

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA | CÍVEL

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
22/12.9TCFUN.L1.S1	26 de maio de 2015	Sebastião Póvoas

DESCRITORES

Servidão de passagem > Extinção por desnecessidade > Dominialidade > Caminhos públicos > Atravessadouros

SUMÁRIO

- 1) A servidão de passagem (ou de trânsito) é uma “species” do “genus” servidão predial definida no artigo 1543.º do Código Civil, sendo um direito real, “jus in re aliena”, espécie de propriedade imperfeita sobre os prédios servientes.
- 2) À excepção das não aparentes, que não se revelam por sinais visíveis e permanentes, as outras podem constituir-se por usucapião.
- 3) São sinais visíveis e permanentes todos os elementos físicos inequívocos e não precários que tornam certa a aparência da servidão e permitem distingui-la de actos de mera cortesia resultantes de relações de vizinhança.
- 4) O encrave fundiário – falta de acesso directo a uma via pública – pode ser absoluto (se total por o prédio estar circundado por outros que obstaculizam esse acesso) ou relativo (se a comunicação é muito incomoda, onerosa ou insuficiente).
- 5) A desnecessidade de uma servidão tem de ser posterior à sua constituição e deve resultar de uma alteração sobrevinda no prédio dominante, na sequência da qual a oneração perca a utilidade para este.
- 6) A apreciação da desnecessidade é casuística e deve ser referida não na ponderação dos “comoda” do dono do prédio dominante, mas das relações entre os prédios por se tratar de valorar um direito real.
- 7) Os conceitos de via pública e de caminho público podem coincidir se, tratando-se de espaços afectados à livre circulação de pessoas, forem pertença de uma entidade pública (dominialidade) e se mostrarem presentes os demais elementos elencados no Assento do STJ de 19 de Abril de 1989.
- 8) Os atravessadouros são caminhos alternativos, ou meros atalhos, destinados a encurtar distâncias através de prédios particulares e que o Código Civil aboliu desde que não possam ser reconduzidos à categoria de servidão (artigo 1383.º) ou não tenham posse imemorial, não se dirijam a fonte ou ponte de

manifesta utilidade ou não estejam previstos em legislação especial, como a Lei das Águas (artigo 1384.º).

9) Os caminhos públicos integram-se na rede viária enquanto os atravessadouros se dirigem a objectivos determinados, onde têm o seu “terminus”, partindo, embora, de um caminho.

10) O leito dos caminhos públicos é dominial, sendo particular o dos atravessadouros.

11) Numa perspectiva de interesse público, a ponderar na construção de acessos não pode olvidar-se o artigo 71.º da Constituição da República (... n.º 2 ... “integração dos cidadãos portadores de deficiência ...”) preceito a que o Decreto-Lei n.º 43/82 de 8 de Fevereiro deu execução.

12) Mas o artigo 45.º, n.º 2, 2.ª parte do Regulamento Geral das Edificações Urbanas não se aplica em termos de exigências de infra-estruturas, aos becos e rede viária.

TEXTO INTEGRAL

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça,

AA intentou acção, com processo ordinário, para constituição “de direito de servidão de passagem” contra BB.

Alegou, nuclearmente, ser, na qualidade de cabeça de casal por óbito de seu marido CC, proprietária e possuidora do prédio misto, destinado a habitação, localizado na freguesia de ..., mais precisamente no caminho ..., da cidade do ..., inscrito na matriz, sob os artigos urbanos 373 e 2912 e rústico 80 da secção J, e descrito na Conservatória do Registo Predial do ... sob o n.º ..., daquela freguesia de ...; que a Ré é legítima proprietária do prédio urbano contíguo ao seu pelo lado oeste, inscrito na matriz sob o artigo 357 e descrito na Conservatória do Registo Predial do ... sob o n.º 305.º da mesma freguesia; que o seu falecido marido adquiriu, em 29 de Janeiro de 1976, por contrato de compra e venda, o prédio misto acima identificado, com todas as suas servidões e acessões, tendo ali vivido com a Autora desde a compra, aí feito a casa morada de família, criado os seus filhos, trabalhando a terra, nunca o tendo abandonado, até à data da sua morte, continuando a Autora a, aí, residir, até à data da propositura da acção, ou seja há mais de 36 anos; que a Ré adquiriu o seu prédio (contíguo) por escritura de compra e venda em 12 de Fevereiro de 1982; que o prédio da Autora não tem acesso à via pública; que o acesso pedonal ao seu prédio, desde há pelo menos 36 anos, é feito por passagem pedonal através do prédio da Ré; que, contudo nunca foi celebrada qualquer escritura pública de servidão de passagem a onerar este; que a passagem pedonal referida é feita, desde 29 de Janeiro de 1976, pelo “arruamento desenhado na planta da Direcção Regional de Geografia e cadastro que junta.

Mais refere que a Ré mandou colocar um portão de ferro para impedir o acesso pedonal à residência da Autora, tendo obstruído o acesso com a construção de uma escadaria de betão para acesso à sua parte

urbana, destruindo a passagem pedonal, que era de betão e ficou de terra; que, assim, criou um declive pondo em risco a segurança de quem lá passa, designadamente para contagem da electricidade e da água, já que os contadores estão juntos à residência da Autora; que o desnível do piso já provocou a queda da Autora e seus familiares, designadamente em períodos de chuva; que o caminho público de acesso a ambos os prédios é o caminho dos ..., sendo o número de porta para os dois prédios o ...; que sem o acesso pedonal o prédio da Autora está encravado; que o mesmo tem a largura de 1,20 m e o comprimento de 56 m.

Concluindo pedindo o reconhecimento do direito de servidão de passagem, constituída por usucapião e por sentença, com aquelas dimensões, a favor do seu prédio.

A Ré contestou alegando que a Autora não é proprietária do prédio que pretende dominante o qual pertence à herança indivisa aberta por óbito de Álvaro de Freitas, sendo assim parte ilegítima.

A Autora replicou quanto à matéria da excepção e requereu a intervenção principal dos herdeiros ...; ...; ...; ... e sua mulher ...; ... e sua mulher ...; ... e sua mulher ...; ... e seu marido ...; ... e seu marido ... e sua mulher ...; ... e sua mulher ...; ... e sua mulher

Os chamados foram admitidos a intervir.

Tal como o foram DD e mulher, que os Autores chamaram como Réus.

Ofereceram contestação tempestiva impugnando os factos do petitório com a alegação, além do mais, que a utilização da passagem pedonal é clandestina e muito esporádica sendo que os Autores sempre procuraram evitar que os Réus se apercebessem da sua presença; que só muito recentemente, e tendo em vista esta lide, é que passaram a utilizar tal caminho; que existe um beco/vereda que conduz directamente à via pública - Rua ... - ; que há muito os Autores e outras casas vizinhas, carteiros e leitores de contadores utilizam esse beco, que existe há, pelo menos, 50 anos.

Deduzem pedido reconvenicional com fundamento que, mesmo entendendo que o prédio dos Autores era encravado, já não o é pois, há pelo menos 12 anos (desde 2000) que foi construída a estrada alcatroada (Rua ...), plana, iluminada, e sem declive, servida por recolha de lixo, sendo que a casa dos Autores tem portões de ferro que ligam directamente a um beco/vereda de utilização pública, a cerca de 30 metros (40 degraus) da Rua ...; que assim o prédio dos Autores está desencravado sendo desnecessária a servidão que, caso seja reconhecida, deve ser declarada extinta por desnecessidade.

Pedem, finalmente, a condenação dos Réus como litigantes de má-fé.

Os Autores replicaram impugnando os factos que são causa de pedir da reconvenção pedindo a improcedência desta e insistindo pela procedência do pedido principal.

No despacho saneador a Ré BB foi absolvida da instância por ilegitimidade.

