturalmente para efeitos de usucapião. Não – insiste-se – com o significado de que só uma posse de boa fé é susceptível de facultar a usucapião, mas no sentido de exigência, no tocante à posse de má fé, de um prazo mais largo para possibilitar ao possuidor a invocação dessa usucapião (artº 1296 do Código Civil).

Como é sabido, a posse pode diferenciar-se em posse causal e posse formal, conforme o possuidor é, ou não, em simultâneo, titular do direito real em cujos termos se processa o exercício possessório. Note-se que a posse causal não implica uma decorrência necessária da titularidade do respectivo direito; exige-se sempre algo que acresça a essa titularidade – o controlo material da coisa ou, pelo menos, uma forma juridicamente equivalente. A posse causal nem sequer se presume e, por isso, deverá ser objecto de invocação e comprovação autónomas. Mal vale a pena perder uma palavra para explicar que uma posse meramente formal – ou seja a posse desligada do direito real nos termos do qual é actuada – é uma posse boa para usucapião, desde que no caso concorram os demais requisitos apontados.

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^[12]. É o que decorre directamente da lei, ao dispor que as servidões são reguladas, no que respeita à sua extensão^[13], 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).

Portanto, 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.

Assim, por exemplo, se se constitui, por usucapião ou por destinação do pai de família, uma servidão de passagem para trânsito de pessoas, de animais e veículos - v.g., máquinas agrícolas - com localização X, a largura Y e com o comprimento Z, não há que fazer actuar, para delimitar o conteúdo positivo dessa servidão, o princípio apontado: por força do título constitutivo - a usucapião ou destinação do pai de família - a servidão tem necessariamente aquele conteúdo. No caso da servidão constituída por usucapião, a servidão terá o conteúdo definido pela posse que conduziu à aquisição do direito correspondente - *tantum praescriptum quantum possessum*; da mesma maneira, tratando-se de servidão constituída por destinação do pai de família, a servidão terá o conteúdo que for definido pelos sinais visíveis e permanentes, sejam eles quais forem.

É assim, evidente, que determinado no título constitutivo da servidão o direito que por ela pode exercer-se, qualquer questão que se levante quanto à extensão desse direito terá de ser resolvida por esse título, independentemente do prejuízo que no prédio serviente possa causar a extensão: desde que o titular da servidão pretende auferir por ela utilidades a

que pelo seu título constitutivo, ou por qualquer modificação que nesse título se haja dado, não tenha direito, o proprietário do prédio serviente pode opor-se a essa alteração.

Limitada a servidão às utilidades por que se constitui, podem nessa servidão fazer quaisquer modificações, desde que por elas se não torne mais onerosa.

Se, por exemplo, tendo sido concedida servidão de passagem para um prédio urbano, se limitar no seu título constitutivo essa passagem para os usos domésticos do mesmo prédio, não poderá tal servidão ser utilizada para quaisquer outros fins a que o prédio venha a ser destinado. Não deve, porém, deixar de considerar-se alteração da servidão a ampliação abusiva do seu conteúdo. Assim, se a servidão de passagem tem originariamente - de harmonia com o respectivo título - por conteúdo o trânsito de pessoas, verifica-se uma alteração dessa mesma servidão se se utiliza o caminho também para o trânsito de veículos. O trânsito de veículos, nestas condições agrava, como é óbvio, a servidão: esta não fica sendo a mesma, torna-se mais onerosa: a servidão altera-se dado que não é o mesmo o seu conteúdo ou extensão. Neste caso, haverá realmente alteração da servidão e, salvo prévio acordo dos interessados, tal alteração só pode dar-se, verificando-se pelo mesmo modo que para a constituição da servidão, se há ou não direito a ela.

Constituindo um encargo tendencialmente perpétuo estabelecido num prédio em proveito de outro prédio, a servidão não pode ficar dependente, quando ao seu uso e modo de ser, da vontade do proprietário dominante ou da vontade do prédio serviente. O princípio aqui dominante é o da subsistência do encargo tal como foi constituído - ou da imutabilidade da servidão - não se admitindo modificações que não resultem de título idêntico àquele por que a servidão se pode constituir ou do exercício de direitos que, nos casos nela previstos, a lei atribua ao proprietário do prédio serviente ou ao proprietário do prédio dominante.

