jurisprudência.pt

Tribunal da Relação de Coimbra
Processo nº 4173/18.8T8CBR.C1

Relator: CRISTINA NEVES
Sessão: 23 Abril 2024
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: CONFIRMADA

SERVIDÃO VOLUNTÁRIA DE PASSAGEM **DESNECESSIDADE**

CONSTITUIÇÃO **INVALIDADE POR VÍCIO DE FORMA**

INALEGABILIDADE FORMAL **BOA-FÉ** **ABUSO DO DIREITO**

Sumário

I – A lei distingue entre servidões legais (coactivas) e servidões voluntárias. Enquanto as primeiras atribuem ao seu beneficiário o direito potestativo à sua constituição – por contrato, sentença ou decisão administrativa (cfr. artº 1547, nº 2, do C.C.), as segundas resultam de uma decisão livre e concertada das partes contraentes.
II – Só nas servidões legais é exigido como causa que justifique a imposição de um ónus por via legal, o critério da necessidade, por só assim se possibilitar o acesso a um prédio encravado.
III – As servidões voluntárias, porque constituídas ao abrigo do princípio da autonomia privada, prescindem do requisito da necessidade e, por essa razão, conforme resulta do disposto no artº 1569, nº 3 do C.C., não se extinguem por desnecessidade.
IV – É nulo o contrato de constituição de uma servidão voluntária, que não seja celebrado pela forma exigida – escritura pública – conforme resulta das disposições do artº 80, nº 1, do C. do Notariado (na redacção do Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto) e 220 do C.C.
V – No entanto, a declaração e os efeitos desta nulidade devem ser paralisados – inalegabilidade formal – quando da sua declaração resultem gravemente violados os princípios da boa fé que devem nortear a conduta das partes na execução e cumprimento dos acordos que livremente estabeleceram (artsº 334 e 762, nº2, do C.C.) e constitua um clamoroso abuso de direito.

VI – Obstam ao conhecimento e declaração de nulidade do contrato de constituição de servidão de passagem a confiança criada pela subscrição deste acordo e pela não invocação da nulidade durante mais de 14 anos, a justificação e o investimento na confiança, demonstrados pelos actos de execução deste acordo (com a manutenção desta servidão) praticados também por aquele que pretende beneficiar da nulidade, constituindo a pretensão do ora recorrente um verdadeiro venire contra factum proprium.
(Sumário elaborado pela Relatora)

Texto Integral

***

Proc. Nº 4173/18.8T8CBR.C1- Apelação

Tribunal Recorrido: Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra- Juízo Central Cível de Coimbra- J1.

Recorrentes: AA e BB

Recorridos: CC e DD

Juiz Desembargador Relator: Cristina Neves

Juízes Desembargadores Adjuntos: António Fernando Silva

António Domingos Pires Robalo

*

Acordam os Juízes na 3ª Secção do Tribunal da Relação de Coimbra:

RELATÓRIO

CC e DD vieram propor a presente acção sob a forma comum contra os Réus **AA e BB,** pedindo:

“1 - Declarar-se que a autora é a legítima e exclusiva proprietária do prédio que se identifica neste articulado no artigo 1º por título legítimo de aquisição, e sempre por usucapião, e condenados os réus a tal reconhecer;

2 - Declarar-se que na linha divisória entre a casa de habitação do réu e a casa de habitação de EE e marido existe uma serventia constituída por contrato, e por usucapião, com a largura de 2,5 metros e o comprimento de 40 metros, a qual se inicia a norte junto à Estrada Nacional, e se prolonga para sul até ao limite dos prédios, prolongando-se ainda a poente na parte traseira da casa de habitação do réu marido, como forma de acesso à casa de habitação da autora, a qual é utilizada pelos autores, no acesso ao prédio, enquanto prédio dominante, pelo portão existente a poente, seja a pé, seja com bicicletas e viaturas, com resulta do doc. nº 7 , e condenados os réus a tal reconhecer;

3 - Condenar-se os réus a repor a serventia no estado em que se encontrava antes dos actos abusivos referidos nos artigos 42º a 47º deste articulado, retirando o portão eléctrico na entrada da passagem, junto da estrada pública, ou entregando um comando aos autores ; e bem assim, retirando o muro com cerca de 1,80 m de altura defronte do portão de acesso ao prédio dos autores, no local do terminus da servidão de passagem, construído com tijolos de cimento, a ocupar todo o espaço do portão existente, fazendo as obras necessárias para o efeito, e deixando-a permanentemente livre e desonerada no espaço físico do seu prédio, e

4 - Condenar os réus a indemnizar os autores, a título de danos morais, na quantia de cinco mil euros”.

Alegam, para tanto, que são proprietários do prédio composto de casa de habitação de rés do chão e logradouro, sito na Rua ..., lugar de ..., inscrito na matriz predial urbana da freguesia ... sob o artigo nº ...43 e descrito na Conservatória do Registo Predial ... sob o nº ...98/freguesia ... e que o R. marido é o legítimo proprietário do prédio urbano composto de comércio e habitação com utilizações independentes, sito na Rua ..., lugar de ..., inscrito na matriz predial urbana da freguesia ... sob o artigo nº ...56 e anteriormente, sob o art. 229, tendo ambos, AA. e RR., adquirido tais imóveis por escritura púbica de partilhas datada de 10 de Março de 2003.

Mais alegam que nessa mesma data foi outorgado o contrato/auto de constituição de servidão, no qual, os aí contraentes, declararam que na linha divisória dos lotes 228 e o 229, se encontrava constituída, há cerca de 30 anos, uma serventia, com a largura de 2,5 metros e o comprimento de 40

metros, que se inicia junto à Estrada Nacional entre ambas as casas, actualmente do réu e da irmã EE, respectivamente, e se prolonga para sul até ao limite dos mesmos, e prolongando-se ainda a poente na parte traseira da casa de habitação do R. AA, como forma de acesso à casa de habitação da A. CC.

Mais alegam que em 2017, os RR. edificaram um protão eléctrico e um muro que impedem a utilização da serventia de passagem para o prédio dos AA.

*

Os RR. contestaram, por excepção invocando a nulidade deste contrato por violação do princípio da tipicidade da constituição de direito real de servidão legal de passagem, bem como a desnecessidade desta serventia, podendo os AA. aceder por outro caminho ao seu prédio.

Nesta sequência, deduzem reconvenção, na qual peticionam que se profira sentença a:

"1 - Declarar-se que os Réus Reconvintes são proprietários e legítimos possuidores do prédio urbano melhor identificado no artigo 53º da Contestação/Reconvenção e condenar-se os Autores/Reconvindos a reconhecer tal direito de propriedade.

2 - Declarar que os Autores/Reconvindos são os proprietários e legítimos possuidores do prédio urbano melhor identificado no artigo 1º da Petição Inicial.

3 - Declarar que o prédio dos Autores/Reconvindos não é nem nunca foi um prédio encravado.

4 - Declarar-se que o contrato de constituição de servidão – sob o documento nº 8 junto com a PI – é um contrato nulo, por violação do princípio da tipicidade – artigo 1550º do Código Civil e, como tal, não se encontra constituída nenhuma servidão legal de passagem que onere o prédio dos Réus/Reconvintes a favor do prédio dos Autores/Reconvindos pela forma, conteúdo e extensão ali mencionada.