O segmento decisório final da 1.ª Instância foi o seguinte:

“Pelo exposto, o Tribunal decide julgar:

A) Totalmente procedente, por provada, a acção e, conseqüentemente, reconhecer a servidão de passagem constituída por usucapião, consistindo no acesso pedonal, com largura de cerca de 1 metro e 20 centímetros, por 56 metros de comprimento, sobre o prédio da ré, inscrito na matriz sob o artigo 357 e descrito na Conservatória do Registo Predial do ..., sob o n.º 305, da freguesia de ..., a favor do prédio misto da autora inscrito sob os artigos urbanos 373 e 2912 e artigo rústico 80 da secção J e descrito na

Conservatória do Registo Predial do ... sob o n.º ... da freguesia de ...;

B) Totalmente procedente o pedido reconvençional e, conseqüentemente, declarar extinta, nos termos do disposto no artigo 1569.º n.º 2 do Código Civil, a servidão pedonal constituída por usucapião sobre o prédio dos RR, descrito na Conservatória do Registo Predial do ... sob o n.º 305 e inscrito na matriz predial urbana sob o artigo 357 da freguesia de ..., a favor do prédio misto dos AA, o qual está inscrito na matriz predial urbana sob os artigos 373.º e 2912 e a parte rústica sob o artigo 80 da secção J, e descrito na Conservatória do Registo Predial do ... sob o n.º 2164.

C) Totalmente improcedente o pedido de condenação por litigância de má fé.”

Os Autores apelaram para a Relação de Lisboa que, em provimento do recurso, revogou a sentença “na parte em que julgou procedente o pedido reconvençional, pelo que, mantendo-se a mesma no mais, julga-se a reconvenção improcedente e absolvem-se os recorrentes desse pedido”.

Inconformados, os Réus pedem revista, formulando as seguintes conclusões:

1.ª - O Acórdão aqui em crise alicerçou a sua decisão no seguinte entendimento:

a) que o desencravamento do prédio dominante, que beneficia da servidão de passagem a pé, constituída por usucapião, pressupõe a qualificação do acesso (à via pública) como caminho público, não tendo os Réus (que deduziram o pedido reconvençional de extinção da dita servidão por desnecessidade) feito prova de que tal acesso desde tempos imemoriais está no uso direto e imediato do público;

b) e que “(...) dos factos assentes não resulta que (...) o acesso pelo beco, proporciona precisamente condições iguais ou similares, de utilidade e comodidade de acesso ao prédio dominante, às da servidão que se pretende ver extinta ou (...) não desproporcionalmente agravadas, porquanto “(...) entre um acesso pedonal sem qualquer referência a socalcos ou degraus, com base no qual foi reconhecida a servidão, adquirida por usucapião, e o beco em causa, logo se suscitam obstáculos à tal similitude de utilidades e comodidades pelo modo de progressão diverso que fisicamente cada um permite. Tudo agravado pela pouca sensível diferença de cumprimento entre ambos.” Tendo, ainda, sido referido no sumário de tal acórdão que “para a desnecessidade de uma servidão de passagem a pé para efeitos da sua extinção deve provar-se não só que a mesma deixou de ser indispensável para o prédio dominante, como também que para ele deixou de ter qualquer utilidade”

2.ª - Dispõe o artigo 1543.º do CC que a servidão predial é um encargo imposto num prédio (serviente) em benefício exclusivo de outro prédio (prédio dominante) pertencente a dono diferente.

3.ª - Estamos, assim, perante um direito real de gozo sobre coisa alheia ou direito real limitado, mediante o qual o dono do prédio tem a faculdade de usufruir ou aproveitar as vantagens ou utilidades do prédio alheio (ius in re aliena) em proveito do seu, o que envolve a correspondente restrição ao gozo efetivo do dono do prédio onerado, porquanto este fica inibido de praticar atos que sejam suscetíveis de prejudicar o exercício da servidão.

4.ª - O nosso ordenamento jurídico prevê dois tipos de servidões: - as servidões legais que poderão ser coativamente impostas, ainda que não deixem de ter essa natureza pelo facto de terem os donos dos prédios servientes aceite voluntariamente essas sujeições — e que é o caso, designadamente, das servidões previstas nos artigos 1550.º a 1; - e as servidões voluntárias que resultam da vontade das partes, sem que haja preceito legal que as imponha.

5.^a - Na hipótese dos presentes autos veio a servidão legal de passagem a ser judicialmente reconhecida como tendo sido constituída, por usucapião, porquanto se logrou provar que o acesso pedonal ao prédio dos aqui Recorridos foi, desde há pelo menos 36 anos, feito por um trajeto que passa pelo prédio urbano dos aqui Recorrentes (sendo este contíguo àquele) que desemboca na via pública denominada ..., com o número de porta para os dois prédios (ou seja, o citado n.º ...) e que neste acesso, com a largura de cerca de 1,20m (um metro e vinte) e 36 metros de comprimento, se mostra construída uma escadaria para a casa dos Réus — conforme itens 6 a 8 da acima elencada matéria dada como provada, e fotografias juntas aos autos a fls. 48 a 51 e fotografia junta sob as IMG 4397 e IMG 4392, bem como o trajeto desenhado na planta topográfica emitida pela Câmara Municipal do ..., junta esta a fls. 224, e planta cadastral, junta a fls. 46 e, ainda, fotografia aérea de fls. 278 e 279.

6.^a — Mas, também, foi dado por provado que:

- o prédio dos Autores, aqui Recorridos, desde, sensivelmente, o ano 2000, com a construção e inauguração da Rua ... (a qual fica situada a norte dos prédios dos aqui Recorrentes e Recorridos) tem acesso independente àquela via pública, através de dois portões de ferro colocados no seu prédio que conduzem diretamente a um beco / vereda de utilização pública que existe há pelo menos 50 anos, o qual há muito é usado pelos aqui Recorridos, bem como por outras casas vizinhas que se servem de tal beco, encontrando-se este em bom estado de conservação, com iluminação pública e dista (desde os portões de ferro da casa dos aqui Recorridos) a cerca de 20 a 30 metros (63 degraus) da citada Rua ..., sendo certo que foi com a construção desta Rua que tal beco / vereda passou a servir a casa dos Autores e dos vizinhos — tal como consta nos anteriores itens 11 a 15, 17e 18 da matéria de facto dada por assente, tendo o sentença fundado a sua convicção para tanto nas fotografias juntas aos autos sob as IMG 4435, 4436, 4437, 4438, 4439, 4440, 4392, 4393, 4433, 4435, 4436, 4439 e 4440, bem como no auto de inspeção judicial ao local (sendo ambos, segundo aquele Tribunal, “elucidativos da realidade material do local”) bem como na prova testemunhal.

7.^a - Nestes termos verificamos que os aqui Recorridos acedem (e tal como consta no item 6 e 13 da matéria dada por provada nas instâncias) à via pública por dois acessos:

- ora fazendo uso da passagem objeto de servidão, constituída por usucapião, e que lhes dá acesso à via pública "Caminho dos ...";

- ora fazendo uso do tal beco / vereda, que é, repita-se, de utilização pública, que apresenta as características discriminadas na anterior conclusão (a 7.^a) e que lhes dá acesso à via pública “Rua ...”, beco / vereda essa que, segundo um documento emitido pela Câmara Municipal do ..., e junto aos autos a fls. 302, e “apesar de não constar do cadastro dos arruamentos públicos Camarários, serve de acesso a várias moradias e possui, inclusivamente, rede de iluminação pública”. Mais foi esclarecendo por aquela edilidade que por não ter existido registo de qualquer cedência feita para o domínio público, não está aquela Câmara em condições de poder afirmar que se trata de uma vereda pública, muito embora todos os dados disponíveis indiciem essa hipótese.

8.^a - O acórdão aqui em crise partiu da premissa, e em nosso entendimento errada que não tem qualquer sustentação ou orientação jurisprudencial, de que o desencravamento de um prédio que beneficie de uma servidão de passagem pressupõe a qualificação do acesso à via pública como caminho público.

9.^a - A verdade é que para que o prédio deixe de ter o tal enclave absoluto (n.º 1, do artigo 1550.º do CC) ou relativo (n.º 2, do artigo 1550.º do CC) terá, antes, que ter, isso sim, uma via de acesso, comunicação, caminho para a via pública e não, necessariamente, um caminho público, porquanto desta feita já comunicaria, absoluta ou relativamente, com a via pública e não com o tal acesso.

