

**Tribunal da Relação de Guimarães**  
**Processo nº 2/13.7TBMLG.G1**

**Relator:** HIGINA ORVALHO CASTELO

**Sessão:** 18 Maio 2017

**Número:** RG

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** APELAÇÃO

**Decisão:** PROCEDENTE

**SERVIDÃO**

**SERVIDÃO DE PASSAGEM**

**USUCAPIÃO**

**PREDIO DOMINANTE**

**LEGITIMIDADE PASSIVA**

## Sumário

I. Uma ação em que se pede o reconhecimento da constituição de uma servidão de passagem por usucapião tem de ser intentada contra o dono do prédio dominante, sob pena de ilegitimidade passiva.

II. Se, findo o julgamento, se conclui que não está provado que o prédio onde assenta o caminho, sobre o qual o autor pede que se reconheça servidão de passagem a favor de prédio seu, é do réu, o pedido tem de ser julgado improcedente.

## Texto Integral

Acordam no Tribunal da Relação de Guimarães\*:

### I. Relatório

**AA, Lda.**, Ré no processo indicado à margem que lhe foi movido por **BBe** marido, **CC, DD**, solteiro, maior, e **EEe** marido, **FF e GG**, notificada da sentença proferida em 12 de setembro de 2016, que julgou a ação procedente, e com ela não se conformando, interpôs o presente recurso.

Os Autores intentaram a ação pedindo que se declare (i) que são legítimos proprietários de certo prédio rústico; (ii) que uma dada faixa de terreno

está onerada em proveito do prédio dos autores com o direito de servidão de passagem; (iii) que a Ré os esbulhou violentamente da sua posse sobre tal caminho de servidão de passagem; e, ainda, que a Ré seja condenada (iv) a reconhecer o alinhado em (i) a (iii); (v) a restituir aos autores a posse sobre o caminho de servidão; (vi) a, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença que venha a ser proferida, reconstruir os muros e paredes em pedra, delimitadores, até 7 de abril de 2012, da faixa de terreno a que se alude, mantendo-se a largura de tal faixa de terreno em, pelo menos, 1,40 metros; (vii) a pagar-lhes a quantia de € 1.340,70, a título de ressarcimento da quantia despendida com os trabalhos de execução da decisão que deferiu o procedimento cautelar; e (viii) no pagamento das custas.

Alegaram para tanto, em suma, entre o mais, e para o que ora ainda releva, que são proprietários e compossuidores do prédio rústico denominado “HH”, também conhecido por “HH”, composto de pinhal e mato, a confrontar do norte e nascente com Duartina, do sul com Manuel e do poente com Adelino, sito em Melgaço, inscrito na matriz sob o artigo XXX e descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço sob o n.º XXXXX, prédio que não confina por nenhum dos lados com via pública, pelo que o acesso a ele sempre se fez por uma caneja que a Ré destruiu em 2012.

Citada, a Ré contestou a ação, alegando, entre o mais e para o que ora releva, que os Autores não usam a caneja há mais de 20 anos nem têm dela necessidade, uma vez que em 1960, por escritura, foi constituída a favor do prédio dos Autores uma servidão de passagem de carro sobre os prédios rústicos denominados “HH” e “II”, pertencentes à Ré, caminho que, desde então tem sido utilizado pelos Autores e seus antecessores para acederem ao dito prédio, sendo que desde então não é usada a referida servidão de passagem a pé.

O caminho de servidão assim constituído (pela escritura de 1960) estabelece a ligação entre a via pública e o prédio dos Autores, possibilitando a comunicação entre ambos de carro, tração animal ou trator, a pé, em qualquer hora do dia e da noite, durante todo o ano, todos os anos, com ou sem gado. Trata-se de um caminho mais largo e menos inclinado que o caminho de servidão a pé cuja posse os Autores querem ver restituída, que garante, como tem garantido, uma acessibilidade normal e regular ao terreno dos Autores, fazendo-o em melhores condições e comodidade.

Termina a Ré reconvindo no sentido de se declarar a extinção da servidão sobre a caneja, por não uso ou por desnecessidade.

Houve réplica, audiência prévia, articulado superveniente e procedeu-se a julgamento sendo, a final, proferida a sentença ora sindicada. Nela, apesar de

se julgar provado que o prédio dos Autores beneficia de acesso à via pública por uma servidão de passagem (incluindo veículos automóveis e outros carros) constituída por escritura pública em 1960, julgou-se improcedente o pedido reconvenicional de extinção, por desnecessidade, da servidão de passagem a pé pela canēja por se considerar que não estava provado que a dita canēja se situe em terreno da ré.

O dispositivo da **sentença recorrida** tem o seguinte teor:

«1. Julgo a presente ação procedente e, em consequência:

- a)** Declaro que os autores BB, CC, DD e EE adquiriram, por doação, o direito de propriedade sobre o prédio rústico, sito no concelho de Melgaço, denominado “HH”, também conhecido por “HH”, de pinhal e mato, a confrontar do norte e nascente com Duartina, do sul com Manuel, e do poente com Adelino, descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço, sob o n.º XXXXXX, da freguesia de Vila, Melgaço, e inscrito na respetiva matriz, na atual matriz rústica em vigor, sob o artigo XXX;
- b)** Declaro que a faixa de terreno identificada em 7 dos factos provados (com, pelo menos, 1,20 metros de largura, que até ao mês de abril do ano de 2012 se apresentou sempre em terra batida, assentando o seu leito sobre uma faixa/ parcela de terreno inteiramente delimitada e demarcada dos prédios rústicos com que confina, tanto a sul como a norte, através de muros em pedra, de suporte de terras, e paredes, também em pedra, que existiam há, pelo menos, 86 anos), está onerada com servidão de passagem (a pé, com ou sem carga, com gado solto, ao longo de todo o ano, todos os anos, a qualquer hora do dia ou noite) constituída por usucapião, em benefício do prédio dos autores identificado na alínea precedente;
- c)** Declaro que a ré AA, Lda. esbulhou violentamente os autores BB, CC, DD e EE da sua posse sobre o caminho de servidão a que se alude na alínea precedente;
- d)** Condeno a ré AA, Lda. a reconhecer o declarado nas alíneas a) a c) deste dispositivo e a restituir os autores BB, CC, DD e EE à posse sobre o caminho de servidão que ali se alude, repondo o caminho no estado em que se encontrava antes de abril de 2012, seja reconstruindo os muros e paredes que delimitavam a faixa de terreno identificada em 7 dos factos provados e assegurando uma largura mínima de 1,20 metros, no prazo de 30 dias.
- e)** Condeno a ré AA, Lda. a pagar aos autores a quantia de € 1.340,70, a título de indemnização.
- f)** Absolvo os autores dos pedidos de extinção da servidão de passagem por não uso e por desnecessidade.»

O fundamento da improcedência do pedido reconvenicional encontra-se no antepenúltimo e no penúltimo parágrafos antes do dispositivo:

«Ora, a ré não logrou fazer prova, pelas razões explicitadas supra, de que é proprietária da faixa de terreno onerada com a servidão de passagem constituída por usucapião, razão pela qual falece, desde logo, a sua legitimidade para requerer a extinção, quer pela falta de uso (que nem sequer ficou demonstrada), quer pela desnecessidade.

