

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 719/07.5TBBCL.G1.S1

Relator: HELDER ROQUE
Sessão: 10 Dezembro 2013
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: REVISTA
Decisão: CONCEDIDA A REVISTA AA

DIREITO DE PROPRIEDADE

PRÉDIO ENCRAVADO

PRÉDIO SERVIENTE

SERVIDÃO DE PASSAGEM

ÓNUS DE ALEGAÇÃO

INTERPRETAÇÃO DA LEI

LOTEAMENTO

ABUSO DE DIREITO

Sumário

I - O proprietário de prédio encravado não pode limitar-se a alegar factos demonstrativos do encrave e da confinância do prédio, por onde pode alcançar a via pública, devendo ainda alegar factos que permitam concluir que é, através do mesmo, e pelo modo e local escolhidos, que a passagem causa menor prejuízo e se torna menos gravosa, tomando-se em consideração o uso, efetivamente, dado ao prédio encravado.

II - Não definindo a lei o conceito de «menor prejuízo», o mesmo deverá ser obtido de acordo com uma visão global do instituto, formado por diversos elementos que permitam concluir que o prédio serviente sofre menos diferença, em relação ao estado em que estaria se não fosse constituída a servidão, e como o seu proprietário tem do mesmo uma utilização mais aproximada à natural.

III - E o conceito de «menos prejudicial» deve ser entendido como equivalente ao trajeto mais curto, subordinando-se sempre este critério do trajeto mais curto ao princípio do «menor prejuízo» para o prédio serviente, quer na escolha dos prédios, dentre os que circundam o encravado, quer na fixação neste do ponto de partida do traçado do caminho.

IV - A faculdade que os proprietários de quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos têm de subtrair-se ao encargo de ceder passagem, nos termos do disposto pelo art. 1551.º, n.º 1, do CC, apenas significa que o dono do prédio encravado pode obter a passagem, mas não se está perante um direito potestativo do titular do prédio dominante de requerer a servidão legal de passagem, através de quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos.

V - O proprietário por cujo prédio o trânsito deva ser feito pode opor-se ao traçado em projeto, alegando como factos impeditivos do direito do autor que o caminho, se passar por um prédio vizinho, será menos prejudicial do que pelo seu, posto que menos cómodo e um pouco mais dispendioso para o dono do traçado, ou exigir que, no seu próprio prédio, o traçado seja num sentido mais longo, porque o trajeto mais curto lhe será mais prejudicial, por atravessar culturas.

VI - A simples desanexação de um determinado prédio de uma só parcela de terreno destinada à construção, não traduz a instituição de uma operação de loteamento urbano, por ser necessário, para o efeito, a implementação de, pelo menos, dois ou mais lotes ou parcelas de terreno.

VII - O instituto do abuso de direito é de aplicação subsidiária, desde que não haja solução adequada de Direito estrito que se imponha ao intérprete considerar.

VIII - O art. 1552.º do CC abarca, no conceito de «encrave voluntário», aquele que é determinado por um ato de desleixo, imprevidência ou de arbítrio.

IX - A solução adotada pelo art. 1552.º do CC, foi no sentido de considerar que o proprietário que provoca o encrave do prédio não merece, em princípio, o mesmo tratamento jurídico que o proprietário que, sem culpa, se vê privado do acesso à via pública, com a inerente sanção do pagamento de indemnização agravada.

Texto Integral

ACORDAM OS JUÍZES QUE CONSTITUEM O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA^[1]:

AA e marido, BB, propuseram a presente acção declarativa, com processo comum, sob a forma ordinária, contra CC, todos, suficientemente, identificados nos autos, pedindo que, na sua procedência, a ré seja condenada a reconhecer o direito de propriedade dos autores sobre o prédio, identificado no artigo 1º da petição inicial [1], a reconhecer o direito de passagem, a favor desse prédio, pelo caminho, nos termos descritos nos artigos 13º a 35º da petição inicial [2] e a abster-se de perturbar o exercício da posse correspondente aos referidos direitos de propriedade e passagem [3].

Subsidiariamente, para a hipótese de improcedência dos pedidos, referidos em [1], [2] e [3], pedem a condenação da ré a reconhecer que sobre o seu prédio se encontra constituída, a favor do prédio dos autores, uma servidão de passagem, pelo modo, condições e formas, aludidas nos artigos 61º a 91º da petição inicial [4].

Ainda, subsidiariamente, para a hipótese de improcedência do pedido anterior, pedem a condenação da ré a reconhecer a constituição de uma servidão de passagem no seu prédio, pelo modo, condições e formas, aludidos nos artigos 92º a 107 da petição inicial [5].

Finalmente, pedem, para qualquer uma das hipóteses enunciadas, a condenação da ré a restituir-lhes, definitivamente, a posse do caminho [6], a pagar-lhes uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso no cumprimento da decisão que venha a ser proferida [7] e a abster-se de perturbar a utilização da passagem ou servidão em causa [8].

Alegam, para o efeito e, em resumo, que são donos e legítimos proprietários do prédio rústico, sito no lugar de ..., .., Barcelos, por o terem adquirido, em 6 de Fevereiro de 1995, por escritura pública de doação, sendo certo que, por si e antepossuidores, desde há mais de 20 anos, vêm cultivando o referido prédio, cortando mato e pinheiros, de forma pública, pacífica e de boa fé. O acesso a pé, de carro, de trator, de carro de animais ou de qualquer outro tipo, desde o caminho que liga a EN 103 à Igreja de ... e até ao referido prédio sempre se fez, desde tempos imemoriais, através de um caminho, cujo leito ignoram a quem pertence, com cerca de 5 metros de largura que, no sentido sudeste/noroeste, inicia o seu trilho, no referido caminho que liga a EN 103 à Igreja ... e que, em determinado troço do seu percurso, entra no prédio da ré, certo que, por si e antepossuidores, vêm, desde há mais de 40 anos, utilizando e usufruindo de tal caminho, à vista de toda a gente e sem oposição de quem quer que seja, sucedendo, porém, que a ré ou alguém a seu mando colocou, no mês de Março de 2006, uma cancela fechada a cadeado, junto à embocadura do referido caminho, impedindo-os, com isso, de acederem ao seu prédio.