10.^a - Além de que ainda que o prédio dominante comunique diretamente para a via pública ou caminho público, isto, só por si, não seria suficiente para que a servidão constituída, por usucapião, sobre o prédio serviente venha a ser extinta, por desnecessidade, porquanto este caminho (e ainda que seja público) deverá oferecer “condições de utilização similares, ou pelo menos, não proporcionalmente agravadas” às do caminho objeto da servidão - conforme enunciado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de março de 2012, com o n.º de Processo 263/1999.PI.S2, tendo sido Relator o Venerando Senhor Juiz Conselheiro Tavares de Paiva disponível em www.stj.pt e Acórdão da Relação de Coimbra de 25 de setembro de 2007, disponível em www.dgsi.pt

11.^a — No caso dos presentes autos foi dado por provado que o prédio dos aqui Recorridos, tem, também, acesso à “Rua ...” (via pública) através de dois portões de ferro que conduzem diretamente para o tal beco / vereda, de utilização pública (conforme item 17 acima enunciado) que existe há pelo menos 50 anos e que é usado pelos Recorridos, bem como pelos vizinhos, para acederem àquela via pública, dispondo este de iluminação pública.

12.^a - Deste modo, e ainda que não se pretenda a qualificação de tal acesso como público, e não sendo condição para demonstrar a extinção, por desnecessidade, da servidão legal de passagem constituída por usucapião, o requisito de que o acesso à via pública, por parte do prédio dominante, terá que ser feito por um caminho público, a verdade é que todo o asservo fáctico, dado por provado nas instâncias, indicia que aquele beco / vereda se trata de um caminho público.

13.^a - As mais recentes interpretações restritivas feitas pelo Supremo Tribunal de Justiça ao Assento deste Tribunal de 19 de abril de 1989, hoje com valor de Acórdão de uniformização de jurisprudência, e segundo o qual “são públicos os caminhos que desde tempos imemoriais estão no uso direto e imediato do público”, têm considerado que está preenchido o requisito da imemorialidade, para efeitos de classificação de um caminho como público, desde que o uso deste ocorra há mais de 50 ou 60 anos - conforme explanado nos Acórdãos de 13 de janeiro de 2004, Proc. 03A3433, disponível em www.dgsi.pt. de 8 de maio de 2007, Proc. 07A981, disponível em www.dgsi.pt, de 14 de fevereiro de 2012, Proc. 295/04.OTBOFR.C1.S1, disponível em www.stj.pt. e de 18 de setembro de 2014, Proc. 44/1999.E2.S1, disponível em www.stj.pt.

14.^a - Ora, ficou provado, repita-se, que aquele beco / vereda existe há pelos menos 50 anos, que é de utilização pública, há muito usado pelos aqui Recorridos e vizinhos (conforme consta nos itens 13, 14 e 17 da matéria de facto dada por provada) que ali têm as suas moradias (conforme documento junto aos autos a fls. 302) dispondo aquele de iluminação pública.

15.^a - E o uso das expressões de que tal beco / vereda existe “há pelo menos 50 anos” e que “há muito são usados pelos Autores, bem como por outras casas vizinhas que se servem de tal beco” pretende significar que as pessoas se lembram da utilização de tal acesso, pelo público, pelo menos desde há 50 anos, constituindo estes 50 anos o limite mínimo de tempo de utilização pública que os vivos recordam e já não

um limite máximo que é ignorado por ser desconhecido.

16.^a - Destarte, os tais dois portões de ferro colocados no prédio dos aqui Recorridos conduzem diretamente ao tal acesso, beco / vereda, que, em face da matéria dada por provada nas instâncias, para além de ser um caminho de utilização pública é usado há pelo menos 50 anos, significando estes 50 anos um limite mínimo de utilização que o levam a considerar com um uso imemorial.

17.^a - Pelo que o Acórdão da Relação, aqui em crise, ao ter decidido que os aqui Recorridos não lograram provar que tal caminho desde tempos imemoriais que está no uso direto e imediato do público, violou o artigo 342.º, n.º 1, do CC.

18.^a - O Acórdão aqui em crise, e contrariamente ao decidido no Tribunal de primeira instância, não tem razão ao referir que os aqui Recorrentes não alegaram, nem provaram os elementos avaliativos que permitiriam inferir pela desnecessidade da servidão.

19.^a - Nos termos do artigo 1569.º, n.º 2 do CC “as servidões constituídas por usucapião serão judicialmente declaradas extintas, a requerimento do proprietário do prédio serviente, desde que se mostrem desnecessários ao prédio dominante”.

20.^a - Efetivamente, o encargo/servidão representa uma exceção ao princípio geral do conteúdo, tendencialmente, ilimitado do direito de propriedade, consagrado este no artigo 1305.º do CC, pelo que é compreensível que se extinga, enquanto exceção e compressão de tal princípio geral, se desnecessária, de modo a que o direito de propriedade retome a plenitude da sua vocação originária.

21.^a - A servidão de passagem que os aqui Recorrentes pretendem ver declarada extinta, por desnecessidade, constituiu-se por usucapião, e desde que se demonstre a sua desnecessidade para o prédio dominante, poderá o Tribunal, de acordo com o artigo 1569.º, n.º 2, do CC, julga - la extinta, tal como fez o Tribunal de primeira instância.

22.^a - A lei pretende que seja feita uma ponderação atualizada da necessidade de manter o encargo sobre o prédio, deixando-se ao prudente alvedrio do julgador a avaliação, no momento considerado (e segundo um juízo de prognose de proporcionalidade subjacente aos interesses em causa) da existência de alternativa que, sem ou com um mínimo de prejuízo para o prédio dominante, permita que venha a ser eliminado o encargo incidente sobre o prédio serviente, garantindo uma acessibilidade, em termos de comodidade e regularidade ao prédio dominante, sem onerar, desnecessariamente, o prédio serviente.

23.^a - No fundo a desnecessidade da servidão verifica-se (e tal como referia a terceira hipótese prevista no parágrafo único do antigo artigo 2279.º do Código de Seabra) quando “o proprietário dominante poder fazê-lo por qualquer outro meio igualmente cómodo”

24.^a — E nos presentes autos, em que o Tribunal de primeira instância, que, inclusivamente, aferiu da extensão e modo de exercício da servidão por contraponto com o outro caminho (beco / vereda de utilização pública) que dá acesso à via pública, por inspeção judicial ao local, foi dado por provado que:

- a passagem objeto da servidão tem uma escadaria (que dá também acesso à casa dos aqui Recorrentes) e a largura de cerca de 1,20m e 36 metros de comprimento - conforme e itens 6 a 8 da acima elencada matéria dada como provada, e fotografias juntas aos autos a fls. 48 a 51 e fotografia junta sob as IMG 4397 e IMG 4392, bem como o trajeto desenhado na planta topográfica emitida pela Câmara Municipal do ..., junta esta a fls. 224, e planta cadastral, junta a fls. 46 e, ainda, fotografia aérea de fls. 278 e 279;

- passagem esta (objeto da servidão) que dá acesso à via pública “Caminho ...” que é uma estrada com elevado grau de inclinação, sendo acentuado o declive — conforme itens 8 e 19 e fotografias juntas aos autos sob as IMG 444, 4445 e 4447;

- o prédio dos Autores (aqui Recorridos) desde sensivelmente o ano 2000, com a construção da “Rua ...”, que fica a norte dos prédios das partes, tem acesso independente à via pública, através dos tais dois portões de ferro que ligam diretamente ao tal beco / vereda de utilização pública, que está em bom estado de conservação, tem iluminação pública e dista a cerca de 20 a 30 metros (63 degraus) da tal “Rua ...” - conforme itens 11, 12, 15, 17 e 18 da matéria de facto dada por provada;

- e que este outro acesso, com cerca de 20 a 30 metros e 63 degraus, é, inclusivamente, usado pelos aqui Recorridos (e demais vizinhos da zona), indo desembocar na Rua ... que é uma estrada plana, sem declive na zona de residência dos Autores e Réus, devidamente iluminada e servida por recolha municipal de lixo — conforme consta nos itens 14 e 16 da matéria de facto dada por provada.

