

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 3135/12.3TCLRS.L1.S1

Relator: TÁVORA VICTOR

Sessão: 28 Janeiro 2016

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

SERVIDÃO DE PASSAGEM **PRÉDIO ENCRAVADO** **CONSTITUIÇÃO**

PRESSUPOSTOS **DIREITO POTESTATIVO** **DIREITO REAL MENOR**

FACTO CONSTITUTIVO **ÓNUS DE ALEGAÇÃO** **ÓNUS DA PROVA**

PRÉDIO DOMINANTE **PRÉDIO SERVIENTE**

Sumário

I - A servidão legal de passagem tem na sua base um direito potestativo, permitindo ao seu titular a constituição de um direito real independentemente da vontade do dono do prédio serviente.

II - A constituição da servidão pressupõe o encravamento do prédio não se exigindo que a impossibilidade de comunicação com a via pública seja total; abrange, pois, a lei o encravamento absoluto ou relativo.

III - Estando subjacente à constituição de uma servidão legal de passagem o referido em I e não vindo dado como assente a insuficiência do caminho para acesso ao prédio da autora - o que integra os factos constitutivos do seu direito - claudica um dos requisitos que a lei impõe para que a procedência da acção ocorra.

IV - A lei pretende que a constituição de uma servidão legal de passagem só opere em casos de real necessidade do “prédio dominante” e esta tem que ser provada por quem é titular do direito de propriedade do prédio dito encravado.

Texto Integral

1. RELATÓRIO.

Acordam na 7^a secção cível do Supremo Tribunal de Justiça.

AA intentou a presente acção declarativa, sob a forma ordinária, contra **BB** (1.^a ré), **CC** e mulher, **DD** (2.^{os} Réus), **EE** e mulher, **FF** (3.^{os} Réus), formulando os seguintes pedidos:

a) Seja reconhecido que a Autora é legítima proprietária do prédio misto inscrito na matriz sob o artigo 2575, da freguesia de Bucelas, concelho de Loures, descrito na Conservatória do Registo Predial de Loures sob o n.º 934/1989...;

b) Seja reconhecido que o único acesso a esse mesmo prédio da Autora é pelo caminho particular que passa pelas parcelas de terreno propriedade dos Réus;

c) Seja declarado judicialmente o direito da Autora à servidão de passagem enquanto proprietária do prédio, ficando os prédios dos Réus sujeitos à serventia;

d) Sejam os Réus condenados a absterem-se de actos lesivos do direito da Autora de aceder ao seu prédio permitindo que aquela possa transitar e aceder livremente ao seu prédio.

Alegou, em suma a Autora, que é proprietária do prédio identificado na alínea a) do petitório, onde habita desde 2000, e que, por acordo anterior estabelecido com os Réus, e na sequência das exigências do processo camarário que autorizou a construção da moradia existente no seu prédio, o acesso à sua propriedade passou a ser efectuado por um caminho particular (melhorado e custado pelos proprietários dos quatro prédios) localizado no interior das parcelas G1 11/H1 e S18, respectivamente propriedade dos 2.^{os} Réus e 3.^{os} Réus constituindo-se tal caminho como serventia para as parcelas S18 (propriedade do 3.^{os} Réus) e S16 (propriedade da Autora).

Desde 2000 o caminho particular acima referido é usado pelos moradores dos quatro prédios, incluindo a Autora, de modo contínuo, à vista e com o conhecimento de todas as pessoas daquele lugar, sem intenção de prejudicar quem quer que fosse e na convicção de exercer um direito próprio de propriedade.

Porém, desde 13 de Dezembro de 2011, os Réus proibiram-na de utilizar o referido caminho, impedindo de utilizar o único acesso viável que têm à sua habitação, colocando veículos automóveis atravessados na via, bloqueando o código de acesso do portão que dá acesso à sua moradia e à dos Réus, e em 24 de Janeiro seguinte, com o mesmo objectivo, colocaram arame farpado por cima do portão e muros laterais.

Concluiu formulando os pedidos acima referidos, invocando o direito à servidão de passagem peticionada por aplicação do disposto no artigo 1550.º do Código Civil.

Citados os Réus, invocaram a excepção de ilegitimidade da Autora e suscitaram o incidente do valor da causa.

No mais, alegaram os Réus EE e FF que cooperaram com a Autora (e com o então marido da mesma) no sentido de viabilizar a construção da sua moradia junto da Câmara Municipal de Loures, permitindo a utilização do caminho que atravessa a sua propriedade (ora em disputa), mas que a Autora (e o então seu marido) sempre estiveram cientes que o acesso à propriedade da ora Autora se deveria fazer através da serventia que existe a sul do prédio, através de um caminho que passa no prédio S15 e que estabelece a ligação com um caminho público.

Mais alegaram que foi acordado com os Réus que estes também utilizariam o referido caminho, a sul da propriedade da Autora, como contrapartida da utilização que os mesmos permitiam do caminho que atravessa a sua propriedade, ficando, assim, os prédios com dois acessos alternativos.

Porém, a Autora, em meados de 2011, impediu os Réus de acederem ao referido caminho, a sul do prédio da Autora, pelo que estes, em Dezembro de 2011, também deixaram de permitir a passagem da Autora no caminho que passa na sua propriedade.

Por sua vez, os Réus CC e mulher, DD, e a Ré BB, alegam que não colaboraram com a Autora junto da Câmara Municipal, mas apenas permitiram que a Autora acesse à sua propriedade utilizando o caminho particular que atravessa o seu prédio, permitindo a Autora, em contrapartida, que os Réus utilizassem o referido caminho particular, a sul do prédio da Autora.