Para a hipótese de ficar demonstrado que o leito do caminho faz parte do prédio da ré, o certo é que adquiriram, por usucapião, o direito de servidão de passagem sobre esse prédio, a favor do prédio deles, sendo que, não ficando tal aquisição demonstrada, a servidão mostra-se constituída, por destinação de pai de família, pois que a área de terreno que engloba o prédio dos autores, da ré e de outros prédios contíguos para nascente pertenceu, em tempos, ao mesmo dono.

Para a hipótese de não ficar demonstrada a aquisição originária do direito de servidão de passagem, uma vez que o seu prédio é encravado, podem exigir a criação de uma servidão de passagem sobre os terrenos vizinhos, certo que o prédio da ré é o que menos prejuízo sofre com essa constituição.

Na contestação, a ré, que pediu a condenação dos autores como litigantes de má fé, em multa e indemnização de €1000,00, argui a excepção peremptória decorrente do facto de o acesso ao prédios dos autores sempre se ter realizado, directamente, para o caminho público que liga o lugar da Igreja à EN 103, caminho esse que se situa, na estrema sul do prédio daqueles, sucedendo que os autores e o proprietário do prédio, sito a poente, procederam, sem qualquer autorização ou licenciamento municipal, ao fraccionamento dos respectivos prédios, já que aquele proprietário do prédio confinante, a poente, cedeu aos autores a metade norte do seu prédio e estes cederam-lhe a metade sul do respectivo prédio, que confrontava com o caminho público, resultando dessa operação que o prédio dos autores ficaria encravado e sem acesso para o caminho público e, por impugnação, nega, parcialmente, os factos alegados na petição inicial.

Na réplica, os autores concluem como na petição inicial, pedindo a condenação da ré como litigante de má fé, em multa e indemnização.

Na tréplica, a ré, conclui, igualmente, como na contestação.

A sentença julgou a acção, parcialmente, procedente, por procedência do pedido subsidiário e, em consequência, declarou que os autores são proprietários do prédio rústico, sito no lugar de ..., freguesia ..., concelho de Barcelos, descrito na Conservatória do Registo Predial desse concelho, sob o número ..., e inscrito na respectiva matriz predial, sob o artigo ..., a confrontar, a nascente, com o prédio rústico da ré, sito no lugar de ..., freguesia ..., concelho de Barcelos, e inscrito na respectiva matriz predial, sob o artigo 38, condenando a ré a reconhecer esse direito de propriedade dos autores [A] e declarou a constituição de uma servidão legal de passagem sobre o prédio rústico da ré, sito no lugar ..., freguesia ..., concelho de Barcelos, inscrito na respectiva matriz predial, sob o artigo 38, a favor do prédio rústico dos autores, anteriormente, referido, passagem essa, a pé, de tractor, de carro de animais ou de qualquer outro tipo, a exercitar pela faixa de terreno

descrita nas alíneas j) a n) dos factos provados [B], absolvendo a ré do demais peticionado pelos autores [C].

Desta sentença, os autores e a ré interpuseram recurso, tendo o Tribunal da Relação negado provimento ao recurso dos autores e concedido provimento ao recurso da ré, que absolveu dos pedidos.

Do acórdão da Relação de Guimarães, apenas os autores interpuseram agora recurso de revista, terminando as alegações com as seguintes conclusões, que se transcrevem, na totalidade, na parte ainda útil:

1ª - O acórdão recorrido não se pronuncia sobre os pontos de facto impugnados pelos Recorrentes, contrariamente ao que sucede com a matéria impugnada pelos RR.

2ª - Nos termos do artigo 660º, n.º 2 do Código de Processo Civil, aplicável por força do disposto no artigo 713º, n.º 2 do mesmo diploma, o Tribunal a quo deveria resolver todas as questões que os Recorrentes tivessem submetido à sua apreciação.

3ª - O duto acórdão do Tribunal a quo é nulo, nos termos do artigo 668º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Civil, aplicável por remissão do artigo 716º, n.º 1 do mesmo diploma.

4ª - A eventual existência de outro prédio por onde a comunicação com a via pública gere menos prejuízos constitui um facto impeditivo do direito alegado pelos AA., pelo que o ónus de alegação e prova compete à parte contra quem a invocação é feita, ou seja, à R., nos termos do artigo 342º, n.º 2 do Código Civil.

5ª - Aliás, caso assim não se entendesse, a prova afigurar-se-ia excessivamente onerosa para os AA.

6ª - O conceito de menor prejuízo na constituição de uma servidão de passagem é composto por vários elementos dos quais resulte que o prédio onerado sofre menos diferença em relação ao estado em que estaria se não fosse constituída a servidão e ao mais próximo do natural.

7ª - No que respeita ao outro prédio onde poderia ser constituída uma servidão de passagem, situado a Sul, está assente que foi aí edificada uma habitação.

8ª - É indubitável que uma servidão constituída num prédio onde existe uma habitação é mais onerosa para o prévio serviente do que uma servidão constituída num prédio rústico de natureza exclusivamente agrícola ou florestal.

9ª - Atentas as características e a configuração da faixa de terreno em causa, incluída no prédio da R., verifica-se que este mesmo prédio não sofre

diferença significativa em relação ao estado em que estaria se não fosse constituída a servidão.

10ª - Tal faixa de terreno, para além de atravessar um prédio de natureza rústica, situa-se numa extremidade desse mesmo prédio, o que reforça o diminuto

prejuízo que a mesma pode representar.

11ª - Como está provado, o trilho para o exercício da servidão através do prédio da R. já existe, contrariamente ao que sucede nos demais prédios.

12ª - O percurso mais curto significa para o prédio da R., em comparação com os demais prédios confinantes, uma menor área de terreno atingida pela servidão e, por via disso, necessariamente, um menor prejuízo.

