

**TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | CÍVEL**

Acórdão

Processo

Data do documento

Relator

2032/08.1TBPNF.P1

7 de setembro de 2010

Fernando Samões

**DESCRITORES**

Servidão &gt; Servidão de passagem &gt; Prédio dominante &gt; Prédio rústico &gt; Construção de obras

**SUMÁRIO**

I - Para a constituição de uma servidão de passagem com fundamento na usucapião não é necessário que o prédio dominante esteja encravado.

II - Esse reconhecimento não depende da natureza rústica do prédio dominante nem do facto de ele ser absoluta ou relativamente encravado.

III - E também não impede aquele reconhecimento o facto de os autores/apelantes terem construído uma habitação no seu prédio.

IV - A natureza do prédio serviente, só relevaria para a constituição de uma servidão legal, ao abrigo do citado art.º 1550º, cujo n.º 1, parte final.

V - O prédio serviente é rústico, a construção da habitação não alterou essa natureza (cfr. art.º 204.º, n.º 2 do Código Civil).

**TEXTO INTEGRAL**

Processo n.º 2032/08.1 TBPNF.P1 - 2.ª Secção

Relator: Dr. Fernando Samões

1.º Adjunto: Dr. Vieira e Cunha

2.º Adjunto: Dr.ª Maria Eiró

\*

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

I. Relatório

B..... e mulher C..... intentaram, em 26/9/2008, contra D..... e mulher E....., todos residentes no ....., ....., Penafiel, no Tribunal Judicial desta Comarca, onde foi distribuída ao ..º Juízo, acção declarativa com processo sumário, que, depois de convidados a tanto, corrigiram apresentando nova petição, onde pediram que os réus fossem condenados a:

- A) Reconhecerem a inexistência de uma servidão de passagem nos seus terrenos;
- B) Absterem-se de utilizar o caminho que calcetaram e que dá acesso à sua propriedade;
- C) E reconhecerem que o trato de terreno onde se desenvolve o caminho de servidão é propriedade dos autores.

Para tanto, alegaram, em síntese, que são proprietários de um prédio rústico, que dele faz parte integrante um caminho, por onde passam os réus, há mais de 20 anos, por mero favor, para acederem aos seus terrenos e que estes calcetaram recentemente, após a construção de uma casa de habitação, sendo que nunca existiu nenhuma servidão de passagem, por não se tratar de prédio encravado, visto que confronta com o caminho público, sendo apenas necessário que construam uma comunicação, o que é possível fazer sem excessivos incómodo e dispêndio.

Os réus contestaram por impugnação e deduziram reconvenção.

Alegaram, em resumo, que o acesso ao seu prédio se faz pelo indicado carreiro, por ter sido constituída uma servidão de passagem, por destinação de pai de família ou por usucapião, que estão a ser impedidos de exercer plenamente o correspondente direito devido a uma ramada dos réus e que, não obstante o seu terreno confrontar com a via pública, a construção dos respectivos acessos sempre causaria excessivo incómodo e dispêndio, sacrificando grandemente a sua propriedade. Concluíram pela improcedência da acção e pela procedência da reconvenção, pedindo que os autores sejam condenados a:

- a) Reconhecerem a existência de uma servidão de passagem, constituída por destinação de pai de família ou por usucapião, a pé e com veículos automóveis, com início no caminho público, numa extensão de 12 metros e com três metros de largura, através do prédio dos autores;
- b) Reconhecerem que a ramada que cobre tal trato de terreno, que tinha, inicialmente, a altura de 4 metros, baixou para 2 metros na extrema sul e, destarte, impede o trânsito de veículos mais altos, como também o impede a vegetação invasiva, que cresce a nascente da dita zona de passagem;
- c) No prazo de um mês, a contar do trânsito da sentença, alçar a ramada para os iniciais 4 metros de altura e, no futuro, irem podando a dita vegetação, de forma a manter livre e limpa a referida passagem;
- d) E a pagarem aos réus a indemnização pelos danos que tal abaixamento da ramada e aludida vegetação lhes vêm causando, a liquidar em execução de sentença.

Na resposta, os autores reafirmaram a inexistência da servidão e alegaram que a ramada desceu por acção dos réus, concluindo pela improcedência da reconvenção.

Foi proferido o despacho saneador e seleccionada a matéria de facto de que reclamaram, sem êxito, os réus/reconvintes.

Procedeu-se à realização da audiência de discussão e julgamento, finda a qual foi decidida a matéria de facto controvertida como consta do douto despacho de fls. 147 a 150, de que não houve reclamações.