Está em causa a ilegitimidade substantiva da ré (...) que determina a absolvição dos autores/reconvindos dos pedidos de extinção da servidão de passagem constituída, sem necessidade de ulteriores considerações.»

As «razões explicitadas supra» encontram-se na motivação do facto não provado f) –«f) que a faixa de terreno onde assenta o leito do caminho identificado em 7 dos factos provados seja parte integrante do prédio identificado em 9 dos factos provados» – a saber:

«Da documentação junta aos autos resulta que, em termos registais e matriciais, o que outrora eram três prédios distintos, figuram agora como pertencendo a um único prédio, tendo a inscrição ocorrido em 1997, não constando ali qualquer alusão a ónus ou encargos e, designadamente a qualquer servidão.

Mas a verdade é que isto tanto vale para a servidão reclamada pelos autores como para aquela que a ré admite ter sido constituída por JJ a favor do prédio identificado em 1.

Por outro lado, a verdade é que tanto a ré como todas as testemunhas por si arroladas que a tal fizeram alusão, referem que a caneja ficava entre o NN e o II, separando-os. Ora, isto é bem diferente de dizer que a caneja/caminho ocupa qualquer daqueles campos, ou ambos, e sai reforçado pela própria configuração (que o Tribunal pode ver nos extratos de cartografia e ortofotomapas antes da intervenção da ré): porque quereria um proprietário de dois prédios contíguos, manter a caneja que nenhuma utilidade para si tinha e que só implicava os prejuízos a que a ré e as testemunhas por si arroladas aludiram?

O Tribunal tem que admitir como possível que estivesse em causa uma servidão constituída em qualquer daqueles campos (e tal seria inócuo já que presentemente ambos são pertença da ré), mas também terá que admitir a possibilidade de pertencer a terceiro - os depoimentos prestados e a configuração ali existente, tornam tal hipótese plausível - sendo até plausíveis outras hipóteses.

Da documentação junta e demais prova produzida não sai esclarecida esta dúvida e não se vislumbra qualquer diligência que o pudesse dilucidar, pelo que se impõe concluir que não cumpriu a ré o ónus probatório que lhe

competia, restando julgar não provada tal matéria.»

Nas suas **alegações de recurso**, a Recorrente apresenta as seguintes **conclusões**:

«(...)

**II)** Os pontos 4, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 25, 26, 27 e 30, da fundamentação de facto não se encontram de harmonia com as provas que foram produzidas nos autos;

**III)** O descrito na alínea f), dos “Factos Não Provados”, deveria integrar a fundamentação de facto, por ter ficado provado;

**IV)** Provou-se parte dos factos descritos nas alíneas h) e i), dos “Factos Não Provados”, constatação que decorre da reapreciação das provas a respeito dos pontos 12 e 14, da fundamentação de facto;

**V)** A factualidade descrita no ponto 31 da fundamentação de facto deve ser eliminada, uma vez que não foi alegada pelas partes;

**VI)** Deve, ainda, ao abrigo do disposto nas alíneas a), b) e c), 2.ª parte, do n.º 2, do artigo 5.º, do Cód. de Proc. Civil, ser incluída na fundamentação de facto o que de útil para a discussão da causa foi verificado pelo Tribunal na inspeção judicial ao local da questão e que, aliás, foi acordado pelas partes;

**VII)** As alterações aos pontos 4 e 5 são meras precisões, decorrentes da impugnação da matéria de facto vertida no ponto 25;

**VIII)** Atendendo ao depoimento da testemunha KK (...), da testemunha LL(...), à inspeção judicial ao local da questão, realizada em 15/3/2016, e à foto de fls. 362, que retrata o final do caminho/caneja, a Apelante entende que a decisão que deve ser proferida sobre o impugnado ponto 6, da fundamentação de facto é a seguinte: “Do nascente da Rua RR, antes de chegar ao portão com o n.º de polícia XXX (para quem percorra a Rua RR no sentido sul-norte, no sentido poente nascente) existe um caminho, com entrada ladeada por murosque distam entre si 1,20 metros, e que existe há pelo menos 86 anos”;

**IX)** Considerando o que se encontra provado no ponto 9, da fundamentação de facto, conjugado com a noção jurídica de prédio rústico, estabelecida no n.º 2, do artigo 204.º, do Código Civil, entende a Apelante que deve ser proferida decisão a dar como provado que: “A faixa de terreno onde assenta o leito do caminho identificado em 7. e 8. dos factos provados faz parte integrante do prédio identificado em 9., dos factos provados”, facto esse a integrar na Fundamentação de Facto como Ponto 35.;

**X)** Tal facto foi, aliás, confirmado e, por isso, também por aí deve ser considerado provado, pelos depoimentos das testemunhas JJ (depoimento do minuto 7,00 e o minuto 7,40, gravado na audiência de julgamento de 12/4/2016); LL (depoimento do minuto 12,40 ao minuto 14,37, do minuto

14,50 ao minuto 17,50, e do minuto 21,30 ao minuto 23,35, da gravação efetuada na audiência de discussão e julgamento de 16 de Junho de 2016);

**XI)** A do referido no item precedente impõe alterações ao Ponto 7., da Fundamentação de Facto;

**XII)** Mas há mais alterações que devem ser introduzidas na matéria de facto do Ponto 7, em consequência, ainda, do que resultou da inspeção judicial ao local e do que foi alegado pelos Autores. Assim, no entender da Apelante, quanto à matéria de facto do Ponto 7., deverá ser proferida decisão a considerar provado o seguinte: “Esse caminho, com pelo menos, 1,20 de largura, até ao mês de Abril do ano de 2012, apresentou-se sempre em terra batida, assentando o seu leito sobre uma faixa/parcela de terreno inteiramente delimitada e demarcada nos prédios rústicos por onde passa, há pelo menos 86 anos.”

**XIII)** Pelos mesmos Fundamentos que impõe decisão diversa sobre a matéria de facto que ficou a constar dos Pontos 6. e 7., da Fundamentação de Facto, devem ser alterados também os Pontos 8., 13. e 30., da mesma Fundamentação de Facto, devendo ser proferida decisão sobre a matéria de facto, nos seguintes termos:

**XIV)** (i) Quanto ao Ponto 8.: “8. De entre os prédios rústicos que são atravessados pelo caminho a que se alude em 6. e 7., conta-se o prédio identificado no Ponto 9., denominado “PP”;

**XV)** (ii) Quanto ao Ponto 13: “13. Aquando da realização da intervenção camarária a que se alude em 5., pese embora o então “caminho RR” tenha sido alargado para nascente e rebaixado em cerca de 1,50 metros, foi mantido o caminho a que se alude em 7., com as mesmas características em termos de configuração e dimensão, pese embora a Câmara Municipal tenha construído, numa distância de cerca de 4 metros, 9 degraus, o primeiro dos quais em pedra e os demais em cimento e blocos de cimento;

**XVI)** (iii) “Quanto ao Ponto 30.: “30. Entre Janeiro e Abril de 2012, a ré, com o intuito de plantar vinha no seu prédio rústico, procedeu à remoção das silvas e demais vegetação bravia, à desprega e nivelamento do terreno.”;