Concluíram os Réus pela improcedência da acção, porquanto não foi constituída sobre os seus prédios servidão de passagem nos termos do artigo 1547.º do Código Civil, nem a Autora tem o direito de ver constituída por via judicial servidão legal de passagem, ao abrigo do artigo 1550.º do mesmo Código, por o seu prédio não se encontrar encravado.

Realizou-se a audiência preliminar, tendo sido apreciada e julgada improcedente a excepção de ilegitimidade e fixado o valor da causa.

Foi proferido saneador-sentença ao abrigo do que dispõe o artigo 510.º, n.º 1, alínea b), do Código do Processo Civil (CPC), que julgou a acção procedente e decidiu do seguinte modo: "a) Reconheço que a. é proprietária do prédio misto inscrito na matriz sob o artigo 2575, da freguesia de Bucelar, concelho de Loures, descrito na Conservatória do Registo Predial de Loures sob o n.º 934 /1989...; b) Reconheço à A. o direito de passar para o seu prédio utilizando o caminho comum particular asfaltado, que passa pelos prédios dos RR; c) condeno os RR a absterem-se de praticar actos que impeçam a. de exercer esse direito.

Inconformados, recorreram os RR. tendo a 2ª instância julgado procedente a apelação e revogado a decisão recorrida na parte impugnada (alíneas b), c) e d) do petitório) absolvendo os RR. desses pedidos, mantendo-se a sentença quanto à alínea a) do pedido (não impugnada no recurso).

Por seu turno, inconformada, veio a Ré AA recorrer de revista, tendo a mesma pedido que se revogue o acórdão da Relação substituindo-se o mesmo por outro que mantenha a decisão de 1ª instância.

Foram para tanto apresentadas as seguintes,

Conclusões.

1) O prédio da A. é um prédio encravado pois:

a) "Não dispõe de qualquer acesso à rede pública próxima" como declara a informação da CML em 29/05/1995/ a fls. 11 do proc. 24232/VC, razão pela qual foi indeferido o primeiro pedido de viabilidade de construção, em despacho de 28/07/1995;

b) "O referido artigo rústico não possui confrontação com a via pública" como declara a Certidão n.º 331/2011 da CML;

c) "Dado a propriedade ser «encravada» a pretensão só seria deferida depois de garantido o acesso à mesma" como declara a informação da CML intitulada "Atravessamento de propriedades (acesso a propriedade «encravada» I". informação a fls. 172 do proc. de licença de habitação n.º 436811LA/E/N de 08/11/2012;

d) O prédio encontra-se entre duas propriedades privadas, sem qualquer acesso directo a qualquer caminho público, necessitando atravessar uma ou outra das propriedades circundantes, ou seja, necessitando atravessar caminhos privados de outros proprietários para aceder à via pública, como se constata na planta cadastral do terreno inoportavelmente dispendiosas para a.

2) O caminho que os RR. alegam existir a sul trata-se de um caminho que não possui qualquer contrato de autorização de passagem ou qualquer outra forma de autorização formal do seu proprietário para a passagem no troço privado nem para melhoramentos no troço público.

3) É um acesso que foi rejeitado pela Câmara Municipal de Loures, quando apresentado como proposta de acesso à habitação da A., aquando do pedido de emissão da licença de viabilidade de construção da moradia da A. (conforme despacho de 08/01/1996 a fls. 29 do proc. 24232/VC).

4) É um caminho que nunca foi utilizado como acesso à habitação da A. ao longo dos 14 anos que nela habita até à data do presente litígio.

5) Já o caminho a norte foi construído pelos proprietários dos 4 prédios, da A. e dos RR., para que todos tivessem um acesso alternativo às suas propriedades, a sul, como recurso, em caso de ocorrência de alguma necessidade pontual, por incêndio, acidente ou obras, que pontualmente

pudesse impedir a passagem pelo acesso principal às 4 habitações, a norte.

6) O caminho que dá serventia à propriedade da A. é o caminho particular que passa nas propriedades dos RR. BB e CC e estabelece ligação com o caminho público a norte.

7) Este caminho foi o único acesso aprovado pela Câmara Municipal de Loures como acesso à propriedade da A. e com base no qual foi concedida a viabilidade de construção (conforme despacho de 22/09/1997 a fls. 54 do proc. 24232/VC) e o único caminho usado diariamente pela A. como acesso à sua habitação ao longo dos 14 anos que nela habita, até à data do presente litígio.

8) Este caminho é o único que dá acesso à sua habitação, com boas condições de transitabilidade para viatura ligeira e é o único acesso asfaltado pago pela A. e RR.s em iguais partes.

9) Este caminho foi declarado como serventia para o terreno da A. pelo próprio réu EE, no doc. nº 13 da petição inicial (fls. 33 a 43 do proc. 242321VC) redigido pelo próprio e assinado pela sua firma VISA, declarando que "no interior das parcelas a que correspondem os artigos H1 e G11 (RR. BB e CC respectivamente) será construído um caminho de acesso, que servirá os proprietários das parcelas 516 e 518 (A. e EE respectivamente), com autorização expressa dos primeiros. Este caminho particular, por acordo entre os proprietários das parcelas referidas constitui-se como serventia para as duas últimas parcelas"

10) Este caminho foi declarado como serventia para o terreno da A. pela Câmara Municipal de Loures conforme a Certidão nº 331/2011 da qual se transcreve "foi viabilizada a construção de uma moradia unipessoal no prédio 516 mediante melhoria do caminho de acesso e autorização dos proprietários confinantes na utilização de serventia, uma vez que o referido artigo rústico não possuía confrontação com a via pública".