5 - Declarar-se, em alternativa - para o caso de se entender estar constituída uma servidão sobre o prédio dos Réus/Reconvintes – que o prédio dos Autores/Reconvindos não necessita da constituição e manutenção de qualquer servidão

legal por não ser prédio encravado nem necessita da servidão para a satisfação das utilidades normais inerentes à afetação específica do mesmo.

6 - Declarar-se extinta por desnecessidade a servidão constituída pelo contrato vertido sob o documento nº 8 junto com a PI.

7 - Serem os Autores /Reconvindos condenados a reconhecer a extinção dessa servidão e, como tal, de se absterem de utilizarem, seja de que forma for, o acesso que vinham utilizando no prédio dos Réus/Reconvintes.

8 - Serem os Autores/Reconvindos condenados como litigantes de má fé em multa e em indemnização que deve contemplar as custas despendidas pelos ora Réus assim como nos honorários do seu mandatário que não podem ser inferiores a € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros) ao abrigo do disposto no artigo 543º do Código de Processo Civil".

*

Em sede de réplica vieram os AA. impugnar o pedido reconvencional e as excepções invocadas.

*

Na sequência do convite endereçado pelo tribunal aos autores para suprirem a preterição do litisconsórcio necessário passivo existente entre os RR e EE e FF, vieram aqueles requer aí a intervenção principal provocada passiva, admitida nos autos.

*

Após, procedeu-se à realização da audiência prévia, tendo sido proferido despacho saneador com definição do objecto do litigio e enunciação dos temas da prova. Na sequência da desistência dos pedidos reconvencionais deduzidos sob os pontos 1) e 2) da reconvenção, por banda dos RR, foi proferida a sentença onde se decidiu julgar válida a desistência (parcial) de tais pedidos, e consequentemente, declarar extinto o direito que os RR. pretendiam fazer valer contra os AA. através de tais pedidos.

*

Realizada audiência final, foi proferida sentença que julgando a acção parcialmente procedente, decidiu:

"a) Declarar que a Autora CC é a legítima e exclusiva proprietária do prédio que se identifica neste articulado no artigo 1º por título legítimo de aquisição, e sempre por usucapião, e condenar os Réus AA e BB a tal reconhecer;

b)Declarar que na linha divisória entre a casa de habitação dos Réus AA e BB e a casa de habitação de EE e marido existe uma serventia constituída por contrato, com a largura de 2,5 metros e o comprimento de 40 metros, a qual se inicia a norte junto à Estrada Nacional, e se prolonga para sul até ao limite dos prédios, prolongando-se ainda a poente na parte traseira da casa de habitação do réu marido, como forma de acesso à casa de habitação da autora, a qual é utilizada pelos autores, no acesso ao prédio, enquanto prédio dominante, pelo portão existente a poente, seja a pé, seja com bicicletas e viaturas, com resulta do doc. nº 7 , e condenar os Réus AA e BB a tal reconhecer;

c)Condenar os Réus AA e BB a repor a serventia no estado em que se encontrava antes dos actos abusivos aludidos nos pontos 22), 25) e 26) dos Factos Provados , retirando o portão eléctrico na entrada da passagem, junto da estrada pública, ou entregando um comando aos autores ; e bem assim, retirando o muro com cerca de 2,00 m de altura defronte do portão de acesso ao prédio dos autores, no local do terminus da servidão de passagem, construído com tijolos de cimento, a ocupar todo o espaço do portão existente, fazendo as obras necessárias para o efeito, e deixando-a permanentemente livre e desonerada no espaço físico do seu prédio, e

d) Condenar os Réus AA e BB a pagar à Autora CC,, a quantia indemnizatória de €1.500,00, a título de danos não patrimoniais.

*

***II** - Pelo exposto, julgo a reconvenção parcialmente procedente, por parcialmente provada, e consequentemente, decido:*

a)Declarar que o prédio dos Autores/Reconvindos CC e DD melhor identificado nos pontos 1) e 2) dos Factos Provados não é nem nunca foi um prédio encravado.

b)Absolver os Autores/Reconvindos CC e DD dos pedidos reconvencionais deduzidos sob os pontos 4), 5), 6), 7) da reconvenção.

*

***III** - Custas pela acção e pela reconvenção a suportar pelos Autores e Réus na proporção do seu decaimento, que se fixa em 1/10 e 9/10, respectivamente.*

*

***IV** - Pelo exposto, julgo o incidente de litigância de má-fé processual dos autores improcedente, por não provado, e consequentemente, decido:*

a)Absolver os Autores CC e DD do pedido de condenação no pagamento de uma multa e indemnização aos autores.

b)Custas pelo incidente a suportar pelos Réus, cuja tributação se fixa no mínimo legalmente previsto – cf. art. 527º, do CPC e art. 7º, nº4, do RCP.

*

***V** - Pelo exposto, julgo o incidente de litigância de má-fé processual dos réus improcedente, por não provado, e consequentemente, decido:*

a)Absolver os Réus AA e BB do pedido de condenação no pagamento de uma multa e indemnização aos autores.

b)Custas pelo incidente a suportar pelos Autores, cuja tributação se fixa no mínimo legalmente previsto – cf. art. 527º, do CPC e art. 7º, nº4, do RCP. ”

*

Não conformada com esta decisão impetraram os RR. recurso da mesma, formulando afinal, as seguintes conclusões:

(…).

*

Os AA. vieram interpor contra-alegações pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

***

QUESTÕES A DECIDIR

Nos termos do disposto nos artigos 635º, nº4 e 639º, nº1, do Código de Processo Civil, as conclusões delimitam a esfera de atuação do tribunal *ad quem*, exercendo uma função semelhante à do pedido na petição inicial.[1] Esta limitação objetiva da atuação do Tribunal da Relação não ocorre em sede da qualificação jurídica dos factos ou relativamente a questões de conhecimento oficioso, desde que o processo contenha os elementos suficientes a tal conhecimento (cf. artigo 5º, nº3, do Código de Processo Civil). Também não pode este Tribunal conhecer de *questões novas* que não tenham sido anteriormente apreciadas porquanto, por natureza, os recursos destinam-se apenas a reapreciar decisões proferidas.[2]

Efectuada esta delimitação prévia, as questões a decidir que delimitam o objecto deste recurso, consistem em apurar:

a) se se impõe a procedência do pedido reconvencional e a improcedência da acção, por:

- do título apresentado não resultar a constituição de uma servidão de passagem;

- a considerar-se que o título apresentado configura um contrato para constituição de uma servidão, ser nulo:

· ***por violação do princípio da tipicidade, por só ser admissível a constituição de servidões de passagem em relação a prédios encravados;***

· ***por vício de forma;***

-a assim não se entender, que esta é desnecessária e excessivamente onerosa para o prédio dos RR.

*

Corridos que se mostram os vistos aos Srs. Juízes Desembargadores adjuntos, cumpre decidir.