25.ª - Mal andou, então, o Acórdão aqui recorrido ao considerar que dos factos assentes não resulta que o acesso pelo beco / vereda proporciona precisamente condições iguais ou similares de utilidade e comodidade de acesso ao prédio dominante, como as que resultariam da servidão que se pretende ver extinta, fazendo, inclusive, referência ao facto de que a passagem objeto da servidão não apresenta socalcos ou degraus, quando bem se vê, dessa mesma matéria dada por provada que assim não é!

26.ª - Entre dois acessos ao prédio dominante para a via pública com escadaria, tendo o que não é o da passagem objeto da servidão, uma distância que é inferior à daquela, o qual vai desembocar numa via pública que oferece melhores condições de utilização (do que a via pública a que dá acesso a servidão) porquanto é plana, sem declive na zona de residência dos Autores e Réus, devidamente iluminada e servida com recolha municipal de lixo, conclui-se que é o tal beco / vereda que oferece, inclusivamente, melhores condições de utilização, comodidade e regularidade ao invés da passagem objeto da servidão, sendo, por isso, inclusivamente, usado pelos aqui Recorridos.

27.ª - Por tudo o explanado, mal andou o Acórdão aqui recorrido ao não ter feito uso do prudente alvedrio do julgador, tendo olvidado factos dados por provados que são essências para que se pudesse avaliar da existência de uma alternativa à passagem da servidão que permitisse a extinção desta, e que por isso mesmo julgou procedente a apelação e conseqüentemente revogou a sentença que havia declarado extinta, por desnecessidade, a servidão de passagem, constituída por usucapião, tendo por isso violado o artigo 1569.º, n.º 2 do CC.

28.ª - E tendo os aqui Recorrentes (Réus) realizado, tal como lhes competia, a prova da tal desnecessidade da servidão, o prolatado Acórdão, aqui em crise violou, também, o disposto no artigo 342.º, n.º 2 do CC.

29.ª - Decidindo como decidiu, o acórdão recorrido fez uma incorreta valoração dos factos dados por provados, bem como uma incorreta aplicação do Direito aos mesmos, tendo violado o disposto nos artigos 341.º, n.º 1 e 2 e 1569.º n.º 2, todos, do CC.”

Contra-alegaram os Autores em defesa do julgado.

As instâncias deram por assente a seguinte matéria de facto:

- Os autores são donos em comum e sem determinação de parte, por sucessão por morte de CC, do prédio misto, destinado a habitação, localizado na freguesia de ..., mais precisamente no Caminho ..., da cidade e concelho do ..., inscritos na matriz sob os artigos urbanos 373 e 2912 e artigo rústico 80 da Secção J, e descrito na Conservatória do Registo Predial do ... sob o número 2164/20030220, da freguesia de ... (A));
- Os Réus são legítimos proprietários e possuidores do prédio urbano contíguo ao da A. pelo lado oeste, inscrito na matriz sob o artigo 357 e descrito na Conservatória do Registo Predial do ... sob o número 305, da freguesia de ... (B));
- O marido da A., ora falecido adquiriu por contrato de compra e venda, datado de 29/01/1976, o prédio misto referido no artigo 1º da p.i. (C));
- BB adquiriu por escritura de compra e venda em 12/02/1982, o prédio contíguo ao da ora A., prédio este descrito em b) (D));
- Está a decorrer o respectivo inquérito criminal na 1ª Secção do Ministério Público da Comarca do ... sob o NIPC n.º 1366/11.2TAFUN por ameaças e agressões físicas entre as partes neste processo (E));
- Desde 29-01-1976 o acesso pedonal ao sobredito prédio da A., desde pelo menos a época em que o seu marido, ora falecido, ou seja, desde há pelo menos 36 anos, foi feito por passagem pedonal que passa pelo supracitado prédio da R., conforme desenhado na Planta da Câmara Municipal do ... (2º);
- Está colocado um portão em ferro na entrada do prédio dos RR e que se mostra construída uma escadaria para acesso à casa dos ora RR, conforme fotografias juntas aos autos a fls. 48 a 51, bem como que os contadores da Autora se encontram instalados junto à sua residência (3º);
- O acesso ao prédio dos Réus e dos AA tem vindo a ser feito pelo Caminho d..., sendo o número de porta para os dois prédios o nº ..., com a largura de cerca de 1,20 m e 36 metros de comprimento (4º);
- Desde antes de 29.01.1976, quando os dois prédios pertenciam a outra pessoa, que passam pessoas a pé no acesso pedonal (6º);
- Está colocada uma caixa de correio pertencente aos AA na entrada da propriedade dos RR (8º);
- O prédio dos AA, desde sensivelmente o ano 2000, com a construção da Rua ..., a norte dos prédios das partes, tem acesso independente à via pública através de dois portões de ferro (9º);
- Portões esses que conduzem directamente a um beco/vereda (vide IMG - 4435, 4436, 4437, 4438), beco esse que conduz directamente à via pública, mais concretamente, à Rua ... (10º);
- E que há muito são usados pelos AA., bem como por outras casas vizinhas que se servem de tal beco (11º);
- Tal beco existe há pelo menos 50 anos e que, pelo menos desde a construção da Rua ... serviu a casa dos AA e de outros vizinhos (12º);
- Por volta do ano 2000, foi feita e inaugurada uma estrada alcatroada chamada Rua ..., a qual se encontra a escassos metros dos portões da casa dos AA., conforme igualmente se constata pelas imagens n.º 4435, 4439 e 4440 (13º);
- A estrada mencionada uma estrada plana, sem declive na zona das residências dos AA. e RR., encontrando-se devidamente iluminada e servida por recolha municipal do lixo (15º);
- A casa dos AA. possui dois portões em ferro que ligam directamente a um beco/vereda de utilização pública. (IMG - 4392, 4393, 4433, 4435, 4436, 4439 e 4440) (16º);

- Tal beco encontra-se em bom estado de conservação, tem iluminação pública e dista cerca de 20 a 30 metros (63 degraus) da Rua ... (17°);
- O caminho dos Salões é uma estrada com um elevado grau de inclinação, sendo acentuado o declive, (vide IMG - 4444, 4445 e 4447) (18°)”.

Após terem sido colhidos os vistos, cumpre conhecer.

1- Servidão de passagem.

2- Extinção por desnecessidade.

3- Via pública / caminho público e atravessadouro.

4- “In casu”.

5- Conclusões.

*

1- Servidão de passagem

1-1- A servidão de passagem, ou de trânsito, é uma “species” do “genus” servidão predial que o artigo 1543.º do Código Civil define como “o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia.”

A servidão terá como escopo “quaisquer utilidades” ainda que não valorizem o prédio dominante.

Nos termos do artigo 1547.º do diploma citado podem ter na origem um negócio jurídico (contrato ou testamento) consensual, com efeitos reais, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva.

À excepção das servidões não aparentes têm possibilidade de se constituir por usucapião, sendo que assim se consideram as que não se revelem por “sinais visíveis e permanentes”.

As servidões legais podem ter na sua génese uma sentença judicial ou um acto administrativo. Ali, quando não haja acordo entre as partes. Aqui, quando a lei exija a intervenção da autoridade administrativa para a criação do encargo.

As servidões administrativas foram genericamente previstas na Lei 2030 (artigo 3.º) sendo que o n.º 1 do preceito dispunha poderem constituir-se sobre imóveis as servidões necessárias à realização de fins de utilidade pública previstos na lei.

Segundo o Des. Norman Mascarenhas, trata-se de uma “vinculação de um imóvel, ditada por um fim de interesse público e a que os titulares se não podem opor” (“Constituição e Extinção de Servidões Prediais, apud S.J. XXXI - 1982 - 393).

Retomando, e conceptualizando, o que deve entender-se por sinais visíveis e permanentes é fácil concluir que se tratam de elementos dos quais resulta a aparência da servidão, pois os mesmos destinam-se a revelá-la e tornar inequívoca - não a confundindo com mera cortesia resultante de relações de vizinhança - a actividade exercida.

Trata-se de lograr que a relação entre os prédios se apresente externamente, não bastando que a aparência se revele por obras ou sinais exteriores, de natureza precária e equívoca.