**XVII)** Levando em conta o que disseram as testemunhas, arroladas pelos autores, Abel, (depoimento do minuto 14,40 ao minuto 15,40, gravado na audiência de discussão e julgamento de 12/4/2016), Júlia (depoimento do minuto 2,30 ao minuto 2,47, gravado na audiência de discussão e julgamento de 12/4/2016), Armando, (depoimento do minuto 3,53 ao minuto 4,25, gravado na audiência de discussão e julgamento de 12/4/2016), Augusto (depoimento do minuto 1,45 ao minuto 2,12, do minuto 3,10 ao minuto 4,40, e do minuto 5,20 ao minuto 5,30, gravado na audiência de discussão e julgamento de 12/4/2016), António (depoimento do minuto 4,29 ao minuto 5,09, gravado na

audiência de 12/4/2016) e KK (depoimento do minuto 14,40 ao minuto 15,00 e do minuto 46,23 ao minuto 46,40, gravado na audiência de discussão e julgamento de 12/4/2016), XVIII) Que se ajusta ao que disseram as testemunhas, arroladas pela Apelante, LL (depoimento do minuto 10,45 ao minuto 10,54, gravado na audiência de discussão e julgamento de 16 de Junho de 2016, António (depoimento do minuto 12,10 ao minuto 13,20, gravado na audiência de discussão e julgamento de 3/6/2016 e Jorge (depoimento do minuto 4,20 ao minuto 4,45 e do minuto 8,00 ao minuto 10,05, gravado na audiência de discussão e julgamento de 16 de Junho de 2016, XIX) Conjugados as regras da experiência, levam a concluir que, acerca do Ponto 12., da matéria de facto, deve ser proferida decisão a dar como provado apenas o seguinte: “12. A comunicação entre o prédio a que se alude em 1. e a via pública, desde 1960, faz-se pelo caminho de servidão mencionado em 24.”

**XX)** Como consequência dos mesmos meios de prova que vêm de ser invocados a propósito da impugnação do Ponto 12., da Fundamentação de Facto, a Apelante entende que deve ser proferida decisão diversa sobre as questões de facto vertidas no Ponto 14., e dar-se como provado parte do que se considerou não provado nas alíneas h) e i), do Factos Não Provados, nos seguintes termos:

**XXI)** (i) Quanto ao Ponto 14.: “14. Os autores BB e marido, DD e EE, e os que os antecederam na posse do prédio identificado em 1., por si ou através de pessoas a seu mando, desde 1960, sempre que pretendem aceder da via pública ao prédio identificado em 1. e vice-versa, vêm utilizando o caminho de servidão a que se alude em 24.”

**XXII)** (ii) Quanto à alínea h), que deverá passar a figurar como o Ponto 36., da Fundamentação de Facto: “Há pelo menos 20 anos que não há passagem de pessoas, designadamente dos autores e dos seus antecessores, ou de gado pelo caminho identificado em 7. dos factos provados”; e **XXIII)** (iii) Quanto à alínea i), que deverá passar a figurar como o Ponto 36., da Fundamentação de Facto: “Desde a constituição da servidão a que se alude em 24. e 25. dos factos provados os autores e seus antecessores passaram a utilizar o caminho a que ali se alude para aceder ao seu prédio identificado em 1., do factos provados”;

**XXIV)** Sobre o Ponto 25., da Fundamentação de Facto, considerando (i) o que foi alegado pela Apelante no artigo 47.º, da contestação, no qual se baseia o referido Ponto da matéria de facto, (ii) o que consta na escritura de fls. 69 (doc. 8, da contestação), (iii) o que se verificou na inspeção ao local, (iv) o que consta do Ponto 5., da Fundamentação de Facto e (v) o que foi dito pela testemunha LL (declarações do minuto 7,30 ao minuto ao minuto 10,20, gravadas na audiência de discussão e julgamento de 16/6/2016), deverá ser

proferida decisão no sentido de dar, tão só, como provado que “25. O aludido caminho inicia-se na via pública e progride por uma faixa de terreno a todo o comprimento da extrema norte do que antes de 1997 correspondia ao “II”, continuando, depois, na direção norte/sul através do prédio rústico “HH”, hoje denominado “HH”, descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço sob os n.ºsXXX e XXX e inscrito nas respetivas matrizes sob os artigos XXX e XXX.”;

**XXV)** Consequentemente, por via da alteração do Ponto 25., deve introduzir-se uma pequena precisão nos Pontos 4. e 5., da mesma Fundamentação de Facto, de forma a que passe a constar o seguinte: (i) “5. A estrada camarária que absorveu parte do caminho público, conhecido por “caminho RR”, atravessa, sensivelmente no sentido sul-norte, o que conhecido também é por Lugar RR, concelho de Melgaço; (ii) 6. Em data não concretamente apurada, mas certamente há mais de 20 anos, a Câmara Municipal de Melgaço levou a cabo obras que ocuparam parte do leito desse caminho, então com cerca de 2 metros de largura, como terreno de prédios rústicos com ele confinantes, de modo a ficar com a largura de cerca de 5 metros, constituindo, atualmente, a estrada camarária com o nome Rua RR”

**XXVI)** Quanto ao Ponto 26., da Fundamentação de Facto, para além da harmonização demandada pela precedente alteração ao Ponto 25., dado que, se a servidão constituída sobre os prédios rústicos da Apelante, “II” e “HH”, permite a passagem de carro, permite, inegavelmente, a passagem a pé, porque se permite o mais, forçosamente, permite o menos oneroso para os prédios servientes, sobre a matéria do Ponto 26., deve, também, ser proferida decisão de modo a que o mesmo passe a ter a seguinte matéria provada: “26. Permite, assim, a comunicação entre a via pública e o prédio identificado em 1., e vice-versa, de carro de tração animal ou moto, a pé, a qualquer hora do dia e da noite, durante todo o ano, todos os anos, com ou sem gado”;

**XXVII)** Deve, também, ser considerado, ao abrigo do disposto nas alíneas a), b), e c), 2.ª parte, do n.º 2, do artigo 5.º, do Cód. de Proc. Civil, o que se apurou na inspeção judicial ao local da questão e se fez consignar, por acordo das partes, na respetiva Ata, por se afigurar útil para a discussão da causa, o seguinte facto, que se propõe fique a constar do Ponto 38., da Fundamentação de Facto: “38. Para acederem da Rua RR ao seu prédio pelo caminho de servidão referido em 25., os Autores têm de percorrer, no máximo, cerca de mais 245 metros do que se fossem para o mesmo prédio pela caminho aludido em 7.”.