*

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

O tribunal recorrido considerou a seguinte matéria de facto:

"1 – Conforme decorre do teor do doc. de fls. 12 dos autos junto com a petição inicial (certidão do registo predial), a aquisição, por sucessão hereditária e partilha, do prédio urbano composto de casa de habitação de rés – do - chão e logradouro, sito na Rua ..., lugar de ..., inscrito na matriz predial urbana da freguesia ..., sob o artigo nº ...43, que proveio do artigo urbano nº ...94º da freguesia ..., que, por sua vez, proveio do artigo urbano nº ...29º da freguesia ..., e descrito na Conservatória do Registo Predial ... sob o nº ...98/freguesia ... está inscrita no registo predial a favor da autora CC através da Ap. ...4 de 2007/11/21 (arts. 1º e 4º da petição inicial).

2 – A autora, por si e anteproprietários, há mais de 20 anos, desfruta de todas as utilidades proporcionadas pelo prédio descrito em 1), à vista de toda a gente, sem oposição de ninguém, sem lesar direitos alheiros, e na convicção de exercer o correspectivo direito de propriedade (art. 2º da petição inicial).

3 – Conforme decorre do teor do doc. de fls. 73 e ss. (certidão do registo predial), a aquisição, por sucessão hereditária e partilhas do prédio urbano composto de comércio e habitação com utilizações independentes, sito na Rua ..., lugar de ..., inscrito na matriz predial urbana da freguesia ... sob o artigo nº ...56º, que proveio do artigo urbano nº ...44º da freguesia ..., que, por sua vez, proveio do urbano nº ...93º da mesma freguesia, e descrito na Conservatória do Registo Predial ... sob o nº ...12 da freguesia ..., está inscrita no registo predial a favor do réu AA através da Ap. ...4 de 2007/11/21 (arts. 6º e 7º da petição inicial e 53º da contestação).

4 – Conforme decorre do teor do doc. nº5 junto com a petição inicial, por Escritura Pública de Partilha, outorgada, em 10 de Março de 2003, no ...

Cartório Notarial ..., pela autora, o réu marido, a irmã destes, EE (aqui interveniente principal provocada passiva), e o pai deles GG, os mesmos procederam à partilha dos bens da herança aberta por óbito de HH, sua mãe e cônjuge, respectivamente, nomeadamente, constitui-se a favor de GG o usufruto sobre todos os prédios aí relacionados, e foi adjudicado à irmã da autora e do réu a nua propriedade do prédio correspondente ao artigo urbano nº ...28; ao réu AA foi adjudicado a nua propriedade do prédio da casa de habitação correspondente ao artigo urbano nº ...93º da freguesia ..., que deu origem ao artigo urbano nº ...44 urbano da freguesia ..., e que, por sua vez, deu origem ao actual artigo urbano nº ...56 da freguesia ..., e à autora foi adjudicada a nua propriedade do prédio descrito em 1) dos Factos Provados (arts. 8º a 12º da petição inicial e art. 57º da contestação).

5- Conforme decorre do teor do doc. nº5 junto com a petição inicial, aquando da partilha aludida no ponto 4) dos Factos Provados, os artigos 228º e 229º foram aí descritos como lotes de terreno destinados a construção urbana (art. 13º da petição inicial).

6- No lote nº 228, a EE e seu marido FF, haviam, em 1986, construído a sua habitação de raiz, com autorização dos pais da EE (art. 14º da petição inicial).

7 -O espaço físico do prédio deste lote e do lote 229 correspondia a um prédio rústico que os pais haviam adquirido ao Sr. II (art. 15º da petição inicial).

8 - No espaço físico do lote 229, os pais da autora e do réu e a autora procederam, cada um, à edificação de duas habitações geminadas, sendo uma para cada um. (art. 16º da petição inicial).

9- Para o efeito, o pai da autora, com o conhecimento e consentimento da autora, apresentou a 20 de Agosto de 1974, na Câmara Municipal ... o projecto de obras nº 812/74, conforme decorre do teor do doc. nº 6 junto com a petição inicial (art. 17º da petição inicial).

10 – Para o efeito, a irmã de autora e réu, EE, e seu marido FF, apresentaram, a 27 de Dezembro de 1985, na Câmara Municipal ... o projecto de obras nº 1785, e aí edificaram a sua habitação sobre o lote 228, conforme decorre do teor do doc nº 6 junto com a petição inicial (arts. 18º e 19º da petição inicial).

11 - No projecto de licenciamento de obras, na planta de implantação da habitação existe um espaço entre as duas habitações geminadas, e estando consignado nessa planta a habitação da irmã da autora e réu, mencionada em 6) e 10) dos Factos Provados, e sendo aí visível a existência de um espaço a

mediar entre a parede poente da habitação da irmã EE e a parede nascente da casa geminada mais próxima (e que veio a ser adjudicada ao réu), conforme decorre do teor do doc nº 6, junto com a petição inicial (arts. 20º e 21º da petição inicial).

12- A construção das duas casas geminadas foi orientada pelos pais da autora e do réu, mas uma delas, a do lado poente, foi totalmente paga pela autora, com a comparticipação de seu marido, que ia providenciando ao pai da autora e réu os montantes que o mesmo lhes ia pedindo para fazer face às obras. (art. 22º da petição inicial).

13 - Desde o ano de 1979 que os autores passaram a habitar a casa, pagando a energia elétrica, impostos, água, limpeza, e todas as demais despesas (art. 23º da petição inicial).

14 – E os pais da autora e do réu passaram a habitar a casa geminada do lado nascente, a qual veio a ser adjudicada ao réu, tendo no lote inscrito sob o artigo 229 sido averbadas as casas da autora e do réu (art. 24º da petição inicial).

15 – À data de outorga da Escritura Pública de Partilha de 10 de Março de 2003 aludida em 4) dos Factos Provados, existiam, no local, três habitações, e existia um espaço de passagem para o acesso à parte sul das mesmas pelo espaço físico sem qualquer construção (art. 25º da petição inicial).

16 – Por que era necessário acautelar para futuro o respeito da passagem no referido espaço físico em 15) dos Factos Provados, foi pelo pai da autora e do réu, na qualidade de primeiro outorgante, pela autora, representada pelo seu procurador da escritura pública, JJ, na qualidade de segunda outorgante, pelo réu, na qualidade de 3º outorgante, e pela irmã deles EE, representada pelo seu procurador da Escritura Pública, KK, na qualidade de quarta outorgante, outorgaram no mesmo dia da outorga da Partilha um documento particular intitulado de Auto de Constituição de Servidão junto como doc. nº 8, nos termos do qual consignaram ai o seguinte:

"(…)

Por escritura pública outorgada em 10/03/03 no Cartório Notarial ... procedeu-se à partilha dos bens da herança aberta por óbito de HH, tendo restado o primeiro outorgante com usufruto de todos os prédios. No âmbito daquela partilha foi adjudicado à EE o prédio correspondente ao artigo ...28 urbano da

Freguesia ... e ao AA foi adjudicado a casa de habitação correspondente ao artigo nº ...93 urbano da freguesia ....

O artigo urbano ...29 foi atribuído em comum e em partes iguais ao AA e CC.