11) Este caminho, aliás, dá serventia à A. mas é também serventia para a) o Réu EE, que o atravessa em todo o seu comprimento até ao portão do seu prédio, para b) a 4ª moradia, situada no prédio H2 da propriedade de GG e também ainda para c) desde 2008 a moradia do prédio G10 da propriedade de HH. Todos estes proprietários atravessam este caminho diariamente, tal como a A., para aceder às suas habitações.

12) Saliente-se, no entanto, que estas travessias não constituem qualquer invasão da privacidade dos proprietários dos prédios uma vez que o caminho

se encontra situado no limite inferior dos terrenos e do lado exterior da vedação que circunda os mesmos. Ou seja: ainda que o terreno por onde o caminho passa pertença inequivocamente à propriedade dos RR., e que tenha implicado a cedência de uma faixa dos seus terrenos, o facto do caminho se encontrar no lado exterior da vedação que circunda os referidos terrenos induz a percepção de se estar a percorrer um caminho exterior aos terrenos.

13) Aliás, exceptuando o que acontece com a habitação do R. CC, de nenhuma das outras actuais 5 moradias é possível avistar o caminho, ou seja a passagem por este caminho não é visível a partir de nenhuma das 5 moradias referidas.

14) Impugna-se a alegação de existência de uma servidão de passagem a sul sobre o prédio 515 e ainda se impugnam os documentos a fls. 175-179 pois veiculam informação que contesto. A legendagem e anotações inscritas nos mapas e plantas são da autoria do réu EE e não correspondem à verdade.

15) Todas as seguintes legendas: "Serventia da propriedade de II e JJ estabelecida com concordância do proprietário do prédio atravessado 515"; "Acesso utilizado à propriedade 4, sem autorização dos proprietários das propriedades 1, 2 e 3"; "Acesso que constitui serventia da propriedade 4, que entronca em caminho público";

16) Acesso que constitui serventia da propriedade 4" e "Caminho público onde entronca serventia da propriedade 4" não têm qualquer correspondendo com a verdade.

17) Impugnam-se ainda os documentos a fls. 183-188 usados como prova da existência de servidão a sul pois em nada provam a existência de servidão a sul. Constatam somente a existência de um caminho a sul, o que não necessita de prova pois a própria A. o descreve nos documentos de fls. 215-220.

18) Também os documentos a fls. 192-196, Plano de Acessos e Segurança contra Incêndios do Vale de Murteinhos, em nada prova a existência de uma servidão a sul. Esses documentos tão somente dão conta da existência de um caminho principal para todos os moradores do Vale de Murteinhos e de um caminho secundário, alternativo, de recurso para todos os moradores.

19) Não só não provam a existência de servidão a sul como reforçam que esse é um acesso secundário e extraordinário para situações de catástrofe no caminho a norte, sendo o caminho a norte o acesso principal para todos.

O Tribunal da Relação adita aos factos dados como provados um outro (nº 15) com uma redacção que carece de rectificação: "15. Existe a sul do prédio da A., um caminho que passa num prédio vizinho, que liga o prédio da A. a um caminho público, e que a A tem vindo a utilizar desde que foi impedida de usar o caminho que passa na propriedade dos RR. (e com grave prejuízo para a A.), com autorização verbal do dono do referido prédio, para aceder à sua propriedade"

20) Efectivamente o que foi acordado, concretizado, custeado e praticado por todos foi:

a) Um caminho principal de acesso diário às 4 casas, asfaltado, que passa pelas propriedades dos RR, assumindo-se como a serventia para a propriedade da A. E do réu EE.

b) Um outro caminho secundário, de terra batida, que passa pela propriedade da A., assumindo-se como alternativa ao caminho principal, para passagem em ocasiões pontuais ou casos de necessidade, como por exemplo para os Bombeiros, o tractor do Réu CC, passeios pedonais e situações de acidentes ou obras no caminho principal.

22) Caminhos públicos esses que também se encontram em diferentes condições de acessibilidade e utilização:

a) O caminho público que dá acesso às serventias a norte das propriedades da A. e dos vários RR., que passa pelo terreno H4, possui autorização de passagem e de realização de melhoramentos mediante declaração escrita do seu proprietário Sr. KK; encontra-se asfaltado; e é usado diariamente para o acesso às 4 casas (1Km de comprimento e 3/5m de largura em asfalto até entroncar com a via pública).

b) O caminho público a sul das propriedades que dá acesso ao caminho privado a sul, que passa na propriedade S15, não possui qualquer autorização escrita do seu proprietário para a passagem no troço privado nem para melhoramentos no troço público; encontra-se em terra batida; e não apresenta condições de transitabilidade para viaturas ligeiras (1Km de comprimento e 2 m de largura em terra batida até entroncar com a via pública).

23) Existe ainda outra diferença significativa entre os dois caminhos privados em discussão: Enquanto o caminho privado principal, que passa pela propriedade dos RR. confina a norte com um caminho público que conduz à via pública, já o outro caminho privado alternativo, que passa pelo terreno da

A., não confina a sul directamente com qualquer caminho público, necessitando atravessar primeiro um outro caminho privado, na propriedade S15, antes de chegar ao caminho público que conduz à via pública.