13ª - A menor área de terreno atingida pela passagem, as características e

configuração da passagem e a inexistência de habitação no prédio serviente permitem concluir que a servidão legal a constituir no prédio da R. é a menos onerosa.

14ª - O prédio da R. mantém intacta a sua natureza e as suas características e não vê afectadas as suas potencialidades com a constituição da servidão.

15ª - A decisão do Tribunal a quo violou o disposto nos artigos 342º e 1553º do Código Civil.

16ª - Caso o Tribunal a quo considerasse, de facto, não ter sido produzida prova suficiente, deveria o mesmo usar dos poderes conferidos pelo artigo 712º, n.º 4 do Código de Processo Civil, ordenando a repetição do julgamento de modo a se apurar qual o prédio que sofre menos prejuízo com a constituição da servidão.

Nas suas contra-alegações, a ré conclui no sentido de que não merecem qualquer provimento as conclusões do recurso, que deverão ser julgadas improcedentes, mantendo-se, conseqüentemente, a douta decisão recorrida. O Tribunal da Relação entendeu que se devem considerar demonstrados os seguintes factos, que este Supremo Tribunal de Justiça aceita, nos termos das disposições combinadas dos artigos 722º, nº 2 e 729º, nº 2, do Código de Processo Civil (CPC), mas reproduz:

1. A aquisição, por partilha da herança, do direito de propriedade sobre o prédio rústico, denominado ..., sito no lugar de ..., ..., Barcelos, composto de mato, com a área de 1800 m², a confrontar do norte com DD, do sul com caminho, do nascente com EE e do poente com FF, inscrito na respectiva matriz predial, sob o art. 37, encontra-se inscrita, desde 21.01.01, na Conservatória do Registo Predial de Barcelos, a favor de GG - A).
2. Por escritura pública de 6 de fevereiro de 1995, a referida EE e marido declararam doar à autora, que, por sua vez, declarou aceitar tal doação, o prédio, referido em A), com as características dele constantes - B).
3. Esta escritura foi objecto de escritura de rectificação, lavrada no dia 31 de outubro de 2002, no sentido de ficar a constar que o prédio doado tinha a área de 2.329 m² - C).
4. A ré, por si, antepossuidores e anteproprietários, há mais de 30 anos, sempre fizeram obras e melhoramentos no prédio rústico, sito no lugar ..., ..., Barcelos, inscrito na respectiva matriz predial sob o art. ..., cultivando-o, usufruindo frutos e rendimentos, zelando por ele, pagando as contribuições devidas, ininterruptamente, à vista de toda a gente, sem oposição de quem quer que seja, agindo como seus donos e na convicção de terem essa qualidade e de não lesarem direito alheio - D).
5. O prédio, referido em A), confronta a nascente com o prédio, referido em D) - E).
6. O prédio, referido em A), que confrontava a poente com prédio de FF, por virtude de uma troca de terrenos com o prédio deste último, ocorrida em data não, concretamente, apurada, mas posterior a 1990, passou a confrontar a poente com o prédio de HH - 2º.
7. Antes da troca de terrenos, referida em 2º, o prédio, referido em A), confrontava a poente com o prédio de FF, em toda a sua extensão - 42º.
8. O prédio, referido em A), antes da troca de terrenos referida em 2º, tinha cerca de 9 metros de largura e confrontava a sul com caminho público - 43º.
9. Desde há mais de 20 anos, os autores, por si e antepossuidores, utilizam o prédio, referido em A), com as características, referidas em 2º, usufruindo e colhendo os frutos e rendimentos, cortando mato e pinheiros, zelando pela sua conservação e manutenção - 3º e 4º.
10. Existe uma parcela de terreno que, no sentido sudeste/noroeste, inicia o seu trilho no caminho público que liga a Igreja ... à EN103 - 6º.
11. A faixa de terreno, referida em 10º, descreve uma curva para a direita, entrando, alguns metros depois, no prédio referido em D), continuando no sentido sul/norte, flectindo, depois, para nascente, em linha recta, abandonando o prédio referido em D) e passando o seu trilho a percorrer um outro prédio - 7º, 8º, 9º, 10º, 11º e 12º.

12. A faixa de terreno, referida em 10º e 11º, apresenta um trilho de passagem com uma largura não, concretamente, apurada, mas não inferior a 2 metros, calcado, pisado e delimitado a nascente com muros - 13º e 14º.
13. A faixa de terreno, referida em 10º e 11º, tem no início do seu trilho, no sentido sudeste/noroeste, uma inclinação ascendente - 15º.
14. A parcela de terreno, referida em 10º, 11º, 12º e 13º, inclui-se no prédio referido em D) - 30º.
15. Durante o mês de março de 2006, a ré, ou alguém a seu mando, colocou uma cancela fechada a cadeado - E).
16. A cancela, referida em 15º, foi colocada, junto à embocadura da parcela de terreno com o caminho público, que liga a Igreja ... à EN 103 - 22º.
17. O prédio, referido em A), que confrontava a sul com o caminho público que liga o lugar da Igreja à E.N. 103, por virtude da troca de terrenos referida em f), deixou de confrontar com o referido caminho público - 28º.
18. Após a troca de terrenos, referida em 6º, o prédio, referido em A), ficou sem qualquer possibilidade de aceder ao caminho público que liga o lugar da Igreja à E.N. 303 - 24º.
19. Após a troca de terrenos, referida em 8º, 17º e 18º), a passagem para o prédio, identificado em A), com as características referidas em 6º, através da faixa de terreno referida em 10º, 11º, 12º e 13º, é, de todas as soluções possíveis, a mais curta - 41º.
20. Em data não, concretamente, apurada, mas posterior a 1990, sem autorização ou licenciamento municipal, os proprietários do prédio que, então, confrontava a nascente, em toda a sua extensão, com o prédio referido em A), cederam uma parte a norte do seu prédio, em contrapartida da cedência de uma parte a sul do prédio referido em A), parte essa localizada junto ao caminho público que liga o lugar da Igreja à E.N. 103 - 46º e 47º.
21. Em consequência do referido em 20º, o prédio, referido em A), deixou de confrontar a sul com o caminho público que liga o lugar da Igreja à E.N. 103, passando aquele outro prédio a confrontar, em toda a sua extensão sul, com o referido caminho público - 48º.