Os artigos referidos (228 e 229) formam dois lotes de terreno contínuos entre si. Em ambos os lotes estão edificadas casas de habitação. Situam-se no lugar de ..., Freguesia ....

Na linha divisória dos referidos lotes encontra-se constituída desde há cerca de 30 anos uma serventia com a largura de 2,5m e o comprimento de 40 m, a qual se inicia junto à Estrada Nacional entre ambas as casas que actualmente são do AA e EE e se prolonga a Sul até ao limite dos mesmos, prolongando-se ainda a Poente na parte traseira da casa de habitação do AA como forma de acesso à casa de habitação da CC.

Esta serventia poderá ser alterada por acordo, no caso de ser adquirida parcela de terreno que possibilita a sua alteração na parte traseira da casa de habitação do AA.

Todos os contraentes se comprometem a manter o portão existente na entrada, facultando-se a cada um deles, a respectiva chave.

Acordam finalmente em autorizar a utilização do leito da serventia por todos os aqui interessados, suportando em comum todas as despesas de manutenção e conservação da mesma.

Por ser verdade efectuam o presente contrato, encontrando-se a CC e EE representadas pelos seus advogados a quem conferiram procurações para o efeito.

(…)" (arts. 26º a 34º da petição inicial).

17 - Após a outorga do Auto de Constituição de Servidão, a autora contribuiu para as despesas do arranjo do piso da servidão de passagem, com a entrega de, pelo menos, €600,00 ao réu, e tendo a irmã EE entregue outro tanto (art. 35º da petição inicial).

18 - E a autora entregou ao réu uma quantia não apurada, para o arranjo do piso da zona a poente referida no ponto 16), e gastou, ainda, a quantia não apurada para a colocação do portão e a implantação dos pilares. (art. 36º da petição inicial).

19 - As obras aludidas em 18), a saber: colocação do portão e a implantação dos pilares, foram executadas, por um pedreiro contratado pelos autores, sensivelmente no ano de 2011/2012 (art. 37º da petição inicial).

20 - Desde a data da outorga do contrato escrito de constituição de servidão, até ao ano de 2017, os autores e seus familiares directos sempre fizeram o acesso à parte de trás da sua casa de habitação e à parte de quintal e jardim da casa, a pé, e a partir das obras aludidas em 19), sempre fizeram o acesso às traseiras do seu prédio, também, com viaturas, aí estacionando a sua viatura automóvel, e a aí guardando bicicletas e outros bens (arts. 38 a 40º da petição inicial).

21- Por os autores terem sido sempre emigrantes, o quintal na parte traseira da casa, foi transformado em espaço de amplo relvado com árvores, e onde passam a maior parte do tempo de férias com os seus filhos e netos (art. 41º da petição inicial).

22 - No Verão de 2017, quando os autores vieram de férias a Portugal, viram-se impedidos de fazer o acesso à sua habitação e quintal pelo espaço de passagem, porquanto os réus colocaram um portão eléctrico na entrada da passagem, junto da estrada pública, e recusaram-se a dar um comando aos autores. (art. 42º da petição inicial).

23- Quando foi pelos autores indagado da colocação do portão elétrico, com o bloqueio da passagem, e reclamado uma cópia do comando o réu invocou que a entrada era apenas para si e irmã EE e de que a autora tinha de "passar lá por baixo, ou seja pelo fundo do seu prédio (arts. 43º e 44º da petição inicial).

24 - Nessa altura a autora e seus familiares não puderam circular com as viaturas no acesso a essa parte traseira do prédio, e de nada lhes valendo o portão de acesso livre, que delimita ambos os prédios, e visível nas fotos dos docs. nºs 9 e 10 (inferior) juntos com a petição inicial (art. 45º da petição inicial).

25 - No decurso do mês de Novembro de 2017, os réus procederam à colocação de um muro com cerca de 2,00 m de altura defronte do portão de acesso às traseiras do prédio dos autores (art. 46º da petição inicial).

26 - O muro foi construído com tijolos de cimento, ocupa todo o espaço do portão existente, e estando ainda acima do seu limite de altura numa extensão de duas fiadas de tijolos (art. 47º da petição inicial).

27 – Os factos aludidos em 22), 25) e 26) foram praticados pelos réus contra a vontade e sem o consentimento dos autores (ou seja, os réus não obtiveram o acordo dos autores para alterarem a passagem para as traseiras do seu prédio) (arts. 49º e 50º da petição inicial).

28 – Atenta a distância de 53 metros do espaço do quintal arborizado e relvado na parte de trás do seu prédio, a criação duma passagem a sul através de tal espaço originaria a destruição de parte do quintal (arts. 52º e 53º da petição inicial).

29 – Os réus danificaram a sul o muro de divisão das propriedades (art. 55º da petição inicial).

30 - Obrigando os autores a terem de colocar umas chapas para evitar a passagem de cães e estranhos (art. 56º da petição inicial).

31 - Com a conduta aludida em 22), 23), 25) e 26) os réus geraram e geram um ambiente de hostilidade e de desprezo … (art. 57º da petição inicial).

32 - …causando-lhes perturbações e inquietude (art. 58º da petição inicial).

33 - …e obrigando os autores a transportar os bens pelo interior da casa, bem como, os autores ficam manietados quando são obrigados a transportar qualquer objecto de maior peso que trazem consigo… (arts. 63º e 64º da petição inicial).

34 - …e torna o seu período de férias, um tempo de suplício e angústia, com noites mal dormidas e de desespero (arts. 65º e 66º da petição inicial).

35 – O prédio dos autores e o prédio dos réus confronta directamente a Norte com Estrada, com o nome de Rua ..., que liga as localidades de ... e ... ... (arts. 3º e parte do 5º da contestação).

36 - …e confrontaram a Sul, primeiro, com II, e actualmente, confrontam com um caminho, através do qual é possível fazer.- se a circulação com veículos automóveis (arts. 4º e parte do 5º e 8º da contestação).

37 – Do lado norte, o prédio dos autores, o prédio dos Autores tem acesso directo, a partir da via pública, de carro, ao exterior da habitação, e a pé ao interior da habitação… (art. 9º da contestação).

38 - …e do lado Poente, tem acesso directo a pé ao interior do prédio através duma passagem com um metro de largura, que se prolonga até às traseiras da casa dos autores (art. 10º da contestação).

39 – Em vida do pai da autora e do réu, a parte interior da casa dos autores tinha uma comunicação direta com o interior da casa dos réus prédio dos ora Réus (art. 12º da contestação).

40 - A comunicação directa aludida em 39), foi tapada pelos autores, há cerca de 18 anos atrás… (art. 13º da contestação).

41 - … e era uma comodidade que beneficiava tanto os autores para acederem ao prédio, então, do seu pai, e actualmente, dos réus, como vice versa (art. 14º da contestação).

42 - O acesso directo pelo caminho de passagem, através do prédio dos réus, até às traseiras da casa de habitação dos autores passou a ser possível, e passou a ser efectuado pelos autores e seus familiares, após a realização das obras aludidas no ponto 19) dos Factos Provados, a partir, sensivelmente, o ano de 2011/2012, sem oposição dos réus (art. 29º da contestação).