“É necessário que além de visíveis (tendo a visibilidade destinada a garantir a não clandestinidade os sinais sejam permanentes. Pois, como refere Branca, a permanência da obra ou sinal, torna seguro que não se trata de um acto praticado a título precário, mas de um encargo preciso, de carácter estável ou duradouro como é próprio da servidão” (cfr. Giuseppe Branca “Servitù predial in Commentario del Codice Civile de Scialoja e Branca”, Livro 3.º, cit. Profs. Pires de Lima e A. Varela, “Código Civil Anotado”, I, 2.ª ed. 579 – Des. Norman Mascarenhas in “Constituição e Extinção das Servidões Prediais”, apud “Scientia Iurídica” Tomo XXXI – 1982, 300, acima citado).

1-2- Feita a breve resenha classificativa das servidões iremos deter-nos sobre o tipo que aqui releva.

E esse é o das servidões de passagem constituídas por usucapião.

No caso em apreço foi pedido que se declarasse constituído esse tipo de servidão tendo sido excrescentemente alegada a ausência de comunicação com a via pública “nem condições que permitam estabelecê-la sem excessivos incómodos ou dispêndio” tal como dispõe o n.º 1 do artigo 1550.º do Código Civil, sendo que o n.º 2 alarga o direito ao proprietário que tenha comunicação “insuficiente com a via pública, por terreno seu ou alheio”.

É um direito real “jus in re aliena”, uma espécie de propriedade imperfeita que onera os bens em que recai. Explicitava o Dr. Luciano e Castro que constitui uma imposição de restrição ao direito de propriedade perfeita do dono do prédio serviente, é como que um desmembramento desse direito e deve classificar-se entre as servidões descontinuas e aparentes (“Servidão de passagem para prédios encravados” in “O Direito” 44.º - 10-145).

Aquele preceito corresponde ao artigo 2309.º do Código Civil, de 1867.

Agora, e então, relevava o conceito de prédio “encravado”, sendo que a doutrina elaborou “distinguo” entre encrave absoluto “quando não haja materialmente comunicação com a via pública e relativo, quando essa comunicação exista mas seja economicamente inviável” (Prof. Menezes Cordeiro in “Direitos Reais”, 1979 –, p. 731, nota 1699).

Porém o encrave só releva para as servidões legais.

Durante anos a maioria das leis só admitia como fundamento de servidão legal o encrave absoluto do prédio dominante (cfr. a anterior redacção do artigo 682.º do CC francês; o artigo 593.º do CC italiano de 1865; e o citado artigo 2309.º do Código de Seabra com apoio de Dias Ferreira, (Código Civil Anotado, 1.ª ed., vol. 5.º, 7055) Cunha Gonçalves (“Tratado de Direito Civil” II) Gonçalves Rodrigues – in “Da Servidão Legal de Passagem”, Coimbra, 1962, 200 ss) questão que hoje o n.º 2 do artigo 1550.º arrumou.

O Prof. Oliveira Ascensão (apud “Direito Civil Reais” 5.ª ed., 1993, 507) explica com clareza:

“A noção de prédio encravado é hoje muito ampla.

A lei permite impor a constituição de servidão de passagem sobre prédio circundante em três casos (artigo 1550.º):

- 1) quando um prédio não tem comunicação com a via pública (encrave absoluto)
- 2) quando um prédio não tem condições de a estabelecer sem excessivo incómodo ou dispêndio

3) quando um prédio tem comunicação insuficiente com a via pública, por terreno próprio ou alheio.

A existência de um grande desnível entre o prédio e a via pública representa uma típica ocorrência da segunda hipótese”.

Certo, porém, que ainda na vigência do Código Civil de 1867 alguma jurisprudência e doutrina (v. g. sentença de Oliveira do Hospital de 2 de Março de 1886; Acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de Agosto de 1909 – Gazeta da Relação de Lisboa, 23.º, 451 – confirmado pelo Acórdão do STJ de 19 de Dezembro de 1901 – ob. cit. 25.º, 457; - “Revista de Legislação e Jurisprudência”, 46.º, 89 ss e 49.º 236-237.º) já decidiam ser “encravado, para os efeitos do artigo 2309.º, o prédio que tem uma comunicação insuficiente para as necessidades da sua exploração e careça, por isso, de outra comunicação melhor” – cfr. ainda o Dr. Maduro Pinto, “Prédios Encravados” apud “O Direito”, Tomo XLIX – 1917 – 54 ss)

Mas se, e como refere o Cons. Rodrigues Bastos (“Notas ao Código Civil”, V, 298) a verificação do encrave absoluto é, em regra, fácil de fazer, o excesso de incómodo, como o dispêndio devem ser avaliados tendo em conta “o valor económico do prédio, de harmonia com a sua natureza e utilização ordinária”.

2 - Extinção por desnecessidade.

Só recorreram os Réus limitando o objecto do recurso ao segmento em que decaíram – improcedência do pedido reconvenicional, consistente na declaração de extinção, por desnecessidade, da servidão de passagem sobre o seu prédio.

Curiais, pois, algumas considerações sobre a extinção das servidões com o fundamento alegado, ou seja o que consta dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1569.º do Código Civil.

Trata-se, então, de averiguar se o prédio dominante tem, ou não necessidade de manter a servidão, sendo que a declaração de extinção é potestativa e apenas aplicável às servidões constituídas por usucapião e às legais independentemente do título constitutivo.

Anteriormente, o § único do artigo 2279.º do Código Civil de 1867 (na redacção do Decreto n.º 19126) consagrava a desnecessidade como causa extintiva, discutindo-se, porém, o seu âmbito de aplicação.

Segundo parte da doutrina essa causa só era de aplicar às servidões constituídas por usucapião (“prescrição”) pois só a estas se referia o preceito; para outros, a norma seria aplicável a todas as servidões, qualquer que fosse o título constitutivo, assim interpretando o artigo 2313 e § único aplicável às servidões de passagem (cfr. v. g. Prof. Pires de Lima – “Cessação da Servidão de Passagem – Notas ao artigo 2313.º CC” – RLS 77.º - 3ss).

Hoje, e como acima se referiu os n.ºs 2 e 3 do apreciando artigo 1569.º eliminou esta querela, amplamente debatida na discussão do artigo 30.º do Anteprojecto das “Servidões Prediais”.

Certo, porém, que ainda agora se pretende, por razões de lógica, o alargamento do âmbito do n.º 2 daquele preceito a todas as servidões prediais que se tornem desnecessárias (cfr. Profs. Pires de Lima e A. Varela no seu “Código Civil Anotado” e Dr. Mário Távarela Lobo, in “Manual do Direito das Águas”, II, 2.ª ed., 323, que escreve a fls. 326: “A disposição do n.º 2 do artigo 1569, embora referindo-se só à usucapião, não impede que o proprietário do prédio serviente requeira a cessação da servidão, com fundamento na sua desnecessidade, quer tenha sido constituída por usucapião, quer o seu título constitutivo tenha sido a

destinação do pai de família, o contrato ou testamento, se a desnecessidade ou inutilidade for superveniente. De qualquer modo, como bem julgou o Supremo, a desnecessidade de uma servidão tem que ser posterior à sua constituição, e há-de resultar de uma alteração sobrevinda no prédio dominante, na sequência da qual a servidão perca a sua utilidade” (e, em nota, cita o Acórdão do STJ de 25 de Outubro de 1983 – BMJ 331-612).

Temos dificuldade em aceitar esta interpretação, que tem a opinião contrária do Cons. Rodrigues Bastos (ob. cit. v. 321) quanto às servidões constituídas por destinação do pai de família, sendo esta última também a opção do Prof. Penha Gonçalves (in “Curso de Direitos Reais” 1992, p. 477 – nota 715). Porém é questão que aqui não se põe.

A servidão torna-se desnecessária quando, por razões que se prendem com o prédio dominante, o uso do serviente deixou de ter utilidade para aquele (cfr. Prof. Oliveira Ascensão – “Desnecessidade e Extinção de Direitos Reais”, apud separata da “Revista da Faculdade de Direito de Lisboa”, 1964, 12; e ainda o Parecer da PGR, BMJ147-67; e v.g. Ac STJ de 8/3/63 BMJ 125—504, na vigência do artº2313º CC 1867).