Simplesmente, o que se expôs acerca da constituição da servidão por usucapião, aplica-se às modificações pelas quais se agrave a servidão assim constituída. Essas modificações, sempre que se prolonguem durante o tempo necessário para que haja a usucapião, representarão um direito adquirido para o proprietário do prédio dominante, desde que a servidão respectiva se possa constituir por esse mesmo modo. Neste caso, as mesmas razões que permitem a constituição da servidão por usucapião permitem que esta se agrave por esse mesmo meio. Assim, constituída uma servidão de passagem que tenha por objecto apenas o trânsito a pé, se, porém, se dá o agravamento

da servidão através da passagem de veículos, e se exerce uma posse boa para usucapião correspondente a esse agravamento, então o proprietário do prédio dominante adquirirá o direito à servidão com o conteúdo ou extensão correspondente ao agravamento. E isto é assim, *dado que se devem ter por admissíveis quaisquer modificações da servidão desde que resultem de título idêntico àquele por que a servidão se pode constituir.*

3.4.1. Parâmetros e finalidades da actuação dos poderes de controlo da Relação relativamente à decisão da matéria de facto da 1ª instância.

O controlo efectuado pela Relação sobre o julgamento da matéria de facto realizado pelo tribunal da 1ª instância pode, entre outras finalidades, visar a reponderação da decisão proferida.

A Relação pode reapreciar o julgamento da matéria de facto e alterar - e, portanto, substituir - a decisão da 1ª instância se os factos assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa (artº 662 nº 1 do nCPC).

Note-se, porém, que não se trata de julgar *ex-novo* a matéria de facto - mas de reponderar ou reapreciar o julgamento que dela foi feito na 1ª instância e, portanto, de aferir se aquela instância não cometeu, nessa decisão, um *error in iudicando* [\[14\]](#). O recurso ordinário de apelação não perde, mesmo neste caso, a sua feição de recurso de reponderação para passar a ser um recurso de reexame.

Depois, essa reponderação tem por finalidade e é actuada sob o signo dos parâmetros seguintes:

- a) Do exercício da prova - que visa a demonstração da realidade dos factos - apenas pode ser obtida uma verdade judicial, jurídico-prática e não uma verdade, absoluta ou ontológica, matemática ou científica (artº 341 do Código Civil);
- b) A livre apreciação da prova assenta na prudente convicção - i.e., na faculdade de decidir de forma correcta - que o tribunal adquirir das provas que foram produzidas (artº 607 nº 5 do nCPC).
- c) A prudente obtenção da convicção deve respeitar as leis da ciência, da lógica e as regras da experiência - entendidas como os juízos hipotéticos, de conteúdo geral, desligados dos factos concretos objecto do processo, procedentes da experiência mas independentes dos casos particulares de cuja

observação foram deduzidos e que, para além desses casos, pretendem ter validade para casos novos - e que constituem as premissas maiores de facto às quais são subsumíveis factos concretos;

d) A convicção formada pelo juiz sobre a realidade dos factos deve ser uma convicção subjectiva fundada numa convicção objectiva, assente nas regras da ciência e da lógica e da experiência comum ou de normalidade maioritária, e portanto, uma convicção cognitiva e não volitiva, voluntarista, subjectiva ou emocional;

e) A convicção objectiva é uma convicção argumentativa, i.e., demonstrável através de argumento capaz de se impor aos outros;

f) A apreciação da prova vincula a um conceito de probabilidade lógica - de *evidence and inference*, i.e., segundo *um critério de probabilidade lógica prevalecente*, portanto, segundo o grau de confirmação lógica que os enunciados de facto obtêm a partir das provas disponíveis: os elementos de prova são assumidos como premissas a partir das quais é possível extrair inferências; as inferências seguem modelos lógicos; as diversas situações podem ser analisadas de acordo com padrões lógicos que representam os aspectos típicos de cada caso; a conclusão acerca de um facto é logicamente provável, como uma função dos elementos lógicos, baseada nos meios de prova disponíveis^[15];

g) O juiz deve decidir segundo um critério de minimização do erro, i.e., segundo a ponderação de qual das decisões possíveis tem menor probabilidade de não ser a correcta.

h) O controlo pela Relação da decisão da matéria de facto não é actuado por imediação, i.e., através de numa percepção própria do material que lhe serve de base, mas através da audição de uma reprodução fonográfica ou da leitura, fria e inexpressiva, de transcrições, que torna indisponíveis todos os relevantíssimos momentos não-verbais da comunicação.

3.4.2. Reponderação da decisão da matéria de facto objecto da impugnação.

São três os factos - complexos - que a recorrente reputa de erroneamente julgados; os contidos nos números 14 a 16 dos julgados provados da sentença impugnada, e que respeitam, na sua essência, à posse boa para usucapião alegada pelos apelados e ao consentimento, pelos demandados, há cerca de 25 anos, no alargamento do caminho para a largura de 2,40 e 1,90 metros. No ver dos apelantes numa sã e prudente avaliação da prova, deve dar-se como

não provado que há mais de 20 ou 30 anos, os AA. acedem ao seu prédio por carro ou tractor.