43 - Na altura da outorga do documento intitulado Auto de Constituição de Servidão, o caminho que se encontra a sul dos prédios dos autores e réus, não permitia a circulação automóvel (art. 33º da contestação).

44 - O prédio dos Autores não tem garagem (art. 38º da contestação).

45 - Há cerca de 4 anos que o prédio dos autores a Sul confronta directamente com um caminho alargado e pavimentado, por onde passou a ser possível a circulação automóvel (arts. 8º e 39º da contestação).

46 - O quintal do prédio dos autores tinha e tem algumas árvores de fruto (art. 46º da contestação).

47 – Após a realização das obras aludidas em 18) dos factos provados, os autores relvaram o espaço que existe entre árvores de fruto (parte do art. 47º da contestação)..

48 – Os réus/reconvintes, por si e anteproprietários, há mais de 20 anos, utilizam e fruem do prédio identificado em 3) dos Factos Provados, ocupando-o, praticando nele a sua atividade profissional, vigiando as suas estremas, cuidando do espaço envolvente do seu logradouro, nele pernoitando, recebendo os seus familiares, amigos fornecedores e clientes, de forma

ininterrupta, à vista de todos, sem oposição de ninguém, e na convicção de exercerem o correspectivo direito de propriedade (arts. 54º e 55º da contestação).

49 - O referido prédio urbano é composto por andar ou divisão com utilização independente, sendo (uma) parte destinada a habitação e (uma) outra destinada a comércio e onde o Réu marido exerce diariamente a sua atividade profissional (arts. 58º e 59º da contestação).

50 - O Réu marido dedica-se ao assamento e venda pública de leitões e frangos, e para o efeito, nele edificou fornos para assar leitões, posto de venda, garagens, arrumos entre outras divisões necessárias a essa actividade (arts. 60º e 61º da contestação).

51 - No referido prédio, e no exercício dessa sua actividade profissional, recebe aí clientes e fornecedores (art. 62º da contestação).

52 - Toda a sua estrutura comercial, nela se incluindo, todo o equipamento, viaturas, instalações, ascende a algumas dezenas de milhar de euros (art. 63º da contestação).

53 - Por razões de privacidade e de segurança, o Réu marido mandou colocar um portão automático na entrada Norte do seu prédio (art. 64º da contestação).

54 - Para maior eficácia na entrada e saída de viaturas criou condições na parte Sul do seu prédio que deita diretamente para o caminho público aí existente, abrindo aí um portão com dimensões para a entrada dessas viaturas (arts. 67º e 68º da contestação).

55 - O prédio dos Autores tem logradouro do lado Norte que serve para parquear viaturas (art. 80º da contestação).

56 – O caminho a sul dos prédios dos autores e dos réus, com início na rua do … sofreu uma intervenção pela Junta de Freguesia … consistente no seu alargamento, fruto dum acordo/compromisso entre a Junta de Freguesia e proprietários dos terrenos (arts. 2º , 3º e parte do 17 do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos).

57 – Com tal intervenção pela Junta, o caminho passou a ter a largura de 4,70m. …(art. 5º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos).

58 – … e com o piso em “tout venant” por onde transitam veículos automóveis, nomeadamente, os réus, para acederem ao seu prédio (arts. 6º e 7º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos).

59 – A estrema do prédio dos autores na confinância com o caminho tem uma largura não inferior a 3, 00 metros (arts. 8º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos e art. 24º da resposta dos autores).

60 – O caminho na parte em que confina com o topo sul da propriedade dos autores tem menos 70 cm. de largura (arts. 9º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos).

61 – Do lado norte, o trajecto no caminho de passagem, com inicio junto à via pública entre as casas do réu e da irmã EE e com prolongamento a Sul até ao limite das mesmas e com prolongamento a Poente na parte traseira da casa de habitação do réu até à entrada na parte traseira da casa de habitação da autora é feito ao longo de 40 metros de comprimento e é feito no pátio do prédio junto à porta de uma casa de habitação que não é usado como habitação, residindo os réus na localidade de …, a cerca de 7km. de distância (arts. 15º e 16º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos e arts. 33º e 39º da resposta dos autores).

62 – O percurso do caminho a Sul das propriedades da autora e do réu até ao início do pavê das traseiras da casa de habitação dos autores é de cerca 53 metros de comprimento (arts. 17º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos e art. 33º da resposta dos autores).

63 – O portão colocado à entrada para as traseiras do prédio dos autores por onde estes passavam para o seu prédio tem cerca de 3,30m de largura (arts. 20º do articulado superveniente de fls. 111 e ss. dos autos e art. 33º da resposta dos autores).

64 – O percurso da frente da habitação dos autores, ao início do acesso a partir do caminho novo a Sul é de cerca de 250m. (art. 36º da resposta dos autores).

*

FACTOS NÃO PROVADOS

I - O que as partes quiseram, com total obediência à vontade do pai da autora e do réu, era permitir, autorizar, os autores a utilizar aquele acesso definido no acordo, por e para comodidade dos Autores, e até ser possível a circulação automóvel através do caminho situado a sul para o prédio da autora (arts. 24º, 25º, 32º, 33º e 34º da contestação).

II - A comodidade era/foi anuída, desde 2003, pelos réus porque o referido acesso estava pavimentado e permitia, até certo ponto, a circulação de automóveis, mas não para aceder directamente com automóveis do prédio dos autores (art. 27º e 28º da contestação).

III – (…) por forma a dar entender não ser possível ou ser oneroso, agora aceder com a sua viatura por ali (parte do art. 47º da contestação).

IV - Na estrema sul do prédio dos autores existia no muro um acesso, pequena abertura com portão, que deitava diretamente para o caminho, e que os autores cerraram (art. 48º da contestação).

*

(…).

***

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO
Os RR. recorrentes fundamentaram a sua discordância no que se reporta à decisão proferida pelo tribunal *a quo*, essencialmente por entenderem que o doc. 8, intitulado "Auto de Constituição de Servidão" reproduzido no ponto 16 da matéria de facto, não configura um contrato, nem dele resulta a constituição/ou reconhecimento de uma servidão de passagem, caso contrário sempre se teria de considerar nulo por não revestir a forma legal –escritura pública- e por violação do princípio da tipicidade.
Por último, alegam que, ainda que se considere que por meio desta escritura se constituiu uma servidão de passagem, esta se tornou desnecessária devendo ser extinta.

Apreciando

Se do documento denominado "Auto de Constituição de Servidão", não resulta um acordo para constituição de uma servidão de passagem.