*

Tudo visto e analisado, ponderadas as provas existentes, atento o Direito aplicável, cumpre, finalmente, decidir.

As questões a decidir, na presente revista, em função das quais se fixa o objecto do recurso, considerando que o «*thema decidendum*» do mesmo é estabelecido pelas conclusões das respectivas alegações, sem prejuízo daquelas cujo conhecimento officioso se imponha, com base no preceituado pelas disposições conjugadas dos artigos 660º, nº 2, 661º, 664º, 684º, nº 3, 690º e 726º, todos do CPC, são as seguintes:

I - A questão da nulidade, por falta de pronúncia, sobre os pontos de fato impugnados pelos autores.

II - A questão da suficiência dos fatos integrantes da constituição de servidão legal em benefício de prédio encravado.

III - Eventualmente, ainda, a questão da ilicitude do fracionamento e da nulidade do loteamento.

IV - E, também, eventualmente, a questão do abuso de direito.

I. DA NULIDADE DO ACÓRDÃO

Invocam os autores que o acórdão recorrido padece de nulidade, por omissão de pronúncia sobre a sua impugnação quanto ao sentido das respostas dadas aos pontos 5º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º e 21º da base instrutória, em violação do disposto pelos artigos 668º, nº 1, d), 660º, nº 2 e 716º, nº 1, todos do CPC.

Apreciando o acórdão impugnado, constata-se que o mesmo conheceu sobre a impugnação da matéria de facto, relativamente aos pontos 5º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º e 21º da base instrutória, tal como tinha sido solicitado pelos autores, razão pela qual inexistente o vício da nulidade, por omissão de pronúncia, sobre essa concreta questão a decidir que, efetivamente, o foi.

II. DA SUFICIÊNCIA DOS FACTOS INTEGRANTES DA SERVIDÃO DE PASSAGEM EM BENEFÍCIO DE PRÉDIO ENCRAVADO

II. 1. Alegam os autores que a menor área de terreno atingida pela passagem, as características e configuração desta e a inexistência de habitação no prédio serviente permitem concluir que a servidão legal a constituir pelo prédio da ré é a menos onerosa.

Porém, o acórdão recorrido revogou a sentença proferida, em sede de 1ª instância, que havia declarado a constituição de uma servidão legal de passagem sobre o prédio rústico da ré, a favor do prédio rústico dos autores, a exercitar pela faixa de terreno descrita nos números 10º, 11º, 12º e 13º, dos factos provados, considerando, enfaticamente, que *“Com interesse para a apreciação da questão, provou-se apenas que, após a mencionada troca de terrenos, a passagem para o prédio identificado dos Autores, com as características referidas em f), através da faixa de terreno referida em j), l), m) e n) é, de todas as soluções possíveis, a mais curta e nada mais, o que está muito longe de permitir a conclusão de que é através do prédio da Ré que a passagem provoca o menor prejuízo.*

Deste modo, o que se terá forçosamente de se concluir é que os Autores não lograram provar os factos necessários para se declarar a constituição de uma servidão legal de passagem a favor do prédio deles sobre o prédio da Ré, uma vez que a factualidade apurada não permite concluir que era através deste prédio e não do outro que a constituição da servidão de passagem provocaria o menor prejuízo, desta forma procedendo o recurso da Ré, deste modo ficando também prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas”.

Regressando à factualidade que ficou demonstrada, importa reter, no essencial que à questão decidenda interessa, que o prédio rústico, denominado ..., sito no lugar de ..., ..., Barcelos, que o acórdão recorrido, no segmento que já transitou em julgado, declarou ser propriedade dos autores, confronta, a nascente, com o prédio rústico da ré, inscrito na respectiva matriz predial, sob o artigo 38, e, a poente, com prédio de HH.

O referido prédio dos autores, por virtude da troca de terrenos, deixou de confrontar com o caminho público que liga o lugar da Igreja à E.N. 303, ficando sem qualquer possibilidade de aceder ao mesmo, fazendo-se agora o ingresso nesse caminho, através de uma faixa de terreno, que se situa na área do prédio da ré, que, no sentido sudeste/noroeste, inicia o seu trilho no caminho público que liga a Igreja ... à EN103, no sentido sudeste/noroeste, com uma inclinação ascendente, descreve uma curva para a direita, entrando, alguns metros depois, no prédio da ré, continuando no sentido sul/norte, flectindo, depois, para nascente, em linha recta, abandonando o prédio desta e passando o seu trilho a percorrer um outro prédio, com uma largura não, concretamente, apurada mas não inferior a dois metros, calcado, pisado e delimitado, a nascente, com muros.

A isto acresce que a passagem para o prédio dos autores, pelo traçado acabado de descrever, sendo certo que aquele prédio, anteriormente, confrontava com o prédio de FF, em toda a sua extensão, e a sul com caminho público, na sequência da troca de terrenos operada, é, de todas as soluções possíveis, a mais curta.

Finalmente, os prédios rústicos dos autores e da ré são ambos de cultivo, sendo certo que a faixa de terreno por onde se acede ao prédio daqueles se encontra calcada, pisada e delimitada, a nascente, com muros.

II. 2. A servidão legal de passagem, em benefício de prédio encravado, está prevista, no artigo 1550º, nº 1, do Código Civil (CC), para a situação em que “os proprietários de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la sem excessivo incómodo ou dispêndio, têm a faculdade de exigir a constituição de servidões de passagem sobre os prédios rústicos vizinhos”.

Na verdade, o titular de um prédio encravado tem o direito potestativo de exigir a criação de uma servidão de passagem por um prédio rústico vizinho, escolhido de harmonia com os critérios consagrados pelo artigo 1553º, do CC, que define o lugar da constituição da servidão, precisando que “a passagem deve ser concedida através do prédio ou prédios que sofram menor prejuízo, e pelo modo e lugar menos inconvenientes para os prédios onerados”.