Seguiu-se doutra sentença que, na procedência parcial da acção e da reconvenção, decidiu:

A) Condenar os réus a reconhecerem que o troço de terreno, com 3 metros de largura e 12 metros de comprimento que atravessa o prédio rústico denominado “.....”, sito no ....., freguesia de ....., Penafiel, terreno de cultivo com 3300 m<sup>2</sup>, confrontando a norte e nascente com caminho público, a sul com D..... e a poente com D..... e caminho de servidão, descrito na Conservatória do Registo Predial de Penafiel, sob o n.º00759/19042001, junto à extremidade poente, é propriedade dos autores.

B) Condenar os autores a reconhecerem que:

a) A favor dos prédios dos réus, descritos na Conservatória do Registo Predial de Penafiel sob os n.ºs 440 e 441, existe, constituída por usucapião, uma servidão de passagem a pé e com veículos automóveis, com início no caminho público que fica a norte do prédio dos autores identificado nos pontos 1 e 2 dos factos provados, estendendo-se até à parte norte do prédio dos réus, numa extensão de 12 metros e com a largura de 3 metros, através do identificado prédio dos autores.

b) A ramada dos autores que cobre o caminho de servidão, que tinha inicialmente a altura de 4 metros, baixou para 2 metros na extrema sul, o que impede o trânsito de veículos mais altos, como carrinhas de caixa fechada do tipo Toyota .....

C) Absolver autores e réus dos restantes pedidos contra si formulados.

Inconformados com o assim decidido, os autores interpuseram recurso de apelação para este Tribunal e apresentaram a sua alegação com as seguintes conclusões:

“A) Não se conformam os recorrentes com a sentença que condenou os autores/reconvindos (escreveram “reconvintes”, certamente por lapso) a reconhecerem que a favor dos prédios dos réus, constituída por usucapião, uma servidão de passagem através do prédio dos autores.

B) Resultou provado que os prédios dos Réus têm as seguintes confrontações:

- o prédio denominado “.....”: norte e poente – F.....; sul – caminho; nascente – caminho de servidão;  
- e o prédio denominado “.....”: norte – F.....; sul – G.....; nascente – caminho; poente – caminho de servidão.

C) Nos termos do artigo 1550º n.º 1 do Cod. Civil que “os proprietários de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la sem excessivo incómodo ou dispêndio, tem a faculdade de exigir a constituição de servidões de passagem sobre os prédios rústicos vizinhos”.

D) A servidão legal de passagem consiste no poder conferido ao proprietário do prédio encravado de exigir o acesso à via pública através dos terrenos vizinhos.

E) Atendendo à matéria de facto provada a sentença não deveria verificar a existência da servidão.

F) O prédio dos ora recorridos confronta na sua parte nascente com caminho público, conforme resulta do ponto 6 da matéria de facto provada e, tal como decorre no dispositivo legal supra mencionado, os recorridos tinham condições que permitiam estabelecer a ligação do prédio de que são proprietários com o

caminho público, não o tendo feito por simples acomodação.

G) O prédio dos recorridos não pode ser considerado encravado, quer de forma absoluta quer de forma relativa, visto que o prédio dos réus confronta com o caminho público e aquando do momento em que utilizavam o prédio dos recorrentes para aceder ao seu prédio, este era rústico e como tal bastariam pequenas obras alinhos para estabelecer a comunicação com a via pública.

H) Mais ainda, a sentença recorrida na análise que faz dos factos e a sua subsunção ao direito, concluiu que os prédios dos réus confrontam pela extrema sul e pela extrema nascente com caminho público, aceitando que o terreno dos réus confrontam com a via pública.

I) A partir desta conclusão não podemos aceitar que a subsunção ao direito destes factos seja coerente, pelo que dos factos levados a julgamento não resulta a conclusão de que os prédios dos réus sejam considerados encravados.

J) De facto, os réus sempre utilizaram aquele trato de terreno para aceder aos seus prédios, porque a pedido daqueles, assim foi permitido pelos autores.

K) A nossa doutrina tem entendido que a faculdade de constituir coercivamente, a servidão também não poderá ser exercida sempre que um prédio encravado tenha acesso à via pública por acto de mera tolerância de um proprietário confinante.

L) Assim, entendem os recorrentes que por um lado, inexistente direito à servidão de passagem por ter ficado provado que os prédios dos Réus não são encravados absolutamente, uma vez que confrontam com caminho público em duas partes, na extrema sul e nascente.