A este respeito alegam os AA. que o aludido documento não constitui um contrato para constituição de servidão, até pelo seu título "Auto", o qual em termos gerais, "*se traduz como termo ou instrumento que relata de forma circunstanciada uma determinada ocorrência, seja ela administrativa ou judicial, passa a constituir prova dessa ocorrência.*"
Mais alegam que por meio deste documento apenas pretenderam verter em escrito uma situação existente à data, ou seja, "*a interpretação de que a real vontade do pai dos Autores e Rés era a que ficasse documentada e que todos reconhecessem que por ali se fazia e existia há alguns anos um direito de passagem, e não uma servidão*", incorrendo a sentença *a quo,* em *error in judicando,* ao afirmar que a servidão em causa se constituiu por via daquele documento.
Por outro lado, defendem que à data das partilhas, os prédios eram todos do pai da A. e R. marido, não fazendo sentido constituir uma servidão que pressupõe um encargo de um prédio sobre outro, pertencentes estes a donos diferentes.
Por último, concluem que a interpretação a retirar deste documento é a de que "*as partes já previam que o acesso pudesse vir a ser feito pelo lado oposto dos prédios em causa e, até que isso fosse possível, os Réus AA e mulher estavam apenas a autorizar a utilização daquele leito.*"

A interpretação dos negócios jurídicos, conforme alega o R., terá de ser efectuada, de acordo com a doutrina de impressão do destinatário, prevista no artº 236 do C.C., tendo presente o disposto nos artºs 238 e 239 do referido diploma legal.

Assim, "*a interpretação de uma declaração negocial é matéria de direito quando tenha de ser feita segundo critério ou critérios legais (é o caso da interpretação normativa nos termos do nº1 do art. 236º do CC) e matéria de facto quando efectuada de harmonia com a vontade real do declarante (art. 236º nº2 do CC).*

O significado do nº1 do art. 236º é o de que a interpretação da declaração negocial deve, em princípio, fazer-se no sentido propugnado pela teoria da impressão do destinatário.

Se o declaratário entendeu a declaração no sentido querido pelo declarante, nesse sentido é de interpretar a declaração (nº 2 do art. 236º); porém, se o declaratário entendeu e podia entender a declaração diferentemente do que o declarante queria significar com ela, ou se ao menos, estava em dúvida sobre

o sentido querido pelo declarante, a interpretação é de fazer-se nos termos do nº 1 do artigo." [3]

Por sua vez, estipula o artº 238 do C.C. que nos negócios formais a declaração não pode valer com um sentido que não tenha a mínima correspondência no texto, ainda que imperfeitamente expresso, só se admitindo que assim não seja se, as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem e corresponder à vontade real das partes.

Analisando o documento nº 8 junto aos autos e as circunstâncias em que este foi elaborado, dele se retiram duas conclusões: a primeira, que este documento foi lavrado na sequência da escritura de partilhas outorgada entre a A., o R. marido, a irmã EE e o pai de A. e R., com adjudicação dos prédios descritos nesta escritura à A., ao R. marido e à irmã de ambos EE; a segunda conclusão que se retira deste documento é que, apesar do título "Auto", dele resulta, por um lado, o reconhecimento de "*serventia*" já existente antes das partilhas nos termos descritos neste documento, a segunda a manifestação da vontade das partes outorgantes para constituição de uma servidão pelo mesmo traçado desta "*serventia*", após a partilha dos imóveis, definindo a sua utilização e a vinculação das partes aos encargos com a sua manutenção e conservação.

Nestes termos, as declarações das partes vertidas neste documento (não se configurando a existência de uma servidão constituída por destinação de pai de família, por dos autos não resultarem factos para tanto, face aos requisitos exigidos no artº 1549 do C.C.), configuram um acordo voluntário para constituição de uma servidão de passagem.

Outra conclusão se não pode retirar do teor deste documento que após verter as razões para a sua outorga e descrever a "*serventia*" já existente há mais de trinta anos, estipula que a aludida serventia "*poderá ser alterada* ***por acordo****, no caso de ser adquirida parcela de terreno que possibilita a sua alteração na parte traseira da casa de habitação do AA*" (negrito nosso) e não por vontade unilateral deste R. e ainda que "*Todos* ***os contraentes se comprometem*** *a manter o portão existente na entrada, facultando-se a cada um deles, a respectiva chave.* ***Acordam finalmente em autorizar a utilização do leito da serventia por todos os aqui interessados****, suportando em comum todas as despesas de manutenção e conservação da mesma. Por ser verdade* ***efectuam o presente contrato****, encontrando-se a CC e EE representadas pelos seus advogados a quem conferiram procurações para o efeito.*"

Que se trata de um acordo voluntário entre os contraentes que os vincula nos seus precisos termos resulta expressamente das expressões adoptadas, visando como resulta do seu título a "*constituição de uma servidão*", aproveitando o traçado de "*serventia*" já existente. Que por meio deste documento visaram os nele outorgantes a constituição de uma servidão resulta ainda dos actos de execução deste acordo, vertidos nos factos provados nºs 17 a 20, quais sejam: após a outorga do "Auto de Constituição de Servidão", a autora contribuiu para as despesas do arranjo do piso desta servidão de passagem, com a entrega de, pelo menos, €600,00 ao réu, e tendo a irmã EE entregue outro tanto (art. 35º da petição inicial); que a autora entregou ao réu uma quantia não apurada, para o arranjo do piso da zona a poente referida no ponto 16), e gastou, ainda, a quantia não apurada para a colocação do portão e a implantação dos pilares (art. 36º da petição inicial); as obras aludidas em 18), a saber: colocação do portão e a implantação dos pilares, foram executadas, por um pedreiro contratado pelos autores, sensivelmente no ano de 2011/2012 (art. 37º da petição inicial); desde a data da outorga do contrato escrito de constituição de servidão, até ao ano de 2017, os autores e seus familiares directos sempre fizeram o acesso à parte de trás da sua casa de habitação e à parte de quintal e jardim da casa, a pé, e a partir das obras aludidas em 19), sempre fizeram o acesso às traseiras do seu prédio, também, com viaturas, aí estacionando a sua viatura automóvel, e a aí guardando bicicletas e outros bens (arts. 38 a 40º da petição inicial).

Nestes termos, não tem qualquer apoio neste documento e nos demais factos que se deram como provados nos pontos 17 a 21 que o acesso à casa dos AA. acima descrito era permitido apenas por mera tolerância do R. marido e até que fosse adquirida parcela de terreno que possibilitasse outro acesso.

Pelo contrário a utilização desta servidão de passagem voluntária, correspondia ao acordo alcançado entre os herdeiros, após a partilha e apenas por acordo poderia ser alterado. Esta servidão, pela sua natureza contratual e voluntária, não exige a existência dos demais requisitos exigidos para as servidões legais, nomeadamente o critério da necessidade.

Com efeito, a lei distingue entre servidões legais (coactivas) e servidões voluntárias (sendo irrelevante para o regime jurídico aplicável a natureza rústica ou urbana do imóvel). Conforme ensina, José Alberto Vieira[4], "*enquanto a servidão voluntária resulta do funcionamento da autonomia privada, sendo, portanto, o produto de uma decisão livre das partes concretizada por via negocial (contrato ou testamento) a servidão legal*

propriamente dita atribui ao beneficiário o direito potestativo à sua constituição."

Mas para além de a servidão legal poder ser imposta ao proprietário do prédio serviente, enquanto a voluntária depende de um acordo de vontades, outra diferença relevante existe entre umas e outras. Conforme resulta do disposto no artº 1569, nº3 do C.C., as servidões coactivas extinguem-se em caso de desnecessidade, enquanto as servidões voluntárias não.