**XXVIII)** Finalmente, quanto ao segmento do recurso no que respeita à impugnação da matéria de facto, o que vem descrito no Ponto 31., da Fundamentação de Facto deverá ser eliminado da Fundamentação de Facto,

uma vez que não foi alegada por nenhuma das partes, tendo resultado do mero depoimento de uma testemunha;

**XXIX)** Quanto à aplicação DO DIREITO, na presente ação os Autores pedem (i) que se declare que são donos do prédio identificado no artigo 1.º, da petição inicial, (ii) que se declare que a faixa de terreno identificada nos artigos 20.º e 21.º, da petição inicial, está onerada, em proveito do seu prédio, com o direito de servidão de passagem nos termos referidos nos artigos 20.º a 25.º, da petição inicial, constituída por usucapião e (iii) que a Apelante os esbulhou da posse de tal servidão;

**XXX)** Em consequência, os Autores pedem, ainda, que a Apelante seja condenada na restituição da posse e a indemnizá-los no que tiveram de despendar na reabertura do caminho;

**XXXI)** Para tanto, como causa de pedir, os Autores alegaram que são os donos do prédio denominado HH, que esse prédio está ligado à via pública através de um caminho, demarcado por diversos sinais, que o identificam, e, ainda, que a Apelante tapou parte desse caminho, impedindo-os, desse modo, de aceder ao prédio e dele retirarem as utilidades que proporciona;

**XXXII)** Os autores não provaram a causa de pedir em que sustentaram aqueles seus pedidos;

**XXXIII)** Com efeito, não se provou, nomeadamente, (i) que o caminho (ou Caneja) se estendesse desde a estrada RR até ao prédio dos Autores, (ii) nem se provou que os Autores tivessem usado, ininterruptamente, durante pelo menos vinte anos, tal caminho para retirarem qualquer utilidade ou aproveitamento que o mesmo prédio é suscetível de proporcionar;

**XXXIV)** Não se provou, igualmente, que o fecho da Caneja tenha impossibilitado os autores de retirarem do prédio deles todas as utilidades e rendimentos que o mesmo é suscetível de lhes proporcionar (v. al. d), dos Factos Não Provados).

**XXXV)** O pedido dos Autores de que se declare constituída por usucapião uma servidão de passagem carece, assim, de fundamento jurídico, por falta do preenchimento dos pressupostos de facto e de direito (v. os artigos 1293º, alínea a), 1547º e 1548º, por um lado, quanto às servidões prediais não aparentes, e, por outro lado, os artigos 1263º, alínea a), 1287º, 1296º e 1260.º, n.º 2, 2.ª parte, quanto à aquisição por usucapião), devendo ser julgado improcedente;

**XXXVI)** E, em consequência, terão, igualmente, de serem julgados improcedentes os demais pedidos formulados pelos Autores na petição inicial, por decorrerem e dependerem do reconhecimento da existência dessa servidão de passagem;

**XXXVII)** Sem prescindir, há, pelo menos, 20 anos que os Autores não usam o

caminho/Caneja para retirarem do prédio deles todas as utilidades ou proveitos que o mesmo é suscetível de lhes proporcionar;

**XXXVIII)** O artigo 1569º, nº 1, alínea b), dispõe que a servidão se extingue pelo não uso durante 20 anos;

**XXXIX)** Não subsistem, pois, dúvidas de que a alegada servidão de passagem, a ter existido, deve ser declarada extinta pelo não uso;

**XL)** Caso assim não se entenda, ainda, sem prescindir, sempre se dirá que a invocada servidão deverá ser declarada extinta por desnecessidade;

**XLI)** Os Autores acedem, como acediam, pelo menos desde 30 de Março de 1960, ao seu prédio através da servidão de passagem de carro constituída pela escritura mencionada no Ponto 24., da Fundamentação de Facto (v. Ponto 27., da Fundamentação de Facto);

**XLII)** Através dessa servidão de passagem os Autores sempre puderam e continuam a poder gozar e fruir de todas as utilidades ou proveitos proporcionados pelo seu prédio identificado no Ponto 1., da Fundamentação de Facto;

**XLIII)** O artigo 1569º, n.º2, do CC, estabelece que as servidões constituídas por usucapião serão judicialmente declaradas extintas, a requerimento do proprietário do prédio serviente, desde que se mostrem desnecessárias ao prédio dominante;

**XLIV)** Por isso, os Autores não têm qualquer necessidade de passar pelo caminho mencionado em 7., da Fundamentação de Facto, ainda que apenas a pé, para acederem e explorarem agricolamente o seu prédio rústico;

**XLV)** Face ao exposto, e mesmo que se entendesse que há servidão constituída, não se justifica que a Caneja se mantenha aberta só para que os Autores por ali passem a pé, para o monte, uma ou outra vez por ano, em primeiro lugar porque não é necessária para retirarem do prédio todos os proveitos que este lhes pode dar e em segundo lugar porque tal situação prejudica a exploração agrícola (vinha) no prédio da Apelante;

**XLVI)** Por fim e, ainda, sem prescindir, caso se venha a entender que a Fundamentação de Facto se deve manter, tal como está na douta sentença recorrida, nessa situação hipotética, que aqui se considera por cautela de patrocínio, verificar-se-á que o direito de servidão de passagem a onerar a faixa de terreno aludida nos artigos 20º e 21º, da petição inicial, invocada pelos Autores, não reúne os requisitos necessários para ser judicialmente declarada, na presente ação, por duas razões: (i) A 1.ª é a falta de identificação do prédio serviente; (ii) A 2.ª é a falta de identificação e de intervenção na demanda dos donos do prédio serviente, titulares do direito de propriedade a limitar, pela declaração da servidão de passagem, verificando-se uma ilegitimidade substantiva, o que conduz à improcedência dos pedidos

formulados pelos Autores.

Nestes termos e nos que Vossas Excelências *mui* doutamente suprirão, dando provimento à presente apelação e, em consequência, revogando a douta sentença recorrida, substituindo-a por acórdão que:

**(i)** julgue improcedente a ação dos Autores e absolva a Apelante dos pedidos, ou, se assim não for entendido;

**(ii)** julgue procedente por provada a reconvenção deduzida pela Apelante e, em consequência, **a)** declare extinta, por não uso, a servidão de passagem invocada pelos Autores, ou, a não se entender assim, **b)** declare extinta, por desnecessidade, a mesma servidão.

**(iii)** A manter-se sem qualquer alteração a matéria de facto dada como provada pelo Tribunal *a quo*, julgue improcedente a ação dos Autores e absolva a Apelante dos pedidos, por insuficiência de factos e ausência na lide do titular do direito afetado pela declaração de servidão de passagem pretendida pelos Autores, farão, como sempre, inteira e sã JUSTIÇA!»

Os Autores, ora recorridos, contra-alegaram, pugnando pela improcedência do recurso.

Foram colhidos os vistos e nada obsta ao conhecimento do mérito.

### **Objeto do recurso**

Sem prejuízo da apreciação de eventuais questões de conhecimento oficioso, são as conclusões das alegações de recurso que delimitam o âmbito da apelação (arts. 635, 637, n.º 2, e 639, n.ºs 1 e 2, do CPC).

Tendo em conta o teor daquelas, colocam-se as seguintes questões:

**a)** O prédio dos autores beneficia de uma servidão de passagem a pé, adquirida por usucapião, pela caneja identificada nos autos?

**b)** A caneja não é usada em benefício do prédio dos autores há mais de 20 anos, tendo-se extinguido pelo não uso?

**c)** A servidão pela caneja é desnecessária uma vez que o prédio dos autores beneficia de uma outra servidão, mais ampla (que inclui passagem com veículos), constituída por escritura pública em 1960, devendo como tal ser extinta por desnecessidade?