Note-se que no tocante às dimensões do caminho – e mesmo no relativamente à sua demais configuração ou situação objectiva – o facto correspondente se deve ter devidamente demonstrado, por virtude de uma prova de que o decisor da 1ª instância declaradamente se socorreu e cuja avaliação não vem questionada no recurso - a inspecção judicial - prova que é, naturalmente, idónea para convencer o juiz, de modo extraordinariamente simples, da existência ou inexistência de um facto, dado que o juiz que a realiza está em condições, melhor que ninguém, de determinar o seu alcance probatório (artº artº 493 nº 1 do nCPC). No tocante aos dados objectivos – que são meras constatações da percepção do juiz – é muito difícil que possam ser negados, seja pelas partes seja por outro juiz: desde que o juiz que realizou a inspecção ou o reconhecimento, fez constar na acta que o documenta, a dimensão e os elementos objectivos do caminho, o segundo juiz – esta Relação – pode e deve – na ausência de impugnação fundada relevante - partir desses dados objectivos, dando-os como certos.

E que provas é que, no ver da recorrente, foram mal apreciadas? Apenas uma: a prova testemunhal, representada pelos depoimentos das testemunhas ...

Ora, em face desde depoimento, e da razão de ciência que o anima – ter a testemunha praticado pessoalmente o facto discutido – não viola, qualquer regra prudencial de avaliação da prova, dar como demonstrado a existência do caminho e o seu alargamento – consentido pelos demandados à testemunha – há mais de 20 anos. Se se conjugar este depoimento com o resultado da inspecção pode assentar-se, sem violentar a prova, que o caminho existente há mais de 20 anos tem, tem também há mais de 20 anos, a configuração constatada presencialmente pelo Sr. Juiz de Direito no decurso da inspecção.

Estas provas são, pois, suficientes para julgar provado o facto do alargamento do caminho, há mais de 20 anos, para a largura que hoje patenteia, exigido pela tiragem da madeira cortada no prédio do apelado J..., e o consentimento dos demandados nesse alargamento – consentimento que, aliás, os apelantes foram prontos em admitir, tanto no articulado de contestação como na alegação do seu recurso.

De resto, todas as outras testemunhas em cujos depoimentos os apelantes fundam a impugnação são acordes na afirmação existência do caminho que antes do seu alargamento pela testemunha A..., *era um carreiro, a pé, com 80/90 cm, não tinha mais* - no dizer da testemunha J... - *era um carreiro, um*

caminho a pé, não dava para circular um carro de bois – segundo as testemunhas ... E se todas as testemunhas asseveram que nele passava muita gente – e que elas mesmas passavam lá - a verdade é que nenhuma delas relatou ter visto lá passar qualquer dos apelados e, muito menos, com carros, tractor ou qualquer outro veículo a motor.

...

Em face do conteúdo destes depoimentos, pode, numa avaliação prudente – i.e., com o uso da faculdade de decidir correctamente – julgar-se provado que *há mais de 20, ou mesmo 30 anos, que os AA. e seus antepossuidores fazem uso do referido caminho, para acederem a pé aos seus prédios, bem como para àqueles fazerem chegar transporte que lhes permita retirarem dos mesmos, o mato que roçam, bem como as resinas, a lenha e a madeira proveniente do abate de pinheiros e outras árvores que possuem nas suas propriedades, convictos de exercerem um direito próprio, ignorando lesarem o direito de outrem, à vista de toda a gente, sem violência, sem interrupção?* Não, não se pode.

É certo que todas as testemunhas asseguraram o encrave absoluto dos prédios dos diversos autores – facto que, aliás, os recorrentes não controvertem no recurso e que, por isso, se deve ter por correctamente julgado. Simplesmente do facto do encrave do prédio, não pode extrair-se, como corolário que não pode ser recusado, o exercício de poderes de facto sobre o caminho, correspondente ao direito real menor de servidão: o único acto dessa espécie que a prova inculca foi a passagem, há mais de 20 anos, da madeira cortada no prédio de um dos apelantes, tirada por recurso a um tractor, mas mesmo para esse acto *foi pedido* – designadamente ao apelante – *o acesso*.