24) Ao referirem-se a dois acessos alternativos, dito deste modo, pretendem os RR. dar ainda a entender que a. tem o seu acesso principal a sul e um alternativo a norte e que os RR. têm o acesso principal a norte e um alternativo a sul. O que é FALSO.

25) Efectivamente o que foi acordado, concretizado, custeado e praticado por todos foi: ambas as propriedades, da A. e dos RR., têm um único caminho principal, comum para todos os RR. e a A. e um único caminho alternativo, comum para todos os RR. e a A.

26) Veja-se como assim o comprova também o Plano de Acesso e Segurança Contra Incêndios do Vale de Murtinhais, apresentado pelos próprios RR. junto aos autos a fls. 192- 196, onde é apresentado um caminho principal de acesso ao Vale de Murtinhais, asfaltado e com 3,5m de largura, a norte, e um caminho alternativo de acesso ao Vale de Murtinhais, em terra batida e com 2m de largura, a sul.

27) Nunca a A. impediu os RR. de aceder ao caminho a sul atravessando a sua propriedade; efectivamente por a A. possuir um cão que não queria que fosse incomodar os vizinhos e para evitar que este entrasse nas suas propriedades, fechou o portão de passagem do seu terreno para o caminho no interior das parcelas dos RR., de modo a circunscrever a circulação do seu cão ao seu terreno.

28) Contudo esse portão é de abertura manual e não poucas vezes acederam os RR.s desta forma, tal a boa relação que tinham enquanto a A. se encontrava casada com o melhor amigo do R. EE, sem qualquer chave ou código de acesso e os vizinhos sempre tiveram a autorização expressa de entrar e atravessar o terreno para aceder ao caminho a sul.

29) Por outro lado, todos os vizinhos, fornecedores, amigos e filhos dos amigos tinham convívio afável com o cão, assim como abriam livremente o portão e acediam à vontade ao terreno da A.

30) Ainda assim, e para evitar quaisquer constrangimentos com os vizinhos, a A. deu o seu cão, retirando qualquer impedimento à livre circulação pelo seu terreno.

31) Atendendo a que:

a) Houve um acordo entre as partes no sentido da utilização do caminho que atravessa a propriedade dos RR. como serventia de passagem para o prédio da A., acordo esse verbal, mas também escrito em documentos entregues na CML;

b) Há uma declaração escrita por um dos RR. a autorizar a passagem pelos seus terrenos para aceder ao terreno da A.;

c) Há uma declaração escrita pelo proprietário do caminho público que liga o caminho privado à via pública a autorizar a realização de melhoramentos nesse caminho;

d) Houve o reconhecimento pela CML da existência do acesso ao terreno da A. pelos terrenos dos RR. como o acesso viável para a viabilidade de construção;

e) Foi esse o acesso asfaltado em todo o seu comprimento até alcançar a via pública.

f) Foi esse o único acesso utilizado diariamente pela A. ao longo de 14 anos, até ao presente litígio; e a que

g) nenhuma destas condições se verifica no caminho a sul que atravesso o terreno 515; Então:

h) O prédio da A. não possui servidão de passagem a sul; e

i) É o caminho a norte, o acesso que a A. pretende ver constituído servidão de passagem para o seu terreno.

32) Enquanto que a passagem da A. pelo caminho dos RR. em nada os prejudica ou dá lugar a qualquer inconveniente pois:

a) A A. sempre participou nas despesas de construção e manutenção do caminho e do portão de acesso, como comprovam as contas do condomínio;

b) Esse acesso não serve somente a A. sendo também o acesso de mais outros 3 utilizadores (prédios H2, 518 e G10);

c) Ainda que a A. deixasse de utilizar tal acesso, esse caminho continuaria a ser o acesso dos outros 3 utilizadores e nenhum troço do seu percurso deixaria de ser utilizado;

d) A passagem pelo caminho realiza-se de forma discreta e sem visibilidade a partir de qualquer das outras moradias (somente ao alcance da vista do réu CC).

32) Já o impedimento à passagem de A. pelo caminho que atravessa a propriedade dos RR. em muito prejudicou a A.:

a) Em termos psicológicos por ter sido impedida de passagem para a sua própria casa com a colocação de arame farpado e viaturas atravessadas no caminho:

b) Em termos monetários, por ter causado sucessivas avarias ao seu automóvel ao atravessar o caminho a sul sem condições de transitabilidade, chegando a necessitar de recorrer ao aluguer de um automóvel para o efeito;

c) Em termos de estabilidade familiar ao ter sido obrigada a colocar os filhos a dormir em casa de familiares deixando de usar a sua própria casa de morada de família como morada diária, durante esse período de tempo, por ser incomportável o atravessamento diário do caminho a sul:

d) Em termos emocionais ao alterar actualmente toda a organização familiar ao não permitir aos 4 filhos adolescentes a liberdade de entrada e saída de casa com a frequência desejada afim de reduzir ao mínimo o número de travessias do caminho a sul;

e) Quer em termos sociais por se ver impedida de receber amigos e familiares na sua própria casa, nomeadamente nas ocasiões festivas e aniversários dos seus filhos, por ninguém aceitar atravessar o acesso sul para aceder a sua casa.

33) Existe sim um prédio encravado e dois acessos passíveis de se constituírem como servidão legal de passagem para o prédio da A. e perante as diferentes condições de cada um desses caminhos, pretendemos que seja, por decisão judicial, constituída a servidão a norte.