Com efeito, são dois os princípios definidos pelo artigo 1553º, do CC, referindo-se o primeiro à determinação do prédio por onde há-de estabelecer-se a comunicação com a via pública, e o segundo ao lugar e ao modo de exercício da servidão, uma vez fixado o prédio onerado[2].

Para tanto, o proprietário do prédio encravado não pode limitar-se a alegar factos demonstrativos do encrave e da confinância com esse prédio por onde pode alcançar a via pública, devendo ainda alegar factos que permitam concluir que é, através do mesmo e pelo modo e local escolhidos, que a passagem causa menor prejuízo e se torna menos gravosa, tomando-se em consideração “o uso efetivamente dado ao prédio encravado”[3].

Ora, os autores, na petição inicial, invocam que “*de facto, como foi aliás anteriormente alegado, o prédio referido no artigo 1º desta peça é encravado*” (93º), “*pois não possui qualquer comunicação directa com a via ou o domínio público*” (94º), “*pelo que os AA. não podem de forma nenhuma aceder ao seu prédio sem atravessar os prédios vizinhos que, por sua vez, tenham comunicação directa com a via pública*” (95º), “*ora, o prédio confrontante com o prédio dos AA. que menos prejuízo sofreria com a constituição da servidão é o prédio da R., supra identificado*” (100º), “*de facto, o prédio da R. situa-se a Nascente e Sul do prédio dos AA., precisamente entre este e a via pública*” (101º), “*logo, a passagem pelo terreno da R. afigura-se, de todas as soluções possíveis, a mais curta*” (102º), “*contrariamente, a ser constituída num dos outros terrenos vizinhos, a servidão de passagem até à via pública seria muito mais longa e sinuosa*” (103º), “*o que acarretaria avultados prejuízos ao prédio onerado*” (104º), “*para além do mais, o prédio dos AA. situa-se numa cota superior à dos prédios confrontantes*” (105º), “*sendo que o prédio da R. é o único, à data, cujo acesso para o prédio dos AA. descreve uma rampa*” (106º) e “*neste sentido, entendem os AA. que detêm a faculdade de exigir que seja constituída uma servidão de passagem no terreno da R supra identificado, pois que é através desse prédio que a passagem causa menos prejuízo e se torna menos inconveniente*” (107º).

Assim sendo, os autores alegaram a factualidade bastante para sustentar o pedido, parte da qual não veio a integrar a base instrutória, não obstante as respostas dadas aos vários pontos desta peça processual, sobre a questão em apreço, terem sido consideradas suficientes para a procedência do pedido, em

sede de 1ª instância.

II. 3. A lei não define o conceito de «menor prejuízo», que deverá ser obtido de acordo com uma visão global do instituto, formado por diversos elementos que permitam concluir que o prédio serviente sofre menos diferença em relação ao estado em que estaria se não fosse constituída a servidão e como o seu proprietário tem do mesmo uma utilização mais aproximada à natural. Dispunha o artigo 2310º, do Código Civil de 1967, que continha o lugar paralelo ao actual artigo 1553º, do Código Civil, que *“a passagem será concedida pelo lado por onde haja de ser menos prejudicial aos donos dos prédios sujeitos”*.

O termo «menos prejudicial» era, então, entendido, como equivalente ao trajeto mais curto, mas subordinando-se sempre este critério do trajeto mais curto ao princípio do «menor prejuízo» para o prédio serviente, “tanto na escolha dos prédios, dentre os que circundam o encravado, como na fixação neste do ponto de partida do traçado do caminho” [4].

Caberá, pois, ao julgador a ponderação dos critérios, físicos e económicos, e dos elementos prevalentes que conduzam à afirmação do princípio do menor prejuízo para o prédio serviente, ou do “lugar menos inconveniente para os prédios sujeitos” [5], no âmbito do equilíbrio de interesses que o legislador pretende prosseguir nesta matéria.

No elenco dos critérios físicos, destaca-se o que resulta de o prédio serviente apresentar com a passagem uma menor diferença relativamente ao seu estado anterior e ainda o de um eventual alargamento da área já subtraída ao domínio do proprietário do mesmo prédio onerado.

No quadro dos critérios económicos, saliente-se a diminuição da utilidade económica do prédio serviente, para além do que resulte, estritamente, da privação da faixa de terreno de passagem, subtraindo a rentabilidade da exploração.

II. 4. Resulta da matéria de facto que ficou demonstrada, neste particular da ponderação dos critérios acabados de mencionar, que o traçado da passagem no acesso ao prédio dos autores que se definiu é o mesmo que já existia, anteriormente, encontrando-se o percurso calcado, pisado e delimitado, a nascente, com muros, não tendo sofrido qualquer alargamento ou prolongamento que implicasse uma subtração de área superior aquela que já acontecia no passado, não representando qualquer diminuição suplementar da utilidade económica que para a ré já advinha do trânsito pelo seu prédio. Assim sendo, da conjugação dos critérios e princípios acabados de considerar, impõe-se concluir que o traçado que permite ao prédio dominante realizar o acesso ao caminho público, através de uma faixa de terreno, que se situa na área do prédio da ré, que, no sentido sudeste/noroeste, inicia o seu trilho no

caminho público que liga a Igreja ... à EN103, no sentido sudeste/noroeste, com uma inclinação ascendente, descreve uma curva para a direita, entrando, alguns metros depois, no prédio da ré, continuando no sentido sul/norte, flectindo, em seguida, para nascente, em linha recta, abandonando o prédio desta e passando o seu trilho a percorrer um outro prédio, com uma largura não, concretamente, apurada, mas não inferior a dois metros, calcado, pisado e delimitado, a nascente, com muros, está constituído pelo lugar e modo menos inconvenientes para os prédios onerados, incluindo o prédio rústico da ré.