### **II. Fundamentação de facto**

A 1.ª instância considerou na sua decisão os seguintes factos (que a Recorrente discute, mas cuja apreciação não se fará pelos motivos expostos em III), relevando, ainda, os que constam do relatório:

**1.** Por escritura de doação outorgada em 30/08/1996, lavrada de fls. 27 a 28 v., do livro de notas para escrituras diversas n.º 3-D, do Cartório Notarial de Melgaço, MM e JJ, doaram a seus filhos, autores nos presentes autos, BB, casada com o também autor CC, DD e EE, na proporção de 1/3 para cada um deles, o prédio rústico sito no Lugar RR, Vila de Melgaço, denominado “HH”, também conhecido por “HH”, de pinhal e mato, a confrontar do norte e nascente com Duartina, do sul com Manuel e do poente com Adelino (não confinando, por conseguinte, com a via pública por qualquer dos ventos), descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço sob o n.º XXXXX, da freguesia de Vila, Melgaço, e inscrito na respetiva matriz, outrora sob o artigo XXX e na atual matriz rústica em vigor, sob o artigo XXX.

**2.** Os sobreditos MM e mulher JJ, aquando da doação a que se alude em 1, havia já mais de 20 anos que sempre, reiteradamente, se aproveitavam de todas as utilidades, designadamente cortando o mato, a lenha, aí apascentando o gado, atos esses que sempre praticaram à vista de toda a gente, e com ânimo de, sobre ele, exercerem os poderes correspondentes ao direito de propriedade, sem oposição de ninguém, antes todos reconhecendo, ao longo de tão dilatado período de tempo, que só eles eram os seus legítimos donos e possuidores.

**3.** Após a escritura a que se alude em 1, os donatários continuaram a atuar sobre o mencionado imóvel, nos precisos termos em que os doadores o vinham fazendo.

**4.** A estrada camarária que absorveu o caminho público, conhecido por “caminho RR”, atravessa, sensivelmente no sentido sul-norte, o que conhecido também é por Lugar RR, da freguesia de Vila, concelho de Melgaço.

**5.** Em data não concretamente apurada, mas certamente há mais de 20 anos, a Câmara Municipal de Melgaço levou a cabo obras que ocuparam o leito desse caminho, então com cerca de 2 metros de largura, como terreno dos prédios rústicos com ele confinantes, de modo a ficar com a largura de cerca de 5 metros, constituindo, atualmente, estrada camarária com o nome Rua RR.

**6.** Do nascente da Rua RR, antes de chegar ao portão com o n.º de polícia 342 (para quem percorra a Rua RR no sentido sul-norte, no sentido poente-nascente) existe um caminho, com entrada ladeada por muros que distam, entre si, 1,20 metros, que estabelece comunicação entre a Rua RR e o prédio identificado em 1, e que existe há, pelo menos, 86 anos.

**7.** Esse caminho, com, pelo menos, 1,20 de largura, até ao mês de abril do ano de 2012, apresentou-se sempre em terra batida, assentando o seu leito sobre uma faixa/parcela de terreno inteiramente delimitada e demarcada dos prédios rústicos com que confina, tanto a sul, como a norte, através de muros em pedra, de suporte de terras, e paredes, também em pedra, que igualmente existiam há, pelo menos, 86 anos, sendo que sazonalmente podia ser recoberta com ramos de videiras, plantadas nos campos com que confinava.

**8.** De entre os prédios rústicos que confinam a norte e sul com o caminho a que se alude em 6 e 7, contam-se os conhecidos por “II”, a norte, e o “NN” (que os autores chamam de Campo Grande), a sul.

**9.** Os prédios rústicos “II” e “NN”, constituem, com o prédio que teve o nome “OO”, presentemente, um único prédio rústico, denominado “PP”, situado em Louridal, de pastagens e vinha em ramada, com a área de 8900 m<sup>2</sup>, a confrontar do norte e sul com Manuel, a nascente com Santa Casa da Misericórdia e a poente com caminho público, estando inscrito na matriz sob o artigo XXX, desde 1997, e descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço sob o n.º XXX, mostrando-se registado a favor da ré pela apresentação 3522, de 7 de janeiro de 2011, sendo que nem na matriz nem na descrição junto da Conservatória do Registo Predial há qualquer menção ou registo de servidão de passagem.

**10.** Com efeito, a sociedade AA, Lda., ora ré, foi constituída em 29/12/2010.

**11.** O capital social da ré foi constituído com entradas em espécie, conforme escritura de constituição de sociedade e documentos a ela anexos de fls. 45-60, cujo teor ora se dá por reproduzido, e na qual se pode ler, entre o mais, que o então sócio Adelino realizou a sua entrada no capital social da ré com, entre outros, o prédio rústico denominado “PP”, composto de pastagens e vinha, sito em Louridal, freguesia de Vila, concelho de Melgaço, descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço sob o n.º XXX e inscrito na respetiva matriz sob o artigo XXX, não sendo feita em tal escritura qualquer referência à existência ónus ou encargos sobre tal prédio, designadamente a qualquer espécie de servidão (a que tão pouco se alude na escritura de cessão de quotas outorgada em 1 de Fevereiro de 2011, no Cartório Notarial da Notária Paula Pires de Carvalho, ou no contrato de cessão de quotas celebrado no dia 26 de Maio de 2011, no âmbito dos quais, os sócios cedentes declararam expressamente que sobre o prédio não incidia qualquer ónus ou

encargo).

**12.** A comunicação entre o prédio a que se alude em 1 e a Rua RR (antes Caminho RR), pelo menos desde 1957 e até abril de 2012, sempre se fez através do caminho a que se alude em 7., que, até abril de 2012, sempre foi bem revelado através de sinais bem visíveis e permanentes, pelo seu piso duro, bem calcado e trilhado, usado e desgastado pelo trânsito de pessoas a pé, com carga ou sem carga, com gado solto (particularmente até às obras a que se alude em 5), durante todo o ano, em todos os anos, a qualquer do dia ou da noite.

**13.** Tanto assim é que, aquando da realização da intervenção camarária a que se alude em 5, pese embora o então “caminho RR” tenha sido alargado para nascente e rebaixado em cerca de 1,50 metros, foi mantido o acesso ao prédio identificado em 1 através do caminho a que se alude em 7, com as mesmas características em termos de configuração e dimensão, pese embora a Câmara Municipal tenha construído, numa distância de cerca de 4 metros, 9 degraus, o primeiro dos quais em pedra e os demais em cimento e blocos de cimento.

**14.** Os autores BB e marido, DD e EE, e quantos os antecederam na posse do prédio identificado em 1, por si ou através de pessoas a seu mando, desde há mais de 20, 30, 40 e 50 anos, sempre para da estrada camarária (e caminho público que a antecedeu) ao prédio identificado em 1 (onde levavam gado a pastar, cortavam lenha, roçavam o mato e recolhiam pinhas), e vice-versa, vêm utilizado o caminho a que se alude em 7. Para, por ele, transitarem a pé, com carga ou sem carga, com gado solto (até às obras camarárias), durante todo o ano, em todos os anos, a qualquer hora do dia ou da noite, ainda que tendo presente o tipo de prédio que é o descrito em 1, fazendo-o à vista de toda a gente, sem interrupção e sem oposição de ninguém, designadamente da ré, e com o ânimo de exercerem os poderes correspondentes ao direito de servidão de passagem.