Sendo isto exacto, então, os recorrentes têm realmente razão. Ao julgar provados, com base naqueles depoimentos, aqueles factos, a sentença incorreu, realmente, por equívoco na valoração da prova testemunhal, no erro de julgamento que aqueles lhe assacam. Esse erro autoriza que esta Relação, no uso dos seus poderes de controlo sobre a decisão da matéria de facto, modifique essa decisão e julgue não provado aqueles pontos de facto.

E face a esse *non liquet* dos factos relativos ao exercício, pelos apelados, de poderes de facto sobre o caminho, é irremissível a improcedência do seu pedido de declaração da constituição de uma servidão de passagem por usucapião (art^{os} 342 n^o 1 e 346, 2^a parte, do Código Civil e 414 do nCPC). Mas não do pedido subsidiário – de constituição da servidão legal de passagem,

fundada no encrave dos prédios de cujo direito real de propriedade são titulares.

3.5. Concretização.

Como se notou já, a servidão legal de passagem, deriva da faculdade que os titulares de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la, têm de exigir a sua constituição sobre os prédios rústicos vizinhos (artº 1550 nº 1 do Código Civil). E no caso está definitivamente adquirido para o processo que os diversos prédios dos vários apelantes não têm, materialmente, comunicação com a via pública, e, portanto, estão absolutamente encravados: da harmonia com os factos apurados, *os prédios dos AA. não possuem qualquer outro acesso à via pública*, que não o caminho em torno do qual gravita o litígio. Dada a composição do prédio dos apelados, a ausência dessa passagem impossibilita, evidentemente, o seu aproveitamento económico normal.

É verdade que quanto à determinação do lugar para o exercício da servidão, a lei manda, compreensivelmente, escolher o menos prejudicial ou menos inconveniente para os prédios sujeitos (artº 1553 do Código Civil). Mas no caso, o único acesso dos prédios dos apelados à via pública é o apontado caminho, dizendo ainda eloquentemente a matéria a facto - que neste particular também não foi objecto de controversão no recurso - que *nem há outra forma de estabelecer, com menos incómodo ou dispêndio, este acesso pelo menos de tractor ou outro veículo motorizado, senão pela servidão/caminho referido*. O lugar do exercício da servidão só pode, pois, ser tal caminho.

Também é verdade que pela constituição da servidão - legal - de passagem é devida aos proprietários dos prédios dos prédios vizinhos uma indemnização correspondente ao prejuízo sofrido, indemnização - por facto lícito - para cujo cálculo valem as regras gerais, pelo que o dano indemnizável compreenderá tanto o dano emergente como os lucros cessantes do proprietário do prédio onerado (artºs 562 e ss. e 1554 do Código Civil). A lei reconhece aos proprietários do prédio gravado com aquela servidão legal o direito de indemnização - mas não lhes impõe, evidentemente, o seu exercício, nem faz depender a declaração de constituição da servidão do seu pagamento prévio ou sequer contemporâneo.

Os apelantes não pediram, por reconvenção - ainda que meramente eventual, i.e., para a hipótese de procedência do pedido subsidiário de constituição da servidão coactiva de passagem - uma tal indemnização. Mas essa omissão -

dado o carácter facultativo da reconvenção - não precluye o seu direito a essa indemnização, que poderão fazer valer judicialmente, nos termos gerais.

Feitas todas as contas, a conclusão a tirar é a da revogação da sentença impugnada quando declara a existência da servidão de passagem constituída por usucapião - e a procedência do pedido subsidiário dos apelados de constituição de uma servidão legal de passagem.

Síntese recapitulativa:

a) Servidão legal é aquela que pode ser coactivamente imposta - mesmo que o não tenha sido;

b) A usucapião não origina servidões legais, não lhes sendo, por isso, aplicável o regime próprio das servidões dessa espécie;

d) O conteúdo da servidão constituída por usucapião é delimitado pela posse que conduziu a essa constituição;

e) São admissíveis quaisquer modificações da servidão desde que resultem de título idêntico àquele por que a servidão se pode constituir;

f) O ónus da prova dos factos integrantes da posse boa para usucapião vincula a parte que alega o direito real correspondente;

g) Os titulares de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la, têm o direito - potestativo - de exigir a constituição, sobre os prédios rústicos vizinhos, de uma servidão legal de passagem;

h) Pela constituição da servidão - legal - de passagem é devida aos proprietários dos prédios dos prédios vizinhos demandados uma indemnização correspondente ao prejuízo sofrido, que, caso não tenha sido pedida, em reconvenção, ainda que meramente eventual, pode ser feita valer, judicialmente, nos termos gerais.