Considerando que o prédio rústico dos autores não confina com a via pública, não dispendo de condições de acesso à mesma, mas confronta, a nascente, com o prédio rústico da ré, é por este prédio que se faz agora a ligação a esse caminho, através de uma faixa de terreno delimitada, com uma largura não, concretamente, apurada, mas não inferior a dois metros, calcada, pisada e delimitada, a nascente, com muros, sendo este o traçado que, entre todas as soluções possíveis, é o mais curto.

Finalmente, os prédios rústicos dos autores e da ré são ambos de cultivo, sendo certo que a faixa de terreno por onde se acede ao prédio dos autores se encontra calcada, pisada e delimitada, a nascente, com muros.

Diz-se, no acórdão recorrido, que “... a comunicação do prédio dos Autores pode ser estabelecida através do prédio da Ré mas, pelo menos, também através do prédio do FF, independentemente de se considerar que a parcela trocada tenha mantido ou não a sua natureza rústica, uma vez que nos parece não haver razões sérias que impeçam que uma servidão legal de passagem possa recair, não só sobre prédio rústico, como prevê o artigo 1550º, n.º 1, mas também sobre quintais e logradouros que se integrem em prédios urbanos...”.

Porém, a servidão legal de passagem, apenas, recai sobre prédios rústicos, conforme resulta da parte final do artigo 1550º, nº 1, do CC, ou seja, “os proprietários de prédios que não tenham comunicação com a via pública,..., têm a faculdade de exigir a constituição de servidões de passagem sobre os prédios rústicos vizinhos”, por se entender que a solução oposta colidiria com a intimidade de que deve rodear-se a habitação ou o domicílio ou com as exigências próprias do exercício da atividade instalada no prédio[6].

E a faculdade que os proprietários de quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos têm de subtrair-se ao encargo de ceder passagem, nos termos do disposto pelo artigo 1551º, nº 1, do CC, “é porque, logicamente, [este preceito] prevê que o dono do prédio encravado a possa obter”[7], mas mais não significa de que se não está perante um direito potestativo do titular do prédio dominante de requerer a servidão legal de

passagem, através de “quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos”, mas, tão-só, de uma faculdade, que o proprietário do prédio serviente pode afastar, sendo certo que a servidão legal de passagem, em benefício de prédio encravado, constitui um direito potestativo do titular do mesmo.

De todo o modo, o proprietário por cujo prédio o trânsito deva ser feito pode opor-se ao traçado em projeto, alegando que o caminho, se passar por um prédio vizinho, será menos prejudicial do que pelo seu, posto que menos cómodo e um pouco mais dispendioso para o dono do traçado, ou exigir que, no seu próprio prédio, o traçado seja num sentido mais longo, porque o trajeto mais curto lhe será mas prejudicial, por atravessar culturas[8].

Porém, trata-se de factos impeditivos do direito dos autores que a ré não demonstrou, como lhe competia, atento o preceituado pelo artigo 342º, nº 2, do CC.

III. DA ILICITUDE DO FRACIONAMENTO E DA NULIDADE DO LOTEAMENTO

III. 1. A ré suscitou, em sede de contra-alegações de revista, como já o havia feito na apelação, mas que, então, não foi objecto de apreciação, por se ter considerado prejudicada pela solução final dada a esse recurso, a questão do carácter ilícito do fracionamento, violador do regime dos loteamentos urbanos, porquanto o encrave do prédio dos autores teve origem numa operação de fracionamento do primitivo prédio daqueles e do prédio que com ele confrontava, a poente, sendo certo que o proprietário deste prédio confinante cedeu aos autores a metade norte do seu prédio e estes cederam-lhe a metade sul do respetivo prédio, que confrontava com o caminho público, sem prévia autorização ou emissão de alvará de licenciamento.

Regressando à fatualidade que ficou demonstrada, há que registar que, em data não, concretamente, apurada, mas posterior a 1990, sem autorização ou licenciamento municipal, os proprietários do prédio que, então, confrontava, a nascente, em toda a sua extensão, com o prédio que, em 6 de fevereiro de 1995, veio a ser doado à autora, cederam uma parte, a norte, do seu prédio, em contrapartida da cedência de uma parte, a sul, do referido prédio, parte essa localizada, junto ao caminho público que liga o lugar da Igreja à E.N. 103. Assim, do antigo prédio rústico, hoje pertencente aos autores, foi desanexada uma parcela, a que se localizava junto ao caminho público, destinada a construção, e que veio a integrar o prédio que, com aquele primeiro, confrontava, em toda a sua extensão, a nascente.

III. 2. Tendo a situação em apreço ocorrido, em data não, concretamente,

apurada, mas posterior a 1990, importa considerar, em termos de Direito, potencialmente, aplicável, o DL nº 400/84, de 31 de dezembro, revogado pelo artigo 71º, do DL nº 448/91, de 29 de novembro, posteriormente, também, revogado, pelo artigo 129º, do DL nº 555/99, de 16 de Dezembro, tendo sido suspensa a sua aplicação, de 21 de Julho a 31 de Dezembro de 2000, pelo artigo 1º, da Lei nº 13/2000, de 20 de julho, suspensão esta, posteriormente, prorrogada, pelo artigo 4º, da Lei nº 30-A/2000, de 20 de dezembro, até 2 de Outubro de 2001, data da entrada em vigor do DL nº 177/2001, de 4 de janeiro, que deu nova redacção ao DL nº 555/99, de 16 de Dezembro, e republicou, de novo, este último diploma, através do respetivo artigo 120º. Com efeito, os DL´s nºs 400/84 e 448/91, já citados, passaram a admitir a figura do «destaque» de uma única parcela de prédio inscrita na matriz, sem o sujeitar a licenciamento administrativo, tendo o artigo 3º, a), deste último diploma legal, definido as operações de loteamento, como sendo “todas as acções que tenham por objecto ou por efeito a divisão em lotes, qualquer que seja a sua dimensão, de um ou vários prédios, desde que, pelo menos, um dos lotes se destine, imediata ou subseqüentemente, a construção urbana”, enquanto que o respetivo artigo 5º, nº 2, a) e b), veio dispensar do regime de licenciamento, nas áreas situadas fora dos aglomerados urbanos e das áreas urbanas, “os actos que tenham por efeito o destaque de uma única parcela de prédio inscrito ou participado na matriz”, desde que “na parcela destacada só seja construído edifício que se destine exclusivamente a fins habitacionais e que não tenha mais de dois fogos e que na parcela restante se observe a área da unidade de cultura fixada pela lei geral para as respetivas regiões”. Com efeito, no caso em análise, a parte, a norte, do prédio cedido pelos antecessores da autora, resultou de uma desanexação do primitivo prédio pertença daqueles, desanexação essa não, juridicamente, qualificável como «operação de loteamento».