**15.** Até abril de 2012, a ré não embaraçou o trânsito pelo caminho a que se alude em 7.

**16.** Sucede que, no dia 8 de abril de 2012, quando a mãe dos autores BB, EE e DD, que por eles está encarregada de cuidar e administrar o prédio identificado em 1, se propunha a ele aceder pelo caminho descrito em 7, viu-se impedida de o fazer, do que, imediatamente, pôs os filhos a par.

**17.** Realmente, antes daquela data mas ainda no mês de abril de 2012,

colaboradores da ré, a seu mando, fizeram desaparecer o caminho a que alude em 7, a partir da Rua RR e numa extensão entre 20 e 40 metros (até ao local onde o “NN” comunicava com o “II”).

**18.** Com efeito, no local de onde o caminho a que se alude em 7 parte, da Rua RR, entre os muros delimitadores do caminho, edificou um muro em pedra, e, de seguida, atulhou a faixa de terreno onde estava assente o leito do aludido caminho numa extensão entre 20 e 40 metros (até ao local onde o “NN” comunicava com o “II”), de modo a deixá-la ao nível dos prédios identificados em 8., numa altura em que constituíam já um único prédio, passando a agricultá-la.

**19.** Destarte, por ação da ré, os autores BB e marido, DD e EE, ficaram impossibilitados de por ali acederem ao prédio identificado em 1, apesar de invocarem insistentemente os seus direitos.

**20.** Em virtude disso, os autores instauraram como preliminar desta ação, o procedimento cautelar de restituição provisória da posse n.º 175/12.6TBMLG, tendo este sido julgado procedente, sendo que com os trabalhos tendentes à obtenção da restituição provisória da posse despenderam a quantia de € 1.340,70.

**21.** No decurso dos trabalhos aludidos, uma vez removido o muro de pedra a que se alude em 18 e quando se passou à remoção, de poente para nascente, do entulho colocado na faixa de terreno onde assentava o caminho identificado em 7, constatou-se que os muros e paredes delimitadores da mesma, a partir do extremo poente, em distância não concretamente apurada, quer no muro e parede do lado norte, quer no muro e parede sul, haviam sido demolidos, encontrando-se algumas das pedras respetivas de onde a onde.

**22.** Igualmente por ação da ré, o desnível acentuado entre a faixa de terreno que continha o caminho a que se alude em 7 e os prédios que a ladeavam, por força de escavações e movimentações de terras nele efetuadas, esbateu-se, particularmente mais para nascente.

**23.** O caminho a que se alude em 7 fica pontualmente coberto de silvas e outra vegetação bravia, ocorrendo pontualmente a queda de pedras para o mesmo, o que condiciona, pelo menos até que seja feita a limpeza do terreno e/ou a remoção das pedras, o trânsito, ainda que somente de pessoas.

**24.** Em 30 de março de 1960, por escritura notarial outorgada no Cartório

Notarial de Melgaço, foi constituída servidão de passagem de carro sobre os prédios rústicos denominados “HH” e “II”, ambos pertencentes à ré, em proveito e serviço do prédio identificado em 1.

**25.** O aludido caminho inicia-se na via pública, quase em frente ao portão com o número de polícia 342 da Rua RR, e progride por uma faixa de terreno, presentemente com a largura de 1,90 (apesar de estar prevista a largura de 2,50 metros), a todo o comprimento da extrema norte do que antes de 1997 correspondia ao “II”, continuando, depois, na direção norte/sul através do prédio rústico “HH”, hoje denominado “HH”, descrito na Conservatória do Registo Predial de Melgaço sob os n.ºs XXX e XXX e inscrito nas respetivas matrizes sob os artigos 285 e 288.

**26.** Permite, assim, a comunicação entre a estrada camarária e o prédio identificado em 1, e vice-versa, de carro de tração animal ou motor, a qualquer hora do dia e da noite, durante todo o ano, todos os anos, com ou sem gado.

**27.** Desde a constituição dessa servidão, que os autores e seus antecessores a utilizam para aceder, quando de carro ou trator, ao prédio identificado em 1, o que fazem desde, pelo menos, 1960.

**28.** A ré tem como objeto social a exploração agrícola de vinicultura, em particular da casta “alvarinho”, cultura de frutos e outras culturas destinadas à produção de bebidas, turismo no espaço rural, comércio de vinhos e outros produtos agrícolas.

**29.** Em janeiro de 2012, a faixa de terreno em que assenta o leito do caminho identificado em 7 não se mostrava limpa ou desbravada.

**30.** Entre janeiro e abril de 2012, a ré, com o intuito de plantar vinha no seu prédio rústico e na aludida faixa de terreno, com 1,20 metros de largura e comprimento não concretamente apurado entre 20 e 40 metros, procedeu à remoção das silvas e demais vegetação bravia, à desprega e nivelamento do terreno.

**31.** Em data não concretamente apurada, a ré intervencionou o caminho de servidão a que se alude em 24, alterando, designadamente, a inclinação do mesmo, com o que ficou o acesso de carro ao prédio identificado em 1 dificultado.

**32.** A existência do caminho a que se alude em 7 dificulta a exploração

agrícola do seu prédio identificado em 9, ora porque não permite a colocação de videiras na faixa de terreno onde está implantado, ora porque obriga à interrupção dos trabalhos nessa área.

**33.** Em 23 de dezembro de 2015, a ré tomou conhecimento de que existe um caminho que, em abstrato, permite a ligação entre o prédio identificado em 1 e a Rua da Assadura, no Lugar da Assadura, em Melgaço.

**34.** Tal caminho inicia, para quem nele entra pela via pública, cerca de 40750 metros antes do local em que a Rua da Assadura entronca na E.N. 301, estando, contudo, em causa um caminho privado, pertencente a terceiro que o construiu há cerca de 3 anos, não sendo permitida a circulação de quem quer que seja por ali sem autorização do proprietário.

**Factos não provados (sentença da 1.ª instância):**

a) que as obras a que se alude em 5 dos factos provados tenham sido executadas entre os anos de 1971/1972;

b) que o caminho a que se alude em 7 dos factos provados estabeleça a ligação entre o antigo “Caminho RR”, hoje Rua RR, e o prédio identificado em 1 dos factos provados desde tempos que a memória dos vivos não alcança, há mais de 100 e 200 anos, tratando-se de caminho com existência mais que secular;

c) que o caminho a que se alude em 7 dos factos provados tivesse 1,40 metros de largura e que os seus muros e paredes tenham existência mais que secular;

d) que a atuação da ré descrita em 16 a 18 dos factos provados tenha impossibilitado os autores de retirarem do prédio identificado em 1. dos factos provados todas as utilidades e rendimentos que o mesmo é suscetível de lhes proporcionar;

e) que a demolição dos muros e paredes a que se alude em 21 dos factos provados fosse numa distância de 3 metros do lado norte e de 2 metros do lado sul;

f) que a faixa de terreno onde assenta o leito do caminho identificado em 7 dos factos provados seja parte integrante do prédio identificado em 9 dos factos provados;