É que, sendo a servidão um encargo a onerar um prédio a favor de outro, necessariamente aumentando o valor deste, já que permite uma melhor, e mais rentável, utilização do prédio encravado, tornando-se desnecessária dever cessar, sob pena de ferir sem razão válida o acervo dos direitos que integram a propriedade e constam do artigo 1305.º da lei substantiva civil.

Daí que, verificando-se que a servidão de passagem sobre o prédio serviente deixou de interessar ao prédio dominante, o dono daquele pode pedir a respectiva extinção.

Mas essa desnecessidade deve apresentar-se como objectiva, típica e exclusiva caracterizada por uma mudança de situação do prédio dominante – que não do serviente – mercê de alterações ulteriores, não bastando razões subjectivas como a ausência de interesse, vantagens ou conveniências pessoais do onerador.

Isto porque, como ensina o Prof. Oliveira Ascensão (apud “Desnecessidade ...”, ob. cit. 10) “a servidão assenta numa relação predial estabelecida de maneira que a valia do prédio aumenta graças a uma utilização «latu sensu» de prédio alheio. Quando essa utilização de nada aproveite ao prédio dominante surge-nos a figura da desnecessidade.”

A servidão de passagem (ou de trânsito) é um direito real, “jus in re aliena”, “species” de propriedade imperfeita.

Expõe o Dr. J. Luciano de Castro (“Servidão de passagem para prédios encravados” – apud “O Direito”, Ano 44.º, 10, 145) que “o direito que têm os donos dos prédios encravados de exigir servidão pelos prédios vizinhos está limitado ao caso de não ter o prédio encravado comunicação alguma com as vias públicas; de maneira que se não possa entrar n’elle, nem sair d’elle, sem passar pelo prédio ou prédios vizinhos.” [Note-se que aqui se faz apelo ao conceito de enclave absoluto acima analisado].

E mais adiante refere que “via pública é o caminho por onde se pode transitar livremente, com meios adequados de locomoção”.

3- Via pública / caminho público e atravessadouro.

3-1- O já citado artigo 1550.º do Código Civil – que dogmatiza as servidões de passagem – traça o conceito

de “prédio encravado” por referência a comunicação com a “via pública”.

Importa, pois, tratar este último conceito antes da subsunção dos factos, considerando o conteúdo da alegação dos recorrentes.

Certo, porém, que há que proceder ao “distinguo” (se é que existe, para além do nomen juris”) entre via pública e caminho público.

Para o Prof. A. da Penha Gonçalves – cit. “Curso de Direitos Reais”, 1992, 464 – via pública são os “espaços abertos destinados à livre circulação das pessoas (v.g. estradas, ruas, largos, praças, etc.)” O que inculca a ideia de serem coincidentes os conceitos de via pública e de caminho público.

Mas, embora possam, em certos casos, ser reconduzidos à mesma realidade, importa ponderar que a doutrina mais atenta (e rigorosa) aponta para a dominialidade quando se aborda a dogmática dos caminhos públicos.

Vejamos, então, em termos de apurar se o legislador do artigo 1550.º do Código Civil ao referir “via pública” pretendeu equiparar esta com caminho público com a respectiva exigência legal.

Como acima referimos, ao citar o Prof. Penha Gonçalves o, por aí, poder-se circular livremente caracteriza a via pública.

É este também o ensinamento dos Profs. Pires de Lima e A. Varela (apud “Código Civil Anotado” 2.ª ed., III 637).

O domínio público pode ser visto em duas perspectivas distintas: pertença a uma entidade pública ou afectação ao uso público.

Para o Cons. João Caupers “o domínio público é um conceito essencialmente funcional: supomos que a pedra de toque do conceito é a afectação ao uso público, muito embora reconheçamos que, em face da nossa lei, a titularidade pública também é relevante” (“O Domínio Público”, apud “Themis”, VIII, 15 – 2008, p. 110; cfr. ainda, e a propósito, Mestre Ana Moniz “O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade” 2005 – Reimpressão).

Mais adiante e no elencar das coisas que integram o domínio público refere, na parte que aqui releva, o “de comunicação, integrado pelas estradas, ruas, passeios, pontes e viadutos, instalações portuárias e aeroportuárias e linhas férreas nacionais”.

Reportando-nos ao artigo 84.º da Constituição (resultante da revisão de 1989) verifica-se existir uma qualificação exemplificativa da dominialidade com tónica na afectação ao uso público ou ao funcionamento de um serviço público.

O n.º 2 daquele artigo 84.º define as condições de utilização do domínio público por particulares que deve ser geral, igual e gratuita.

Ensinava o Prof. Marcello Caetano (in “Manual de Direito Administrativo”, 9.ª ed. rev. e act. Prof. Freitas do Amaral, II, 870 ss) que existem duas correntes: para Guilherme Moreira e Fleiner as coisas públicas são objecto de propriedade privada, ainda que sujeitas a fortes restrições de utilidade pública; para Otto Mayer e Hauriou existe um verdadeiro direito de propriedade pública ou administrativa por parte dessas pessoas colectivas, já que o domínio público é regido pelo direito público.

O Prof. Marcello Caetano defendeu a tese de propriedade pública sobre os bens do domínio público (ob. cit. pp), embora esse direito seja de natureza diferente o exercido pelos particulares sobre os seus bens.

Do que fica exposto, e acompanhando o Dr. José Pedro Fernandes (“Domínio público – Mitologia ou realidade” apud “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, XX – 1973, 35) pode concluir-se que “o primeiro requisito para que uma coisa seja qualificada de dominial ou de domínio público é que ela pertença a uma das pessoas colectivas de direito público que podem ser proprietárias de bens do domínio público”; “a segunda condição é que a coisa tenha um certo grau de utilidade pública”.

Assim julgou o Acórdão do STJ de 8 de Maio de 2007 – 07A981, desta Conferência: “o domínio público é constituído pelo acervo de bens destinados ao uso de todos, cujo regime é regulado pelo Direito Público, dele só podendo ser titulares pessoas colectivas públicas, e cujo aproveitamento e defesa decorre, respectivamente, de forma a corresponder a interesses públicos e no uso do «jus imperii»”.

A evolução legislativa sobre a dominialidade pública (v. g. o Código Civil de 1867, artigo 380.º; o Decreto-Lei n.º 23565 de 12 de Fevereiro de 1934) culminou com o Código Civil actual que prescindiu de caracterizar as coisas públicas – (só fazendo genericamente e pela negativa no artigo 202.º, n.º 2) – e com o Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro – que procede ao inventário, quer do domínio público quer do domínio privado, quer, finalmente, do património financeiro do Estado).

3-2- Visto o exposto passemos aos caminhos.

Actualmente o “punctum saliens” está no Assento do STJ de 19 de Abril de 1989 (DR – I-A de 2 de Junho de 1998 e BMJ 386-121) actualmente com o valor de uniformização de jurisprudência.

Aí se deliberou que “são públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público”.

A dominialidade pública dependeria, assim, de dois requisitos: uso directo e imediato do público e imemorialidade desse uso.

Posteriormente, o Acórdão do STJ de 19 de Novembro de 2002 – 02A2995, tirado no seguimento de outros aí citados veio aditar um terceiro requisito: “a publicidade dos caminhos exigir ainda a sua afectação à utilidade pública” ou seja, que o “uso do caminho vise a satisfação de interesses colectivos de certo grau ou relevância” (in “Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça”, X, T. III, 2002, 139 ss).

A imemorialidade da posse consiste, segundo o Acórdão do STJ de 13 de Março de 2008, numa “tal antiguidade cujo início se perdeu na memória dos homens” (cfr. ainda o Acórdão de 7 de Dezembro de 1994 – 085611 – que refere ser “imemorial a posse se os vivos não sabem quando começou (...) quer por observação directa (...) quer por informações que lhes chegaram dos seus antecessores”; no Acórdão de 8 de Maio de 2007 – 07A981 – julgar-se que “tempo imemorial é um período tão antigo que já não está na memória directa ou indirecta – por tradição oral dos seus antecessores – dos homens que, por isso, não podem situar a sua origem.”; Profs. Pires de Lima e A. Varela, in “Código Civil Anotado”, III, 1972, 255; Dr. Rui Pinto Duarte, apud “Cadernos de Direito Privado”, 13, Janeiro/Março 2006 – 5).