Como assim, face à factualidade demonstrada, considerando necessária a implementação de, pelo menos, dois ou mais lotes ou parcelas de terreno para a instituição de um loteamento urbano, não podendo traduzir uma tal realidade a simples desanexação de um determinado prédio de uma só parcela de terreno destinada à construção^[9], o normativo legal aplicável à desanexação de uma única parcela de terreno do primitivo prédio rústico dos autores, não é o imposto pelo regime dos loteamentos urbanos, por não se ter verificado, muito, simplesmente, qualquer operação de loteamento.

Pelo exposto, é inaplicável, ao caso «sub judice», a proibição do fraccionamento de terrenos aptos para a cultura, atendendo à construção efectuada na parcela desanexada e bem assim como ao disposto pelo artigo 1377º, c), do CC, o qual, conseqüentemente, não consubstancia uma operação

de loteamento urbano.

Porém, mesmo admitindo, por comodidade de raciocínio, tratar-se de uma operação de loteamento urbano de gênese ilegal, por se apresentar desprovida do competente alvará de licenciamento municipal, nem, mesmo assim, a respetiva sanção da nulidade corresponderia, por si só, a inviabilizar a constituição de uma servidão legal de passagem, em benefício de prédio encravado, porquanto tal não teria por efeito a reconstituição da situação factual dos prédios objecto de actos de troca e a recomposição do «status quo ante», sempre dependentes de pedido reconvenicional e da presença de outros sujeitos processuais.

IV. DO ABUSO DE DIREITO

IV. 1. Arguiu ainda a ré, nas suas contra-alegações de revista [conclusões 40^a a 43^a] a exceção peremptória do abuso de direito, em virtude de os autores terem fracionado o prédio, ilicitamente, com o incontornável encrave absoluto que originaram, vindo agora procurar obter uma passagem para a via pública, pelo prédio da ré, o que obstaria à procedência da acção e do recurso, e que constitui aliás, mais uma das questões que a apelação deixou em aberto, com base na alegação implícita do disposto pelo artigo 660^o, nº 2, do CPC.

Dispõe o artigo 334^o, do CC, que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Pretende-se impedir com o abuso de direito que a norma seja desvirtuada do seu real sentido e alcance, aplicando-a, mas com autêntica fidelidade ao seu espírito[10].

Impõe-se, por isso, para que haja abuso de direito, que o excesso do titular ultrapasse esses limites, de forma manifesta, com o fim de prejudicar outrem [11], uma clamorosa ofensa do sentimento jurídico, socialmente, dominante [12], sendo certo que o abuso de direito é um limite normativo, interno ou imanente dos direitos subjectivos, razão pela qual no comportamento abusivo são os próprios limites normativo-jurídicos do direito particular invocado que são ultrapassados[13].

É que, na base da tutela conferida pelo instituto do abuso de direito, encontra-se a reacção contra o propósito exclusivo de criar à outra parte uma situação lesiva, através do funcionamento da lei.

Ora, representando o instituto do abuso de direito a fórmula mais geral de concretização do princípio da boa fé, constituindo uma excelente terapêutica para garantir a supremacia do sistema jurídico e da Ciência do Direito sobre os infortúnios do legislador e as habilidades das partes, encontra-se, porém, dotado de aplicação subsidiária, ou seja, desde que não haja solução adequada de Direito estrito que se imponha ao intérprete aplicar[14].

IV. 2. Dispõe o artigo 1552º, do CC, no seu nº 1, que “o proprietário que, sem justo motivo, provocar o encrave absoluto ou relativo do prédio só pode constituir a servidão mediante o pagamento de indenização agravada”, prossequindo o respetivo nº 2, ao estatuir que “a indenização agravada é fixada, de harmonia com a culpa do proprietário, até ao dobro da que normalmente seria devida”.

No domínio do Código Civil de 1867, entendia-se que, para a servidão de passagem poder ser exercida, importava que a encravação do prédio fosse o resultado de ato independente da vontade do seu proprietário, designadamente, partilhas judiciais, divisão de coisa comum, venda de terrenos em lotes, mas não já quando o enclave fosse provocado pelo mesmo, sem justa causa, por vontade do seu dono, como, por exemplo, se dispendo de um atalho pelo qual comunicava com a via pública, nele efetuou uma plantação ou uma construção, que interceitou a passagem, ou quando, dispendo já de servidão de passagem, a deixou extinguir por renúncia ou não uso[15].

Com efeito, o artigo 1552º, do CC, abarca, no conceito de «enclave voluntário», aquele que é determinado por um ato de desleixo, imprevidência ou de arbítrio.

Portem, uma atividade premeditada e, portanto, dolosa, no sentido do auto-encravamento de um prédio, com vista a ulterior exercício do direito potestativo de obtenção de uma servidão predial, em benefício de prédio encravado, independentemente do pagamento desnecessário da indenização, a que se reporta o artigo 1554º, do CC, prescindindo o seu autor da comodidade do acesso direto à via pública, para prosseguir uma recamblesca passagem, através do prédio alheio confinante, seria um exercício maquiavélico de perfídia, apenas própria de linguagem figurativa.