**g)** que até Abril de 2012, o caminho identificado em 7 dos factos provados estivesse coberto de mato alto e arbustos espessos e maciços e que estes, juntamente com a vegetação bravia e pedras, sempre tenham impedido o trânsito, ainda que somente de pessoas, através do mesmo;

**h)** que há, pelo menos, 20, 30, 40, 50 anos que não há passagem de pessoas, designadamente dos autores e dos seus antecessores, ou de gado pelo caminho identificado em 7 dos factos provados e que não existissem, até Abril de 2012, quaisquer sinais visíveis e permanentes que revelassem a utilização, pelos autores e seus antecessores, do mesmo para aceder ao prédio identificado em 1. dos factos provados;

**i)** que desde a constituição da servidão a que se alude em 24 e 25 dos factos provados os autores e seus antecessores se limitassem a utilizar o caminho a que ali se alude para aceder ao prédio identificado em 1. dos factos provados, fosse de carro, fosse a pé e que, conseqüentemente, desde aquela altura não mais tenham utilizado o caminho identificado em 7 dos factos provados;

**j)** que a ré estivesse convicta, em Abril de 2012, da inexistência de qualquer caminho de servidão;

**k)** que o caminho a que se alude em 24 e 25 dos factos provados tenha a largura de 2,50 metros;

**l)** que o “HH” se mostre registado a favor da ré pela ap. 3522, de 7 de Janeiro de 2011;

**m)** que o caminho de servidão a que se alude em 24 e 25 esteja por implantar no “II” e que, conseqüentemente, ainda não tenha ocorrido o seu início;

**n)** que a ré não tenha adquirido, por qualquer título, a faixa de terreno onde está implantado o caminho a que se alude em 7 dos factos provados; e

**o)** que os autores e os seus antecessores utilizassem o caminho a que se alude em 33 e 34 dos factos provados para aceder ao prédio identificado em 1 dos factos provados, fazendo-o até à constituição do caminho de servidão a que se alude em 24 e 25 dos factos provados.

### **III. Apreciação do mérito do recurso**

A presente ação inclui no seu objeto o pedido de reconhecimento de uma

**servidão de passagem** constituída por usucapião, em favor de prédio dos autores e onerando prédio da ré.

Que a servidão que os autores queriam ver reconhecida onerava prédio da ré era o pressuposto do formulado pedido de reconhecimento dessa servidão, pois o reconhecimento judicial de uma servidão de passagem só pode ser feito em processo intentado contra o dono do prédio serviente.

O tribunal *a quo* declarou a existência da servidão de passagem a favor do prédio dos autores (al. b) do dispositivo).

No entanto, julgou como não provado que o caminho que entendeu onerado com servidão fizesse parte do prédio da ré. Foi inclusive com esse argumento que julgou improcedente o pedido reconvenicional, pois de outro modo, e perante os factos provados 24 a 27, teria de julgar a servidão extinta por não ser necessária.

Se o prédio onerado e os seus donos não foram devidamente identificados na petição, devia esta ter sido aperfeiçoada. Se não se provou no processo que a ré seja dona do terreno por onde passa o caminho que se pretende de servidão, não podia o tribunal *a quo* declarar constituída uma servidão de passagem a favor do terreno dos autores.

Percebe-se uma contradição grande entre partes do dispositivo da sentença e entre elas e os fundamentos de direito, pois se se entende que não se prova que o terreno por onde passa o caminho, que os autores pretendem constituir servidão de passagem a seu favor, é da ré, então não se pode (não se podia) declarar constituída servidão de passagem por esse caminho em benefício do prédio dos autores. Como começámos por afirmar, uma servidão só pode ser declarada em processo intentado contra o dono do prédio dominante (ou ao qual este dono tenha sido chamada a intervir a título principal). No entanto, não foi suscitada a nulidade da sentença.

A ré optou por outro caminho, que é também o seguido neste acórdão.

De dizer *a latere* que se o tribunal *a quo* entendia que o dono do prédio serviente não estava devidamente identificado, devia ter determinado o aperfeiçoamento da petição e, na sua falta, absolvido a ré da instância por ilegitimidade passiva.

Não o tendo feito e chegando, após julgamento, à conclusão de que não se mostram adquiridos nos autos factos que permitam identificar o prédio dominante e o seu dono, teria de absolver a ré do pedido de declaração de constituição da servidão de passagem por usucapião e dos demais que dessa declaração dependiam.

Mas melhor vejamos. Nos termos dos arts. 1543 e 1544 do CC, a *servidão predial* é o *encargo imposto num prédio* em proveito exclusivo de outro prédio

pertencente a dono diferente, podendo ter por objeto quaisquer utilidades suscetíveis de ser gozadas por intermédio do prédio dominante. Como bem refere Rui Pinto Duarte, a definição legal «perspetiva a situação jurídica em causa do ponto de vista do prédio serviente – e não do ponto de vista do prédio dominante. Por outro lado, «coisifica» a situação, na medida em que omite qualquer referência aos sujeitos intervenientes, como se a relação estabelecida fosse entre coisas e não entre pessoas... É verdade que a relação de servidão predial se estabelece entre os titulares dos prédios em causa por força dessa titularidade – daí derivando a sua natureza real. As relações jurídicas, porém, estabelecem-se entre pessoas e não entre coisas!»(1). «O que, obviamente», continua o Autor em nota, «os autores materiais do Código Civil bem sabiam. Pires de Lima, que incluiu no seu anteprojeto um preceito quase igual ao que foi adotado no art. 1543, antecipou-se à crítica, escrevendo, além do mais: “Nunca poderá ser dado à lei um entendimento absurdo, e a circunstância de se mencionarem especialmente os prédios e não os respetivos donos, tem a vantagem de pôr no seu devido relevo o estado de *inerência* ou *sujeição económica* dum prédio em relação ao outro, e a conseqüente inseparabilidade dos respetivos direitos e obrigações” (*Servidões Servidões*, cit., pág. 6)»(2).

Rui Pinto Duarte sugere, então, como possível (e mais rigorosa, acrescentamos), definição de servidão predial a seguinte: «*direito que o titular de um direito real sobre um certo prédio (dito prédio dominante) tem de utilizar um prédio alheio (dito prédio serviente) para melhor aproveitamento do prédio dominante*»(3).

A constituição de uma servidão predial implica, portanto, uma *relação entre diferentes titulares* de direitos reais sobre diferentes prédios. O reconhecimento de que foi constituída por usucapião uma servidão de passagem há de ser feito em ação intentada contra o titular do prédio serviente.

A decisão do tribunal *a quo* na al. b) do dispositivo, declarando a existência de servidão de passagem pela canēja a favor do prédio dos autores, apenas podia ser feita no pressuposto de o prédio serviente ser da ré, pois o tribunal não poderia declarar uma servidão sem estar nos autos o dono do prédio serviente.

Nos factos 24 a 27 ficou provado que, em 30 de março de 1960, por escritura notarial outorgada no Cartório Notarial de Melgaço, foi constituída servidão de passagem de carro sobre os prédios rústicos denominados “HH” e “II”, ambos pertencentes à ré, em proveito e serviço do prédio que agora é dos autores; o aludido caminho inicia-se na via pública, quase em frente ao portão com o número de polícia 342 da Rua RR, e progride por uma faixa de terreno,

presentemente com a largura de 1,90 (apesar de estar prevista a largura de 2,50 metros), a todo o comprimento da extrema norte do que antes de 1997 correspondia ao “II”, continuando, depois, na direção norte/sul através do prédio rústico “HH”, hoje denominado “HH”; esta servidão constituída em 1960 permite, assim, a comunicação entre a estrada camarária e o prédio dos autores, de carro de tração animal ou motor, a qualquer hora do dia e da noite, durante todo o ano, todos os anos, com ou sem gado, e assim tem sido usada pelos autores.

Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 1569 do CC, as servidões constituídas por usucapião serão judicialmente declaradas extintas, a requerimento do proprietário do prédio serviente, desde que se mostrem desnecessárias ao prédio dominante.

A ré formulou em reconvenção o correspondente pedido.

Considerando os aludidos factos, a servidão de passagem pela caneja (declarada pelo tribunal *a quo*) ter-se-ia tornado desnecessária. Tanto mais que o direito de passagem constituído em 1960 permite o trânsito de veículos, mesmo automóveis, e a caneja não. Acresce que o caminho de 1960 tem cerca de 300 metros (v. inspeção judicial ao local), sendo portanto curto e comportável para a deslocação, incluindo a pé. Tanto não significa que o caminho da caneja fosse inútil para o prédio dos autores; mas a lei não exige a inutilidade como requisito da extinção, basta a desnecessidade.

No entanto, já o referimos, o tribunal *a quo* entendeu que a ré não tinha legitimidade substantiva para invocar essa desnecessidade por não ter provado ser dona da faixa de terreno correspondente à caneja, e assim julgou improcedente o pedido reconvenicional.

Ora bem: entre o dispositivo da al. b) (declaração de servidão de passagem sobre a caneja a favor do prédio dos Autores) e o dispositivo da al. f) (absolvição do pedido de extinção daquela servidão por não se ter provado ser a Ré a dona da faixa) existe uma manifesta e insanável contradição.

O dispositivo da al. b) (e, conseqüentemente, o das alíneas c), d) e e)) dependia de estar assente que a ré é a dona do prédio serviente ou seja do terreno que inclui a caneja.

Uma servidão de passagem só pode ser declarada numa ação intentada contra o dono do prédio serviente. Entendendo o tribunal *a quo* não estar provada a propriedade da ré sobre a caneja, não podia declarar a servidão de passagem dos autores sobre a mesma.

Para uma servidão de passagem poder ser declarada é necessário, pelo menos, identificar: i) O prédio dominante; ii) O prédio serviente; e iii) Dentro deste

prédio, a parte, ou faixa de terreno, que está afetada ou onerada com o acesso ao prédio dominante.

Pretendendo os autores que se declare que determinada faixa de terreno está onerada, em proveito do seu prédio, com o direito de servidão de passagem, tal pretensão tem deser dirigida contra o titular do interesse afetado por essa declaração. O titular desse interesse é, evidentemente, o proprietário do prédio serviente. Com efeito, é o direito de propriedade sobre o prédio serviente que fica limitado em consequência da declaração de que uma faixa desse prédio se encontra onerada com uma servidão de passagem, pois nesse espaço de terreno, não pode gozar do direito de plena propriedade, tal como definido no artigo 1305, do Código Civil.

E porque assim é, uma ação judicial com vista a fazer valer uma servidão de passagem tem de ser intentada contra o titular do direito de propriedade que vai ser atingido pela servidão (o dono do prédio serviente). Não se tendo apurado quem seja esse titular, verifica-se uma ilegitimidade substantiva ou material que é causa de improcedência dos pedidos.

Neste sentido decidiu o Tribunal da Relação do Porto (Henrique Araújo), no acórdão de 09/02/2009, no proc. 0825808, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): «Considerando a noção legal de servidão, nomeadamente quanto à existência de um prédio serviente e de um prédio dominante, pertencentes a donos diferentes, não pode o tribunal emitir uma sentença condenatória de reconhecimento do direito de servidão de passagem onerando um prédio em benefício de outro, sem que se tenha apurado a dominialidade daquele».

Em face da fundamentação de facto da sentença recorrida, constata-se que, no caso vertente, o tribunal entendeu que o prédio serviente e os seus titulares não se encontram identificados.

Estando por saber qual é o prédio a onerar com a servidão de passagem invocada pelos Autores na petição inicial, tal servidão não pode ser judicialmente declarada como constituída, por usucapião, devendo, assim, esse pedido dos Autores ser julgado improcedente. Consequentemente, improcederão os restantes pedidos dos autores, dependentes de tal declaração.

Fala-se em ilegitimidade *substancial ou substantiva* quando se apura que o réu, perante os factos provados (e não já perante a descrição da relação feita na petição), não é efetivamente o titular da relação material controvertida, ou, como sucedeu no caso presente, quando não se prova que o réu seja o titular dessa relação. Nestes casos, ele será absolvido do pedido e não da instância. Uma coisa é a legitimidade processual, pressuposto processual relativo às partes, que se afere, na falta de indicação da lei em contrário, pela relação

material controvertida tal como configurada pelo autor, e cuja falta, não sendo suprida, constitui exceção dilatória, determinando a absolvição do réu da instância (arts. 30 e 278 do CPC).

Coisa distinta é a legitimidade substancial, substantiva ou em sentido material, que tem que ver com a efetividade da tal relação material, afere-se perante os factos provados e a sua falta determina a absolvição do pedido.

Nestes termos, e sem necessidade de reapreciação da matéria de facto, impõe-se julgar procedente o recurso, revogando a sentença recorrida e absolvendo a ré dos pedidos nos termos explicitados na decisão infra.

Repare-se, por último mas não de somenos, que, como de resto decorre de tudo o exposto, não tinha a ré que provar ser dona do seu prédio (supostamente serviente). A titularidade do prédio da ré não é objeto da reconvenção, no sentido de que não é algo que a ré pretenda ver reconhecido ou declarado por via reconvenicional. A titularidade do prédio da ré é um pressuposto da ação, um facto constitutivo do direito que os autores pretendem fazer valer contra a ré. Eram os autores que tinham de provar que a servidão de passagem a que dizem ter direito onera prédio da ré. Não se tendo provado a titularidade do terreno da ré, a ação deve ser decidida contra quem tinha o ónus dessa prova: os autores. A ré só discute a não prova da sua titularidade na medida em que foi reconhecida a servidão e, sendo assim, teria a ré o direito de a ver declarada extinta por desnecessidade.

#### **IV. Decisão**

Face ao exposto, acordam os juízes desta Relação em julgar a apelação procedente, revogando a sentença recorrida no que respeita às alíneas b), c), d) e e) do dispositivo, absolvendo a Ré nessa medida.

Custas pelos Autores.

Guimarães, 18/05/2017

*Higina Orvalho Castelo*

*João Peres Coelho*

*Pedro Damião e Cunha*

\* Escrevemos todo o texto, incluindo citações de obras ou trechos de decisões escritas à luz do Acordo Ortográfico de 1945, em conformidade com a grafia

vigente, do Acordo Ortográfico de 1990.

1. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 3.<sup>a</sup> ed., Principia, 2013, p. 214.
2. Ob. e loc. cit., nota 628.
3. Ob. e loc. cit.