34) Do ponto de vista dos prédios servientes, será o prédio dos RR. que sofrerá menor prejuízo com a passagem da A. pois o acesso já se encontra construído e melhorado, não serve em exclusivo a A. mas também mais outros 3 servientes e é participado pela A. nas suas despesas de manutenção.

35) De acordo com o artigo 1550º do CC., os proprietários de prédios encravados têm a faculdade de exigir a constituição de servidões de passagem

sobre os prédios rústicos vizinhos. A servidão predial é definida, no art.º 1543º do Cód. Civil, como um encargo imposto num prédio (serviente) em benefício exclusivo de outro prédio (prédio dominante), pertencente a dono diferente.

36) Trata-se de um direito real de gozo sobre coisa alheia ou direito real limitado, mediante o qual o dono de um prédio tem a faculdade de usufruir ou aproveitar de vantagens ou utilidades de prédio alheio *ius in re aliena* em benefício do seu, o que envolve correspondente restrição ao gozo efectivo do dono do prédio onerado, na medida em que este fica inibido de praticar actos susceptíveis de prejudicar o exercício da servidão.

37) Caracterizando e diferenciando as modalidades ou tipo de servidões, escreve José de Oliveira Ascensão, Direito Civil - Reais, 5ª edição (reimpressão), pág. 258, que a expressão servidões legais é utilizada «para designar certas categorias de servidão que podem ser coactivamente impostas» / apontando como exemplo «as servidões de trânsito ou passagem previstas nos arts.º 1550º a 1556º» do Cód. Civil. Nestes casos, diz «as servidões são legais porque, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa» (cr+." 1547, n.º 2, do Cód. Civil).

38) Pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no Aresto número 719/07.5TBBCL.G1.S1 datado de 10/12/2013 disponível em [www,dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) neste sentido (nosso o bold):

a) "(...) 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, efectivamente, dado ao prédio encravado."

b) "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"

c) "E o conceito de «menos prejudicial» deve ser entendido como equivalente ao trajecto mais curto, subordinando-se sempre este critério do trajecto 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."

d) "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, 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."

39) Mesmo com as legendas adulteradas pelos R.R.s é de fácil leitura que a passagem que causa menos prejuízo é o caminho a norte, não só pela sua dimensão como pelo material que a A. e R.R.s usaram para o construir. Até porque, continuaria a A. sujeita a que a entrada e saída da sua habitação dependesse da boa vontade do proprietário dos terrenos a sul.

40) Verifica-se, portanto, que não se procurou em momento algum encontrar um equilíbrio entre os prédios dominantes e o serviente; o que seria uma necessidade normal e o menor prejuízo para o ora recorrente.

41) Pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa no seu Acórdão número 91110.6TBVLS.L1-7 datado de 22/11/2011 relativamente a este assunto que " ... Para a constituição de uma servidão legal de passagem é necessária a demonstração de que o prédio do beneficiário respectivo está encravado, que do conjunto dos prédios rústicos vizinhos é o onerado aquele que sofre menor prejuízo com a constituição da servidão, que a passagem reclamada é aquela que, pelo modo e lugar, menos inconvenientes apresenta para o prédio onerado ... "

42) Ainda o mesmo Acórdão torna claro que " .. ESTABELECE O ART. 1550º DO c.c. COMO SE CONSTITUEM AS SERVIDÕES LEGAIS DE PASSAGEM: "1. OS PROPRIETÁRIOS DE PRÉDIOS QUE NXO TENHAM COMUNICAÇXO COM A VIA PÚBLICA, NEM CONDIÇÕES QUE PERMITAM ESTABELECE-LA SEM EXCESSIVO INCÓMODO OU DISPÊNDIO, TÊM A FACULDADE DE EXIGIR A CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÕES DE PASSAGEM SOBRE OS PRÉDIOS RÚSTICOS VIZINHOS. 2. DE IGUAL FACULDADE GOZA O PROPRIETÁRIO QUE TENHA COMUNICAÇÃO INSUFICIENTE COM A VIA PÚBLICA, POR TERRENO SEU OU ALHEIO. n

43) Tem de se entender a expressão "servidão legal" como se tratando, na realidade, da atribuição ao proprietário do prédio encravado de um direito

potestativo, para exigir, coactivamente, o estabelecimento da servidão, através do prédio que sofra menor prejuízo e pelo modo e lugar menos inconvenientes para OS prédios onerados (ART. 1553º, CC), se tal passagem não for acordada pelos interessados.

44) Contudo a passagem não só foi acordada pelos interessados como por eles, A e RR. custeada em partes iguais.

45) Desta forma vem a A. requerer que seja judicialmente declarado o seu direito de passar livremente pelo único acesso aprovado pela Câmara Municipal de Loures e por si custeada. Só desta forma poderá a A. proceder ao registo da servidão e assegurar o respeito por este seu direito.

Foi decidido desentranhar as contra-alegações por intempestividade.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

*

2. FUNDAMENTOS.

Com interesse para a decisão da causa, deu a Relação como provados os seguintes,

2.1. Factos.

2.1.1. Pela Ap. 24, de 1999/09/19 mostra-se inscrito a favor da A. e de JJ a aquisição do prédio misto denominado Murtinhais, sito em Bucelas, com a área de 10.000 m², composto por mato e r/c para habitação com área coberta de 284 m² e logradouro com 48 m², confrontando do norte, nascente e sul com LL e do poente com herdeiros de MM, inscrito na matriz sob o art.º 2575 a parte urbana e descrito na 2.ª Conservatória do Registo Predial de Loures sob o n.º 934/19890417 da freguesia de Bucelas (fls. 13-15).