Para além de que se provou que a troca dos prédios ocorreu, em data não, concretamente, apurada, mas posterior a 1990, enquanto que a presente ação deu entrada em juízo, em 15 de fevereiro de 2007, o encravamento do prédio dos autores, nas concretas circunstâncias em que ocorreu, é fundamento bastante para o exercício do correspondente direito de servidão, nos termos do preceituado pelo artigo 1550, nº 1, do CC, sem que tal possa ser

considerado um excesso nos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

De todo o modo, a solução adotada pelo supramencionado artigo 1552º, do CC, foi no sentido de considerar que o proprietário que provoca o encrave do prédio não merece, em princípio, o mesmo tratamento jurídico que o proprietário que, sem culpa, se vê privado do acesso à via pública[16].

Assim sendo, devendo efetuar-se a comunicação do prédio dos autores com a via pública, através do prédio da ré, por ser aquele que sofre menor prejuízo com o encargo, e segundo o traçado já definido, por se tratar do modo e lugar menos inconveniente para o prédio onerado, procedem as conclusões constantes das alegações da revista dos autores.

CONCLUSÕES:

I - O proprietário de prédio encravado não pode limitar-se a alegar factos demonstrativos do encrave e da confinância do prédio, por onde pode alcançar a via pública, devendo ainda alegar factos que permitam concluir que é, através do mesmo e pelo modo e local escolhidos, que a passagem causa menor prejuízo e se torna menos gravosa, tomando-se em consideração o uso, efetivamente, dado ao prédio encravado.

II - Não definindo a lei o conceito de «menor prejuízo», o mesmo deverá ser obtido de acordo com uma visão global do instituto, formado por diversos elementos que permitam concluir que o prédio serviente sofre menos diferença, em relação ao estado em que estaria se não fosse constituída a servidão, e como o seu proprietário tem do mesmo uma utilização mais aproximada à natural.

III - E o conceito de «menos prejudicial» deve ser entendido como equivalente ao trajeto mais curto, subordinando-se sempre este critério do trajeto mais curto ao princípio do «menor prejuízo» para o prédio serviente, quer na escolha dos prédios, dentre os que circundam o encravado, quer na fixação neste do ponto de partida do traçado do caminho.

IV - A faculdade que os proprietários de quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos têm de subtrair-se ao encargo de ceder passagem, nos termos do disposto pelo artigo 1551º, nº 1, do CC, apenas significa que o dono do prédio encravado pode obter a passagem, mas não se está perante um direito potestativo do titular do prédio dominante de requerer a servidão legal de passagem, através de quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos.

V - O proprietário por cujo prédio o trânsito deva ser feito pode opor-se ao traçado em projeto, alegando como factos impeditivos do direito do autor que o caminho, se passar por um prédio vizinho, será menos prejudicial do que

pelo seu, posto que menos cómodo e um pouco mais dispendioso para o dono do traçado, ou exigir que, no seu próprio prédio, o traçado seja num sentido mais longo, porque o trajeto mais curto lhe será mas prejudicial, por atravessar culturas.

VI - A simples desanexação de um determinado prédio de uma só parcela de terreno destinada à construção, não traduz a instituição de uma operação de loteamento urbano, por ser necessário, para o efeito, a implementação de, pelo menos, dois ou mais lotes ou parcelas de terreno.

VII - O instituto do abuso de direito é de aplicação subsidiária, desde que não haja solução adequada de Direito estrito que se imponha ao intérprete considerar.

VIII - O artigo 1552º, do CC, abarca, no conceito de «encrave voluntário», aquele que é determinado por um ato de desleixo, imprevidência ou de arbítrio.

IX - A solução adotada pelo artigo 1552º, do CC, foi no sentido de considerar que o proprietário que provoca o encrave do prédio não merece, em princípio, o mesmo tratamento jurídico que o proprietário que, sem culpa, se vê privado do acesso à via pública, com a inerente sanção do pagamento de indemnização agravada.

DECISÃO[17]:

Por tudo quanto exposto ficou, acordam os Juízes que constituem a 1ª secção cível do Supremo Tribunal de Justiça, em conceder a revista dos autores e, em consequência, revogam o acórdão recorrido, ripristinando a douta sentença proferida em sede de 1ª instância.

*

Custas da revista, a cargo da ré.

*

Notifique.

Lisboa, 10 de Dezembro de 2013

Helder Roque (Relator)

Gregório Silva Jesus

Martins de Sousa

[1] Relator: Helder Roque; 1º Adjunto: Conselheiro Gregório Silva Jesus; 2º Adjunto: Conselheiro Martins de Sousa.

[2] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, III, 2ª edição, revista e atualizada, reimpressão, com a colaboração de Henrique Mesquita, 1987, 642.

[3] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, III, 2ª edição, revista e atualizada, reimpressão, com a colaboração de Henrique Mesquita, 1987, 642, citado.

[4] Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, XII, 1938, 26 e 27.

[5] Vaz Serra e Manso Preto, Actas da Comissão Revisora do Anteprojecto sobre Servidões Prediais do Futuro Código Civil Português, BMJ nº 136, 111.

[6] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, III, 2ª edição, revista e atualizada, reimpressão, com a colaboração de Henrique Mesquita, 1987, 638; STJ, de 15-12-1972, BMJ nº 222, 402.

[7] STJ, de 21-9-1993, CJ (STJ), Ano I, T3, 17.

[8] Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, XII, 1938, 27, citado.

[9] STJ, de 15-01-2004, Pº nº 03B3611, www.dgsi.pt

[10] Pessoa Jorge, Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, 1968, nota (166).

[11] Vaz Serra, RLJ, Ano 111º, 102 e 296.

[12] Vaz Serra, Abuso do Direito (Em matéria de responsabilidade civil), BMJ, nº 85, 253.

[13] Castanheira Neves, Questão de Facto e Questão de Direito, 526 e nota (46).

[14] Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, T1, 2ª edição, 2000, 241 e 248.

[15] Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, XII, 1938, 18.

[16] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, III, 2ª edição, revista e atualizada, reimpressão, com a colaboração de Henrique Mesquita, 1987, 641.

[17] Relator: Helder Roque; 1º Adjunto: Conselheiro Gregório Silva Jesus; 2º Adjunto: Conselheiro Martins de Sousa.