Volvendo a José Alberto Vieira[5] "*Isto permite-nos deduzir que a servidão coactiva se liga a uma necessidade objectiva do prédio dominante, provocando a extinção do direito de servidão quando aquele prédio deixa de ter essa necessidade.*"

Esta conclusão permite-nos dar resposta às demais questões elencadas pelos recorrentes.

Da nulidade de constituição da servidão por violação do princípio da tipicidade

Alegam os RR. que a entender-se que o documento denominado "Auto de Constituição de Servidão", constitui um acordo voluntário para constituição de uma servidão de passagem se deve entender que é este nulo por violação do princípio da tipicidade, por os prédios em causa não estarem encravados.

A este respeito considerou a bem fundamentada e exaustiva sentença *a quo*: "*As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família - art. 1547º, nº 1, do Cód. Civ.*

Na falta de constituição voluntária, as servidões legais, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos – cf. art. 1547º, nº 2, do Cód. Civ.

O mesmo é dizer que as servidões legais são aquelas que podem ser coercivamente impostas, verificados os pressupostos que permitem impor tais servidões, sendo que a servidão legal de passagem tem como pressuposto essencial o encrave do prédio dominante – cf. art. 1550º, do Cód. Civ.

Ora, "in casu" está provado que, à data da constituição voluntária, por contrato, da servidão de passagem sobre o prédio urbano dos réus, em beneficio do prédio urbano dos autores, pela forma de utilização, com a trajectória e com a extensão indicados atrás, que o prédio dos autores não era, nem é um prédio encravado, como os réus reconhecem na sua contestação/

reconvenção, pois à data, e na presente data, tem outros acessos ao prédio deles a pé e de veículo automóvel e bicicletas.

Os factos provados evidenciam, assim, claramente que as partes não constituíram voluntariamente, por contrato, uma servidão legal de passagem, que é aquela que poderá ser imposta coercivamente impostas por sentença judicial, ou por decisão administrativa, a um prédio em benefício, já que, à data da sua constituição voluntária, o prédio dos autores não estava, nem está, encravado.

Assim sendo, por que que a servidão, em causa, não é uma servidão legal de passagem, por que, à data da sua constituição voluntária, o prédio dos autores não era um prédio encravado, como reconhecem os réus na sua contestação, não é aplicável "in casu" à servidão, em causa, a proibição legal de constituição duma servidão legal de passagem sobre um prédio urbano em beneficio doutro prédio, como defendem os réus.

Em conclusão, não há dúvidas que a constituição voluntária, da servidão contratual (ou seja, não legal) de passagem sobre o prédio dos réus, em benefício do prédio dos autores não ofende a proibição legal aplicável apenas às servidões legais constituídas voluntariamente por contrato, testamento, usucapião, e por maioria de razão, tal contrato, titulado por documento particular junto como doc. nº8 com a petição inicial, não é ofensivo do principio da tipicidade das servidões legais (ou seja, não é contrário à lei), e portanto, não é nulo, não sendo aplicável "in casu" a disposição contida no art. 280º, nº1, do Cód. Civ., e por conseguinte, mantendo-se, pois, o contrato e valendo os efeitos dele decorrentes."

Concorda-se com o entendimento exposto nesta decisão. Na realidade só nas servidões legais, é exigido como causa que justifique a imposição de um ónus por via legal, o critério da necessidade por só assim se possibilitar o acesso a um prédio encravado.

Nas servidões voluntárias (não coactivas) este requisito não é exigido, o que bem se compreende, pois que a estar encravado, tratar-se-ia de uma servidão legal, embora constituída por via negocial (contrato).

Com efeito, embora as servidões coactivas se possam constituir por via negocial, têm sempre subjacente o exercício de um direito potestativo do proprietário do prédio dominante à constituição da servidão sobre o prédio serviente que a não ser satisfeito voluntariamente pela contraparte pode ser imposto por sentença ou decisão administrativa (artº 1547, nº2 do C.C.).

Da nulidade por vício de forma

Entendem os RR. que a entender-.se por constituída uma servidão de passagem seria esta nula dos artigos 220º, 286º, 294º do Código Civil e ainda o artigo 80º do Código do Notariado (em vigor no ano de 2003), nulidade essa de conhecimento oficioso e que, ao contrário do defendido pela sentença *a quo* "*não atuaram com manifesto abuso de Direito pelo que se impunha uma decisão diversa da que foi proferida, nomeadamente, reconhecer que o título (contrato) constitutivo da servidão de passagem era nulo por vício de forma e, como tal, não reconhecer a sua constituição e manutenção, julgando-se, assim, a ação totalmente improcedente.*"

A decisão sob recurso, entendeu que "*o contrato, em causa, por via da qual constituíram voluntariamente tal servidão de passagem, com a trajectória, pela forma de utilização e com a extensão aí indicadas tem de constar de escritura pública, nos termos do art. 80.º, nº1 do Código do Notariado, sob pena de nulidade por inobservância da forma legal – arts. 219.º e 220.º, do Cód.Civ.*

No caso, tal forma não foi observada, pelo que, a constituição voluntária de tal servidão, por contrato titulado por documento particular junto como doc. nº8 com a petição inicial, estará inquinada de nulidade, por inobservância da forma legalmente prescrita."

Após, considerou que a sua invocação pelos RR. ainda que em sede de alegações orais, configura abuso de direito na modalidade de "*venire contra factum proprium*".

Com efeito, os negócios jurídicos são nulos quando não observem a forma prescrita na lei (cfr. artº 220 do C.C.) que, para o caso em apreço, exigia que este negócio fosse titulado por escritura pública. A nulidade do negócio, salvo quando a lei estabeleça de forma diversa, é de conhecimento oficioso e pode ser alegada a todo o tempo e por qualquer interessado (cfr. decorre do artº 286 do C.C.)

No entanto, nem sempre esta nulidade por falta de forma de um determinado contrato pode ser alegada e conhecida, sob pena de se verificar um abuso do direito e a violação gravosa dos princípios da boa fé que devem nortear a conduta das partes na execução e cumprimento dos acordos que livremente estabeleceram (artsº 334 e 762, nº2, do C.C.). Constituem, assim, casos de inalegabilidades formais.