2.1.2. Pela Ap. 3877, de 2010/01/26 mostra-se inscrito a favor da R. BB a aquisição do prédio rústico denominado Condado e Margarida, sito em Bucelas, com a área de 6.880 m², composto de terra baldia, confrontando do Norte com NN, do sul com OO, do nascente com PP e do poente com CC, inscrito na matriz sob os art.º 1 H (parte) e 11 - G1 (parte) e descrito na 2ª Conservatória do Registo predial sob o n.º 4175/2010..., de freguesia de Bucelas (fls. 19- 20).

2.1.3. Pela Ap. 3997, de 2010/01/26 mostra-se inscrito a favor dos RR. CC e DD a aquisição do prédio rústico denominado Condado e Margarida, sito em Bucelas, com a área de 18.240 m², composto de terra baldia, confrontando a norte com NN, sul com OO, nascente com QQ e poente com RR, inscrito na matriz sob os arts.º 5 11-G 1 (parte) e 1 H (parte) e descrito na 2ª Conservatória do Registo Predial de Loures sob o n.º 4177 /2010... da freguesia de Bucelas (fls. 21).

2.1.4. Pela Ap. 13, de 1995/06/28 mostra-se inscrito a favor dos RR. EE e FF a aquisição do prédio misto sito em Murteinhais freguesia de Bucelas, com a área de 12.520 m², sendo 256 m² de área coberta e 12.264 m² de área descoberta, composto de, na parte rústica, terreno de cultura arvense com a área de 12 264 m² e a parte urbana, rés-do-chão para habitação com a área coberta de 256 m², confrontando do norte com SS., sul com o rio, nascente com herdeiros de TT e de UU e filhos e do poente com VV e XX e SS, inscrito na matriz sob os art.º 18 secção S, a parte rústica e 2999, a parte urbana e descrito na 2.ª Conservatória do Registo Predial de Loures, sob o n.º 1127 /19900105 da freguesia de Bucelas (fls. 21-22).

2.1.5. Os RR. EE e FF subscreveram a declaração datada de 18/09 /1995, de que existe cópia a fls. 30, no qual consta o seguinte: "(...) declaram que autorizam o Sr. JJ, proprietário do terreno no que confronta a oeste (...), a utilizar o acesso através da nossa propriedade (...) como acesso principal à sua propriedade. "

2.1.6. A Câmara Municipal de Loures emitiu a Informação nº 158/MP /BZN, de 27.06.97, de que existe cópia a fls. 32-33, relativa ao Proc. 24232/V.C./N, na qual consta o seguinte:

"Assunto: Acesso à consideração superior:

1 - Face aos elementos apresentados de fls. 33 a fls. 43, e após deslocação ao local, no final de Março passado, verificou-se estar o caminho, que tem o

seu início na EN 528 e que dá acesso ao presente lote e aos restantes, já executado, mais ou menos nas condições descritas naqueles elementos.

2 - O caminho está executado em macadame, tem largura suficiente para que se cruzem dois carros em grande parte da sua extensão e inclinação e drenagem suficientes, faltando nessa data apenas dar um jeito junto à linha de água.

3 - O caminho indicado como público na planta a fls. 36 (a verde) julga-se ser particular dado ter, junto à EN 528 uma corrente e uma placa com essa indicação.

4 - Pese embora o exposto no parágrafo anterior, face à declaração constante a fls. 21, a carta a fls. 43 e dado o acesso se encontrar executado em condições aceitáveis, não se vê inconveniente na sua aceitação bem como dos elementos apresentados, considerando-se resolvido o acesso às fracções que pretendem agora construir.

5 - Nos respectivos processos de construção deverá ser apresentada cópia da escritura pública de acordo de passagem entre as partes interessadas”.

2.1.7. A Câmara Municipal de Loures emitiu certidão datada de 20.12.2011, de que existe cópia a fls. 75, na qual consta o seguinte: "(...)Foi viabilizada nos trâmites do processo número 24232/VC, em nome do requerente, a construção de uma moradia unifamiliar a levar a efeito no prédio sito em Murtinhais, a que corresponde o artigo rústico nº 16 da secção S da freguesia de Bucelas, mediante melhoria do caminho de acesso e autorização dos proprietário confinantes na utilização da serventia, uma vez que o referido artigo rústico não possuía confrontações com a via pública.

Neste pressuposto vieram a ser aprovados os projectos, deferida a licença de construção e emitido o respectivo alvará de licença nº 220/99 de 13 de Maio de 1999, nos trâmites do processo nº 28774/ OCP/N. (..)"

2.1.8. Em 20.03.1997, JJ declarou que pretende pagar a sisa, de que existe cópia a fls. 64-65, por devida com referência à construção de servidão pelo preço de 30 000\$00 que vai fazer com EE, casado, residente na R. ..., 24 -1.ºE, Odivelas, de uma parcela de terreno com a área de 120 m2, tendo de comprimento 40 metros e 3 metros de largura, confrontando do norte com QQ e CC, Sul com JJ, nascente com EE e poente com VV e outra. Prédio sujeito a servidão: denominado Mortinhos, inscrito na matriz cadastral da freguesia de

Bucelas sob o art. 18 Secção Prédio que beneficia da servidão: denominado Mortinhos, inscrito na matriz cadastral da freguesia de Bucelas sob o art.º 16 Secção S.

Serviu de base à liquidação o valor declarado.

Livre de hipotecas e quaisquer encargos.