Os recorrentes sucumbem no recurso. Deverão, por isso, satisfazer as custas dele (artº 527 nºs 1 e 2 do nCPC).

4. Decisão.

Pelos fundamentos expostos, revoga-se a sentença impugnada, mas julgando procedente o pedido subsidiário deduzido pelos apelados na instância recorrida, declara-se constituída, sobre os prédios dos demandados na acção,

uma servidão legal de passagem, com uma extensão de, aproximadamente, 86 metros de comprimento e um leito de, no mínimo, 2,50 metros de largura, com a orientação e a configuração indicadas nos pontos de facto nºs 11º a 13º.

Custas pelos
apelantes.

15.03.03

Henrique Antunes (Relator)

Isabel Silva

Alexandre Reis

[1] António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Reprint, Lex, 1979, págs. 591 e 592 e Manuel J. G. Salvador, *Elementos da Reivindicação*, Lisboa, 1958, pág. 21. Note-se, porém, que se trata de cumulação meramente aparente de pedidos. A acção de reivindicação é uma acção de condenação. Como, porém, toda a condenação pressupõe uma apreciação prévia de natureza declarativa, quando se pede o reconhecimento do direito de propriedade e a condenação da entrega, não se formulam pedidos distintos: a declaração do direito é um simples meio de atingir a entrega da coisa. Cfr. Alberto dos Reis, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 3º, Coimbra Editora, 1946, págs. 147 e 148 e José de Oliveira Ascensão, *Acção de Reivindicação*, in *Estudos em Memória do Prof. Doutor, João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, págs. 15 a 42.

[2] Acs. do STJ 11.12.93, CJ, STJ, I, pág. 191.

[3] Mota Pinto, RDES, Ano 21, pág. 128.

[4] António Menezes Cordeiro, “Servidões legais e direitos de preferência”, *Parecer*, CJ, XVII, I, pág. 64.

[5] Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 2ª edição, 1997, pág. 428.

[6] Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Reais*, Coimbra Editora, 1983, pág. 119.

[7] António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Reprint, Lex, Lisboa, 1993, pág.

[8] António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., págs. 386 a 392. Para um entendimento subjectivista da posse, cfr. Henrique Mesquita, *Direitos Reais*,

Coimbra, 1977, pág. 68, P. de Lima e A. Varela, Código Civil Anotado, vol. III, Coimbra Editora, 1987, págs. 5 e 9, Mota Pinto, Direitos Reais, Coimbra, 1986, pág. 189; Defendendo uma concepção objectivista da posse, Oliveira Ascensão, num segundo momento, cit., pág. 92, Carvalho Fernandes, Direitos Reais, Quid Iuris, Lisboa, 1997 pág. 266 e Menezes Leitão, O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil, CDF, CEF, Lisboa, 1996, pág. 692, nota (6). Menezes Cordeiro, na obra citada, começou por defender uma orientação objectivista, concluindo, posteriormente, pela natureza mista do sistema português: A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 2ª ed., Almedina Coimbra, 1999, págs. 63 a 65. A jurisprudência pronuncia-se, esmagadoramente, pela consagração, no Código Civil, da doutrina subjectivista. O Ac. da RL de 18.7.97, CJ XXII, IV, 270, acolheu, contudo, a orientação objectivista. Na prática, a diferença entre e outra orientação, não é tão marcada com se suporia á primeira vista, dado que as concepções subjectivistas apresentam, não raro, o *animus* como uma mera decorrência do corpus: cfr., v.g., Acs. do STJ de 12.02.87, 18.02.93, 26.04.84 e da RE de 23.05.96, BMJ nºs 364, pág. 855, e 424, pág. 678, e CJ, STJ, II, II, pág. 62, e CJ, XXI, III, pág. 268, respectivamente.

[9] Ac. de Uniformização de Jurisprudência do STJ de 14.05.96, DR, II Série, nº 144/96, de 24.06.96.

[10] A ignorância do possuidor de lesar direitos de outrem não é, na verdade, um facto concreto - mas uma conclusão que se extrai de outros factos. Cfr. Ac. do STJ de 04.11.93, CJ, STJ, II, pág. 89.

[11] António Menezes Cordeiro, A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 2ª ed., cit., págs. 95 e 96.

[12] José de Oliveira Ascensão, Direito Civil, Reais, Coimbra Editora, 1983, pág. 101 e 303.

[13] 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.

[14] Ac. STJ de 14.03.06, CJ, STJ, XIV, I, pág. 130, e António Santos Abrantes Geraldés, Recursos em Processo Civil, Novo Regime, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 271.

[15] Michelle Taruffo, La Prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 42 e 43.