Porém, a publicidade também impõe a “afectação à utilidade pública, ou seja, que a sua utilização tenha por objecto a satisfação de interesses colectivos de certo grau de relevância” (v.g. os Acórdãos do STJ de 10 de Novembro de 1993 – BMJ 431-300 – e de 10 de Abril de 2003 – P.º 4714/02 – 2.ª, aderindo-se aos critérios do destino – na subespécie de uso público – e do carácter – na vertente de afectação).

Ali, basta um acto declarativo, que o Prof. Freitas do Amaral apoda de classificação verificadora (“Dicionário Jurídico da Administração Pública” 2.ª); a afectação implica quer um acto, quer uma prática consagrando o bem à efectiva produção de utilidade pública (cfr. Dr. A. Carvalho Martins in “Caminhos Públicos e Atravessadouros, 2.ª ed., 37).

3-3- Como acima dissemos e recorrendo apenas ao “nomen juris” não se afiguram distintos os conceitos de via pública e caminho público, desde que ambas as realidades tenham as mesmas características. Mas distinto é o atravessadouro por se tratar de um caminho alternativo destinado a encurtar distâncias, ou seja um mero atalho.

Inicialmente estes foram muito frequentes, devassando os prédios que utilizavam (atravessavam).

O Alvará de 9 de Julho de 1773 (mantido em vigor pelo Decreto de 17 de Julho de 1778) determinou a abolição dos atravessadouros por prédios particulares, constituídos por posse imemorial, excepto se se dirigissem a fonte ou ponte de manifesta utilidade pública ou a prédios que não pudessem ter servidão alternativa.

O Código Civil de 1867 manteve esta utilização no essencial mas suprimiu os atravessamentos integrando-os nas servidões coactivas de passagem.

O Código vigente considera abolidos os atravessadouros (artigo 1383.º) que não se reconduzam à categoria de servidão.

Porém mantém-se os que tenham posse imemorial (artigo 1384.º) dirigindo-se a fonte ou ponte de manifesta utilidade ou se previstos em legislação especial, como a Lei das Águas.

O Assento de 1989 veio resolver a questão do “distinguo” entre atravessadouro e caminho público, sendo, no entanto de presumir, nos casos em que há uso directo e imediato do público, e acompanhando o Prof. Oliveira Ascensão (ob. cit. “Direito Civil Reais”, 510) que “há caminho público quando se ligam caminhos entre si; há atravessadouro quando se liga um caminho a um imóvel determinado”.

E ainda: “Podemos assim dizer que o caminho público faz parte da rede viária, ligando caminhos entre si; o atravessadouro dirige-se a objectivos determinados, tendo o seu terminus nesse objectivo”.

O atalho, ou serventia pública, é feito através de terrenos particulares, com o fim essencial de encurtar o percurso entre locais determinados, sendo o leito parte integrante dos prédios atravessados.

Já o leito dos caminhos públicos é dominial.

“Nas situações de facto subsistentes que preencham o conceito de atravessadouros, qualquer interessado pode proceder como se eles não existissem ou pedir o reconhecimento judicial da sua extinção”. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 1993 - BMJ 431-304; Prof. Oliveira Ascensão, “Caminho público, atravessadouro e servidão de passagem”, in “O Direito”, 123.º; Dr. A. Carvalho Martins, in “Caminhos Públicos e Atravessadouros”, cit. 64).

Sinteticamente, e na conciliação do Assento de 1989 com os artigos 1383.º e 1384.º do Código Civil, o Prof. Henrique Mesquita (R.L.J. 135.º, 64) faz a distinção dizendo que “um caminho no uso directo e imediato do público, desde tempos imemoriais, que atravesse prédio particular será público se ocorrer aquela afectação; de contrário, e em especial se visar apenas o encurtamento não significativo de distâncias, deverá qualificar-se como atravessadouro”.

4- “In casu”

4-1- Como antes referimos o âmbito do recurso é restrito à improcedência do pedido cruzado já que os ora recorrentes conformaram-se com a declaração de existência de uma servidão de trânsito sobre o seu prédio limitando a sua não irrisignação a não verem a mesma declarada extinta, por desnecessidade.

Como fundamentos do seu recurso alegam, em cingida síntese:

- que o aresto recorrido entendeu que os recorrentes não provaram que o acesso à via pública está, desde tempos imemoriais, no uso directo e imediato do público;
- que não resultou provado que o acesso pelo beco proporcione, com idênticas condições de utilidade e comodidade, o atingir o prédio dominante;
- que entre um acesso pedonal, sem referência a socalcos ou degraus (com base no qual foi reconhecida a servidão adquirida por usucapião) e o beco ficam dúvidas sobre a similitude de comodidades ou utilidades.

Mais os recorrentes afirmam:

- que, tratando-se de servidão “legal” (sic) de passagem judicialmente reconhecida como constituída por usucapião, provou-se que o acesso pedonal ao prédio dos recorridos foi, desde há, pelo menos, 36 anos, feito por um caminho que passa pelo prédio dos impetrantes e que desemboca na via pública denominada Caminho dos Salões;
- que a entrada para os dois prédios tem o mesmo número de polícia;
- que nesse acesso - com 1,20 m de largura e 36 m de comprimento - existe uma escadaria para a casa dos recorrentes;
- que, desde sensivelmente o ano 2000 (construção e inauguração da Rua ...) que o prédio dos recorridos tem acesso independente àquela via pública, através de dois portões de ferro que conduzem directamente a um beco/vereda existente há, pelo menos, 50 anos, de utilização pública, há muito utilizado pelos recorridos e por outras casas vizinhas, sendo bem conservado e dotado de iluminação pública;
- que para que um prédio deixe de estar encravado basta ter acesso à via pública não necessariamente através de um caminho público.

O alegado que ora se reproduziu, em síntese, é de conjugar com a matéria de facto provada e que se recorda, na parte mais relevante:

- O acesso pedonal ao prédio dos Autores (recorridos) é feito, pelo menos desde 29 de Janeiro de 1976, por passagem que transita pelo prédio dos Réus (recorrentes);
- Existe um portão de ferro na entrada do prédio dos Réus (recorrentes) e uma escadaria de acesso à casa destes;
- Os contadores dos Autores estão instalados junto à sua residência;
- O acesso aos prédios dos recorrentes e recorridos vem sendo feito pelo Caminho dos Salões - entrada 22, número comum atribuído aos dois - com a largura de cerca de 1,20 m e 36 m de comprimento;
- Desde antes da data acima referida que passam pessoas a pé no acesso pedonal;
- Na entrada do prédio dos Réus está colocada a caixa de correio dos Autores;
- Cerca do ano 2000, com a construção da Rua ..., a norte de ambos os prédios, o prédio dos recorridos tem acesso independente à via pública através de dois portões de ferro;

- Portões que conduzem directamente a um beco/vereda que leva directamente à via pública (Rua ...);
- Há muito são usados pelos Autores e por outras casas vizinhas que se servem do beco;
- Beco que existe há, pelo menos, 50 anos e que, desde a construção da Rua ... serviu a casa dos Autores e de outros vizinhos;
- A Rua ... foi feita e inaugurada por volta do ano 2000, sendo uma estrada alcatroada a escassos metros dos portões da casa dos recorridos;
- É plana, sem declive na zona das casas de recorridos e recorrentes, sendo devidamente iluminada e servida por recolha municipal do lixo;
- Os dois portões de ferro da casa dos recorridos ligam directamente a um beco/vereda, de utilização pública, em bom estado de conservação com iluminação pública a cerca de 20/30 metros (63 degraus) da Rua ..., com elevado grau de inclinação e acentuado declive.

4-2- Do conjunto de factos acima elencados, e da sua inserção na doutrina e no regime legal, pode concluir-se pela existência de três vias:

- Rua ...;
- Caminho ...;
- Beco ,ou vereda.