2.1.9. Em 20.03.1997, JJ declarou que pretende pagar a sisa de que existe cópia a fls. 66-67, que for devida com referência a constituição de servidão pelo preço de 50 000\$00 que vai fazer com QQ e com CC, residente na Rua ..., 21, Parede, de uma parcela de terreno com área de 510 m², tendo de comprimento 170 m e 3 m de largura, confrontando do norte com vendedores, sul com EE e GG, nascente com KK e poente com EE; Prédio sujeito a servidão: denominado Condado - Condado e Margarida, inscrito na matriz cadastral da freguesia de Bucelas sob o art. 1 Secção H. e 11 Secção G 1. Prédio que beneficia da servidão: denominado Murтинhais, inscrito na matriz cadastral da freguesia de Bucelas sob o art.º 16 Secção S.

Serviu de base à liquidação o valor declarado. Livre de hipotecas e quaisquer encargos.

2.1.10. Em 20.03.1997, EE declarou que pretende pagar a sisa, de que existe cópia a fls. 68-69 que for devida com referência a constituição de servidão, pelo preço de 50 000\$00, que vai fazer com QQ e com CC, residente na Rua ..., 21 - Parede, de uma parcela de terreno com área de 510 m², tendo de comprimento 170 m e 3 m de largura, confrontando do norte com vendedores, sul com EE e GG, nascente com KK e poente com EE. Prédio sujeito a servidão: denominado Condado - Condado e Margarida, inscrito na matriz cadastral da freguesia de Bucelas sob o art. 1 Secção H. e 11 Secção G 1. Prédio que beneficia da servidão: denominado Murтинhais, inscrito na matriz cadastral da freguesia de Bucelas sob o art.º 18 Secção S.

Serviu de base à liquidação o valor declarado. Livre de hipotecas e quaisquer encargos.

2.1.11. Tendo posteriormente em 13 de Maio de 1999 sido emitida a respectiva licença de construção para o prédio propriedade da A., identificado no art. 1, cfr. certidão sobre as condições de licenciamento da moradia unifamiliar, Murтинhais, Bucelas, processos nº 24232NC/N e 28774/0CP /N.

2.1.12. No seguimento do acordado entre A. e RR. e objecto de parecer favorável pela C. M. Loures, as obras de melhoramento do caminho rural

público e de construção do caminho particular e posterior asfaltamento dentro dos terrenos propriedade dos RR., foram realizadas e custeadas pelos quatro proprietários das parcelas envolvidas, A. e RR.

2.1.13. A passagem da A. pela propriedade dos RR. sempre foi tolerada sem oposição, tendo como contrapartida a passagem dos RR. pela propriedade da A. para aceder ao caminho público existente a sul.

2.1.14. A partir de 13 de Dezembro de 2011 os RR. têm impedido a passagem da A. pelo caminho.

2.1.15. Existe a sul do prédio da Autora um caminho que passa num prédio vizinho que liga o prédio da Autora a um caminho público e que a Autora tem vindo a utilizar com autorização do dono do referido prédio para aceder à sua propriedade. Acrescentado aos factos provados pelo Tribunal da Relação a fls. 336 s).

*

2.2. O Direito.

Nos termos do preceituado nos arts.º 608.º nº 2, 635.º nº 3 e 690.º nº 1 do Código de Processo Civil e sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha, as conclusões da alegação de recurso delimitam os poderes de cognição deste Tribunal. Nesta conformidade e considerando também a natureza jurídica da matéria versada, cumpre focar os seguintes pontos:

- A servidão legal de passagem; conceito e requisitos.

- O caso vertente à luz dos factos provados e considerações expendidas.

*

2.2.1. A servidão legal de passagem; conceito e requisitos.

Pretende a Autora ver reconhecido o direito a que se arroga traduzido na constituição de uma servidão legal de passagem a favor do seu prédio encravado.

A problemática das servidões legais vem tratada nos artigos 1543º ss do Código Civil - Diploma ao qual pertencerão doravante os restantes normativos a citar sem menção de origem. Lê-se no primeiro normativo em análise que “servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia. Configura um direito sobre coisa alheia podendo ter por objecto quaisquer utilidades susceptíveis de serem gozadas pelo prédio dominante - artigo 1544º; daí a sua atipicidade. A servidão é, salvo as excepções previstas na lei, inseparável do prédio a que pertence - artigo 1545º e indivisível, nos termos a que se reporta o artigo 1546º.

Nos termos do artigo 1547º nº 1 “As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião e destinação de pai de família”. Todavia e não se confundindo com as espécies acima referidas, o nº 2 do mesmo normativo legal dita que “as servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.

A questão que nos cabe reapreciar juridicamente prende-se exclusivamente com a constituição de uma servidão legal de passagem em benefício de um prédio alegadamente encravado.

São requisitos essenciais para a constituição da servidão em análise que: 1) O impetrante seja proprietário de prédios rústicos; 2) Estes não tenham comunicação com a via pública nem condições que permitam estabelecê-la sem excessivo incómodo ou dispêndio. Este tipo de servidão tem na sua base um direito potestativo, permitindo ao seu titular a constituição de um direito real independentemente da vontade do dono do prédio serviente. A natureza potestativa da constituição do direito de servidão motiva a conclusão de que o

mesmo só mediatamente se impõe por lei, já que, a mola real do seu surgimento reside, faltando acordo entre as partes, na sentença constitutiva despoletada no fundo pela vontade daquelas[1]. O caso vertente trata da constituição de uma servidão legal de passagem, a que aludem os artigos 1550º ss do Código Civil. Estatui este normativo que “1 - 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 sobre prédios rústicos vizinhos.