A não aplicação das disposições sob a forma das declarações formais, tendo em conta as necessidades de segurança jurídica, justifica-se apenas em casos extremos e excepcionais, em que da sua aplicação resultassem gravemente violados os princípios da boa fé. Conforme se referiu no Ac. do STJ de 25/10/10[6], "*A jurisprudência tem entendido que só em casos limites ou em situações verdadeiramente excepcionais, de gritante e clamorosa injustiça, poderá deter-se a invocação de nulidades formais, mediante o apelo à figura do abuso de direito***.**"

Se não se pode invocar a boa fé subjectiva da parte contra quem se pretende fazer valer a nulidade (por representadas no acto por advogado), outras circunstâncias existem que obstam à declaração desta nulidade, como sejam: a situação de confiança criada pelo subscrição deste acordo, a justificação e o investimento na confiança, pelos actos de execução deste acordo praticados também por aquele que pretende beneficiar da nulidade. Verificados estes requisitos, refere Menezes Cordeiro[7] "*a tutela da confiança impõe, ex bona fide, a manutenção do negocio vitimado pela invalidade formal. Summo rigore, passará, a ser uma relação legal, apoiada no artigo 334ª e em tudo semelhante à situação negocial falhada por vício de forma.*"

Este é um dos casos de uma situação verdadeiramente excepcional, de clamorosa injustiça e violação do princípio da boa fé, consistente no facto de os RR. que subscreveram este acordo com observância da forma legal, pretenderem beneficiar de uma nulidade que não só não foi invocada durante mais de 14 anos (o que convoca a figura da *supressio,* como forma de tutela da confiança do beneficiário, perante a inacção daquele que invoca a nulidade*)*, como foram praticados actos por todos, A., R. marido e irmã EE, de efectivo cumprimento do acordo vertido no "Auto de Constituição de Servidão" até 2017, o que convoca uma vez mais a necessidade de tutela da confiança e da boa fé, constituindo a pretensão do ora recorrente um verdadeiro *venire contra factum proprium*.

Da desnecessidade e excessiva onerosidade da servidão de passagem

Alegam ainda os RR. que "*O critério da desnecessidade numas determinadas situações de facto constitui causa de extinção da servidão, mas noutras é causa da nulidade do seu título constitutivo.*

A servidão predial pode ter como objeto quaisquer utilidades do prédio serviente; sendo essencial e imanente à servidão predial/real a possibilidade

de essas utilidades serem gozadas por intermédio do prédio dominante e a este trazerem proveito. E justamente por ser assim – por ter que haver utilidades do prédio serviente a ser gozadas por intermédio do prédio dominante e a este trazerem proveito – a válida constituição do tipo legal do direito de servidão supõe "ab initio" a "necessidade", pelo que a "desnecessidade" só pode ser, forçosa e logicamente, superveniente.

A este respeito considerou a decisão recorrida que "*como é pacífico entre a doutrina e a jurisprudência, as servidões voluntárias constituídas, nomeadamente, por negócio jurídico, ou por destinação de pai de família, não podem ser extintas por desnecessidade, já que têm na sua base um acto voluntário. O regime da extinção por desnecessidade previsto no citado art. 1569º, n.ºs 2 e 3, apenas se compreende para as servidões legais.*"

As razões que acima se expuseram valem também para este fundamento de recurso. O prédio em causa não está encravado. Nada obstando à constituição voluntária de uma servidão sobre prédio não encravado - e não apenas por destinação de pai de família ou usucapião, conforme alega o recorrente citando acórdãos que versavam sobre estas realidades e que não excluem o acima referido – o critério da necessidade não se coloca.

Conforme se refere no Ac. do STJ de 20/05/2010[8], citado na decisão sob recurso "*Por desnecessidade apenas se podem extinguir servidões que não têm na sua base um facto voluntário. Este regime apenas se compreende para as servidões legais em que a lei sancionou a possibilidade de se constituírem por haver uma necessidade nesse sentido e para as servidões constituídas por usucapião, porque, também aí, não se verificou um facto voluntário na sua constituição; já aquelas servidões que têm por base um facto voluntário, permitindo a lei que se constituam mesmo quando não são estritamente necessárias, não podem extinguir-se por desnecessárias, porque, então, nem se poderiam constituir.*"

É esse o factor diferenciador.

Conforme decorre do disposto no artº 1569 do C.C. que define as causas de extinção das servidões, tem de se concluir dos seus nºs 2 e 3 que apenas as servidões legais, ainda que constituídas por contrato e, as servidões constituídas por usucapião, são susceptíveis de serem extintas por desnecessárias ao prédio dominante, a requerimento do proprietário do prédio serviente.

Constitui este um fundamento específico para a extinção das servidões de passagem de natureza legal e para as constituídas por usucapião, não sendo assim fundamento para a extinção das demais: as por destinação de pai de família e as de natureza contratual não coactivas.

A este respeito, afirmam Pires de Lima e Antunes Varela[9]*:*

"*No caso das servidões voluntárias, há o acordo das partes ou a declaração de vontade do testador a respeitar, e nem sempre são conhecidas em toda a profundidade as razões determinantes desse acordo ou dessa declaração. Estender indiscriminadamente a essas servidões o princípio do nº 2 equivalia, por conseguinte, a abrir a porta a difíceis problemas de interpretação dos negócios jurídicos, com o risco de decisões contrárias à vontade das partes. Havendo para mais a regra da extinção pelo não uso, julgou-se mais prudente não ir além dos limites da solução consagrada em 1930*".

Nestes termos, conforme se refere no Ac. do S.T.J de 10/04/2018[10] "*As servidões que têm na base um facto voluntário – por acordo ou por destinação – podem ser constituídas mesmo que não se mostrem estritamente necessárias, justificando-se que não se extingam por desnecessidade.*

Está aqui em causa a prevalência do princípio da autonomia privada: "*como estas não podem ser impostas ao dono do prédio serviente contra a sua vontade, só por um título equivalente ao constitutivo, no que respeita à relevância da vontade, elas se devem extinguir*"

Assim se conclui que o critério da necessidade é irrelevante quer para a constituição, quer para a extinção das servidões constituídas por acordo. Não está demonstrada a sua excessiva onerosidade para o prédio dos RR. Improcede assim, a apelação interposta pelos RR.

*

DECISÃO

Pelo exposto, acordam os Juízes desta relação em considerar totalmente improcedente o recurso interposto e em consequência mantêm a decisão recorrida nos seus precisos termos.
*

Custas pelos apelantes (artº 527 nº1 do C.P.C.).

Coimbra 23/04/24

[1] Abrantes Geraldes*, Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Almedina, 2013, pp. 84-85.
[2] Abrantes Geraldes, *Op. Cit.*, p. 87.
Conforme se refere no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7.7.2016, *Gonçalves Rocha*, 156/12, «Efetivamente, e como é entendimento pacífico e consolidado na doutrina e na Jurisprudência, não é lícito invocar nos recursos questões que não tenham sido objeto de apreciação da decisão recorrida, pois os recursos são meros meios de impugnação das decisões judiciais pelos quais se visa a sua reapreciação e consequente alteração e/ou revogação». No mesmo sentido, cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 4.10.2007, *Simas Santos*, 07P2433, de 9.4.2015, *Silva Miguel*, 353/13.

[3] Ac. do STJ de 08 /09/16 , relator Orlando Afonso, proferido no Proc. nº 1665/06.5TBOVR.P2.S1, disponível in www.dgsi.pt

[4] VIEIRA, José Alberto, *Direitos Reais,* Almedina, 2ª edição, págs. 735.
[5] Ibidem, pág. 736.
[6] Proferido no proc. nº 1332/09.8TBLSD.P1, de que foi relator Caimoto Jácome, disponível em www.dgsi.pt.
[7] MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil, V, Parte Geral,* Almedina 2011, pág. 312.
[8] Proferido no proc. n.º 1671/05.7TBVCT, de que foi relator Oliveira Rocha, disponível em www.dgsi.pt.
[9] PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2ª ed., 632 e segs.
[10]