Quer o Caminho, quer a Rua ... são de qualificar como vias públicas, não só pelo uso directo e imediato do público, desde há mais de cinquenta anos (imemorialidade), como pela presença de actos de afectação tácita por entidade pública, como sejam, para a segunda, a pavimentação, estar servida por sistema de recolha de lixo e, para ambas, a dotação de iluminação pública.

Já quanto ao beco de acesso, embora ligado à rede viária e não se destinar a servir um único prédio, aí tendo o seu “terminus”, (mas antes os dos Autores e Réus e outros vizinhos, o que, por isso, lhe retira a natureza de atravessadouro), tando mais que não se demonstra, e os Réus não o alegaram ou provaram, que o seu leito assente em terreno privado e que a sua função seja atalhar/encurtar um percurso.

Mas o cerne é, como já se assinalou, a verificação de alterações no prédio dominante, em termos de, objectivamente, a servidão deixar de ter utilidade.

Daí o subsistirem dúvidas sobre se o prédio dos Autores, ora recorridos teve alterações em termos de poder aceder à via pública sem necessidade de transitar através do prédio dos recorrentes, o que também os recorrentes não lograram demonstrar.

E nem se alegue que, tendo-o, tal acesso é mais difícil com os degraus (escadaria) do que o seria com uma rampa.

Por um lado, a maior ou menor dificuldade de acesso é, como acima se disse, de apreciação casuística e não se pode olvidar que não há que atentar, nas comodidades deste ou daquele utente pois que, sendo a servidão um direito real há que buscar os “comoda” ou “incomoda” a que os prédios ficam sujeitos ou dos quais beneficiam.

É certo que, numa perspectiva de interesse público, a ponderar na construção de acessos não pode olvidar-se o artigo 71.º da Constituição da República (... n.º 2 ... “integração dos cidadãos portadores de deficiência ...”) preceito a que o Decreto-Lei n.º 43/82 de 8 de Fevereiro deu execução.

Assim e “no âmbito de apoio aos deficientes, em particular aos deficientes motores” passou a exigir quanto

a “todos os edifícios”, e sempre que haja desníveis a vencer até às portas dos edifícios, a construção de “rampas (...) com a largura mínima de 1,50 m.” (redacção dada pelo artigo 1.º ao artigo 45.º, n.º 2, 2.ª parte do Regulamento Geral das Edificações Urbanas).

Mas esta questão não releva na situação em apreço já que o “beco”, embora dê acesso a edifícios, não se integra nas respectivas infra-estruturas, a coberto da disciplina do RGEU nem foi construído com essa finalidade específica e única.

Em suma, não está apenas em causa a existência de acesso à via pública, superveniente ou não, mas, a cessação das utilidades proporcionadas pela serventia, como medida da desnecessidade.

Essa situação do prédio em relação à via pública – elemento essencial na constituição das servidões legais – é, aqui, apenas um dos(e importantes) elementos a valorar.

Com efeito, a desnecessidade da serventia tem que ver com o próprio conceito de servidão; constituindo esta um encargo sobre um prédio em benefício de outro prédio, desaparecendo este benefício ou proveito há-de, logica e racionalmente, esvaziar-se o conteúdo do direito e, por isso, como corolário da aversão às limitações ao direito de propriedade plena, deve cessar.

Mas, exige a lei, “a desnecessidade que em matéria de servidões se considera supõe uma mudança de situação, não do prédio onerado, mas do prédio dominante. Por virtude de certas alterações neste sobrevindas, aquela utilização, sempre possível, do prédio serviente, perdeu utilidade para o prédio dominante”, sendo que tais alterações devem ser objectivas, típicas e exclusivas da servidão, inerentes à própria relação predial (Prof. Oliveira Ascensão, *Separata cit.*).

Nas palavras do Prof. Pires de Lima (*Anteprojecto , Servidões Prediais, BMJ 64º- 34*), “foram os factos que a impuseram, e são agora os factos que justificam a sua extinção”. Se os factos que estiveram na sua origem desapareceram, então a extinção justifica-se.

Ora, percorrido o quadro factual provado, em vão se procuram elementos de facto que, alterando a situação do prédio dominante, consubstanciem a perda de utilidade da passagem pedonal constituída por usucapião desde 1976.

Em boa verdade, o que acontece é que os Réus nem sequer os alegaram.

De eventualmente relevante, quando, como adiantado, pudesse ser conjugados com outros factores concorrentes, depara-se, apenas, com as alterações sofridas em 2000 na R. dos Salões, via pública à qual se acede desde um beco, existente desde há mais de 50 anos, para o qual deitam directamente dois portões dos Recorridos.

Está-se, assim, apenas perante uma modificação indirecta ou reflexa na comunicabilidade do prédio dos RR., determinada pela nova R. dos Salões.

No mais, no beco, , existente há mais de 50 anos, para o qual dão os portões, não se mostram alterações.

Quer dizer, quando foi constituída a servidão já o beco existia, sendo que, na sua relação com o prédio dos RR., que também serve, nenhuma alteração se mostra ter-se verificado.

E, assim sendo, aquando da constituição da servidão já os Recorridos dispunham de tal acesso, o que permite concluir que não se mostra ter havido alteração factual que justifique a extinção da servidão, assim posteriormente consentida e cumulada com a possibilidade de acesso ao beco já existente.

5- Conclusões

O já exposto autoriza que se conclua:

- a) A servidão de passagem (ou de trânsito) é uma “species” do “genus” servidão predial definida no artigo 1543.º do Código Civil, sendo um direito real, “jus in re aliena”, espécie de propriedade imperfeita sobre os prédios servientes.
- b) À excepção das não aparentes, que não se revelam por sinais visíveis e permanentes, as outras podem constituir-se por usucapião.
- c) São sinais visíveis e permanentes todos os elementos físicos inequívocos e não precários que tornam certa a aparência da servidão e permitem distingui-la de actos de mera cortesia resultantes de relações de vizinhança.
- d) O encrave fundiário – falta de acesso directo a uma via pública – pode ser absoluto (se total por o prédio estar circundado por outros que obstaculizam esse acesso) ou relativo (se a comunicação é muito incomoda onerosa ou insuficiente).
- e) A desnecessidade de uma servidão tem de ser posterior à sua constituição e deve resultar de uma alteração sobrevinda no prédio dominante, na sequência da qual a oneração perca a utilidade para este.
- f) A apreciação da desnecessidade é casuística e deve ser referida não na ponderação dos “comoda” do dono do prédio dominante, mas das relações entre os prédios por se tratar de valorar um direito real.
- g) Os conceitos de via pública e de caminho público podem coincidir se, tratando-se de espaços afectados à livre circulação de pessoas, forem pertença de uma entidade pública (dominialidade) e se mostrarem presentes os demais elementos elencados no Assento do STJ de 19 de Abril de 1989.
- h) Os atravessadouros são caminhos alternativos, ou meros atalhos, destinados a encurtar distâncias através de prédios particulares e que o Código Civil aboliu desde que não possam ser reconduzidos à categoria de servidão (artigo 1383.º) ou não tenham posse imemorial, não se dirijam a fonte ou ponte de manifesta utilidade ou não estejam previstos em legislação especial, como a Lei das Águas (artigo 1384.º).
- i) Os caminhos públicos integram-se na rede viária enquanto os atravessadouros se dirigem a objectivos determinados, onde têm o seu “terminus”, partindo, embora, de um caminho.
- j) O leito dos caminhos públicos é dominial, sendo particular o dos atravessadouros.
- k) Numa perspectiva de interesse público, a ponderar na construção de acessos não pode olvidar-se o artigo 71.º da Constituição da República (... n.º 2 ... “integração dos cidadãos portadores de deficiência ...”) preceito a que o Decreto-Lei n.º 43/82 de 8 de Fevereiro deu execução.
- l) Mas o artigo 45.º, n.º 2, 2.ª parte do Regulamento Geral das Edificações Urbanas não se aplica, em termos de exigências de infra-estruturas, aos becos e rede viária.

Nos termos expostos, acordam negar a revista e não extinta, por desnecessidade, a servidão de passagem. Custas a cargo dos recorrentes.

Sebastião Póvoas (Relator)

Moreira Alves

Alves Velho

Fonte: <http://www.dgsi.pt>