2 - De igual faculdade goza o proprietário que tenha insuficiente com a via pública, por terreno seu ou alheio.”

Resulta, pois, dos dizeres legais que a constituição da servidão pressupõe o encravamento do prédio não se exigindo que a impossibilidade de comunicação com a via pública seja total; abrange, pois, a lei o encravamento absoluto ou relativo[2].

Passaremos agora a apreciar o caso vertente sob o ponto de vista jurídico, à luz dos factos provados.

Essa apreciação cingir-se-á exclusivamente ao aspecto jurídico da questão, já que, como é sabido, “O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova - artigo 674º nº 3 do Código de Processo Civil.

*

2.2.2. O caso vertente à luz dos factos provados e considerações expendidas.

Como é sabido, a 1ª instância julgou, por saneador-sentença, a acção procedente por provada e para além de reconhecer a propriedade da Autora sobre o prédio dominante, reconheceu-lhe muito sinteticamente “(...) o direito de passar para o seu prédio utilizando o caminho comum particular asfaltado que passa pelos prédios dos RR.” condenando-os a absterem-se de praticar actos que impeçam a Autora de exercer esse direito.

Os RR. apelaram tendo a Relação, por seu turno, apenas mantido o julgado no que toca à propriedade do prédio dominante, já que revogou o decidido no que concerne à constituição da servidão legal, absolvendo nesta parte os RR. do pedido.

A presente revista emerge do decidido em 2ª instância.

Analisemos os momentos essenciais da tese da Autora.

Principia a Autora por colocar, a bem dizer em causa, a matéria de facto, na medida em que expende por vários artigos da alegação, a sua discordância com aquela, a qual é intocável, de harmonia com o estatuído 674º nº 3 supracitado. Por essa razão não lhe faremos qualquer referência.

Passando ao aspecto jurídico da questão, começaremos por referir que nada impedia que as partes tivessem acordado, por via negocial formalmente válida, na constituição de uma servidão voluntária, nos termos do estatuído artigo 1547º, postulado do princípio da autonomia privada a que se reporta o artigo 405º; todavia tal não se verificou. É que, na verdade, o Código de Notariado vigente à data dos factos estatuiu no seu artigo 80º nº 1 que “celebram-se por escritura pública os actos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis e só em 2008 o citado artigo foi revogado através do DL 116/2008. A observância da forma legal para a constituição de uma servidão voluntária, era, pois, essencial, numa primeira fase, para conseguir o que pretendia nos moldes referidos. Na sua falta não se pode concluir pela constituição da mesma servidão^[3].

Restava, pois, à Autora o recurso à via judicial, que, se devidamente fundamentada e provados os respectivos pressupostos, poderia conduzir ao êxito da sua pretensão. Porém, analisando os factos provados resulta, desde logo, do ponto 2.1.15, que “Existe a sul do prédio da Autora um caminho que passa num prédio vizinho que liga o prédio da Autora a um caminho público e que a Autora tem vindo a utilizar com autorização do dono do referido prédio para aceder à sua propriedade”;

Ora estando subjacente à constituição de uma servidão legal o encravamento do prédio e não vindo dado como assente a insuficiência do caminho em análise para o acesso ao prédio da Autora, o que integra os factos constitutivos do seu direito, claudica um dos requisitos que a lei impõe para

que a procedência da acção ocorra. É que, estando em causa a constituição de uma servidão legal de passagem restringindo o direito de propriedade dos RR., pretende a lei que aquela só opere em casos de real necessidade de “prédio dominante” e esta tem que ser provada por quem é titular do direito de propriedade do prédio dito encravado; a pretensão do legislador é comprovada por vários dispositivos do Código Civil, procurando obstar ou minorar abusos dos impetrantes quanto à constituição deste direito *propter rem*. É o que sucede com os artigos 1551º (possibilidade do afastamento da servidão); 1552º (oneração da constituição da servidão em caso de encrave voluntário); 1553º (lugar da constituição da servidão); e 1555º (direito de preferência na alienação de prédio encravado).

Tem, pois, razão o Tribunal *a quo* quando discordou do decidido pela 1ª instância. Também não compreendemos qual o obstáculo à relevância da existência do dito caminho a sul do prédio da Autora com o argumento de que se trata de um “caminho comum”; na verdade interessa aqui essencialmente que o prédio tenha comunicação idónea com a via pública; e nesta medida dos factos provados nada se infere em sentido contrário, sendo certo, todavia, que o ónus da alegação e prova caberia ao Autor de harmonia com o artigo 342º n.º 1.

Perante estes factos assentes é irrelevante tudo o mais que vem aduzido pela recorrente.

Nesta conformidade sempre a revista teria que ser negada.

*

3. DECISÃO.

Pelo exposto **acorda-se em negar a revista.**

Custas pela recorrente.

Lisboa, 28 de Janeiro de 2016

Távora Victor (Relator)

António da Silva Gonçalves

Fernanda Isabel Pereira

[1] Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela “Código Civil Anotado” III, 2ª Edição págs. 627 e 636 ss.

[2] Cfr. Ac. deste STJ 2-5-2012 (1241/07.5TBFIG.C1.S1) in Bases da DGSJ.

[3] Cfr. neste sentido e quanto à preterição das formalidades exigidas o Ac. deste STJ de 28-02-2012 (P. 349/06.8TBOAZ.P1.S1) in Bases da DGSJ.