M) Por outro lado, resultou provado que os Autores construíram no seu prédio uma habitação e por este facto, como defende Antunes Varela, que deve ser considerada inexistente quando o prédio serviente é um prédio urbano, pois é onerar excessivamente um prédio com uma passagem de servidão a favor dos proprietários do prédio confinante quando existe uma habitação, atendendo à protecção da reserva da vida privada.

N) Por último, os Autores e seus antepossuidores deixavam os Réus passar no caminho por mera tolerância, não se verificando assim o pressuposto exigido para aquisição do direito de passagem por usucapião, pois os Réus não poderiam agir na convicção de exercer um direito próprio.

O) Mas, ainda que se entenda que os Réus adquiriram por usucapião o direito de passagem, o que não se concede, o que a lei no fundo pretende é uma ponderação actualizada da necessidade de manter o encargo sobre o prédio, deixando à prudente apreciação do juiz avaliar se, no momento considerado e segundo uma prognose de proporcionalidade subjacente aos interesses em jogo, haverá ou não alternativa que sem ou com o mínimo de prejuízo para o prédio encravado.

P) No caso em apreço o Juiz a quo não teve em conta tal tipo de apreciação, pois conforme supra se alegou existe já uma habitação no prédio dos autores, o prédio dos Réus confronta com caminho público em duas extremas e ainda que a alegada servidão onera desproporcionalmente o prédio dos Autores relativamente ao benefícios retirados pelos Réus.

Q) Pelo exposto, a sentença recorrida viola a correcta interpretação dos artigos 1287º, 1550º n.º 1 e 2 (a contrario) e 1569 n.º 2, todos do Código Civil”.

Termos em que deve a sentença recorrida ser revogada e, em consequência, ser a acção julgada

procedente e ser a reconvenção julgada improcedente.

Os réus contra-alegaram pugnando pela confirmação da sentença recorrida.

Foi dado cumprimento ao disposto no art.º 707.º, n.º 2, 2.ª parte, do CPC.

Tudo visto, cumpre decidir do mérito do presente recurso.

Sabido que o seu objecto está delimitado pelas conclusões dos recorrentes (cfr. art.ºs 684.º, n.º 3 e 685.º-A, n.ºs 1 e 2, ambos do CPC, este na redacção introduzida pelo DL n.º 303/2007, de 24/8, aqui aplicável, visto que a propositura da acção é posterior a 1/1/2008 – cfr. art.º 12.º do mesmo diploma), a única questão a decidir consiste em saber se inexistente o direito de servidão de passagem que foi reconhecido aos réus na sentença recorrida, quer porque o seu prédio não é encravado, os autores construíram no prédio serviente uma habitação ou porque deixaram passar aqueles por mera tolerância.

## II. Fundamentação

### 1. De facto

Na sentença recorrida foram dados como provados os seguintes factos:

1. Mostra-se descrito a favor do autor marido na Conservatória do Registo Predial de Penafiel, sob o n.º00759/19042001, o prédio rústico denominado “.....”, sito no ....., freguesia de ....., Penafiel, terreno de cultivo com 3300 m2, conforme documento das fls.10 a 12, cujo conteúdo se dá por integralmente reproduzido.
2. No respectivo registo, esse prédio apresenta as seguintes confrontações: norte e nascente – caminho público, sul – D..... e poente – D..... e caminho de servidão.
3. Mostra-se descrito a favor dos réus na Conservatória do Registo Predial de Penafiel, sob o n.º 0044/170894, o prédio rústico denominado “.....”, sito no ....., ....., Penafiel, terreno de cultivo com 1250 m2, conforme documento das fls.77, cujo conteúdo se dá por reproduzido.
4. Este prédio tem no registo as seguintes confrontações: norte e poente – F....., sul – caminho, nascente - caminho de servidão.
5. Mostra-se descrito a favor dos réus na Conservatória do Registo Predial de Penafiel, sob o n.º 00441/170894, o prédio rústico denominado “.....”, sito no ....., ....., Penafiel, terreno de cultivo com 1100 m2, conforme documento das fls.78, cujo conteúdo se dá por reproduzido.
6. Este prédio tem no registo as seguintes confrontações: norte – F....., sul – G....., nascente – caminho, poente - caminho de servidão.
7. Os autores e os anteriores proprietários do prédio referido em 1 há mais de 30 anos que tratam da sua conservação e limpeza.
8. E pagam os respectivos impostos.

9. Os autores construíram no prédio referido em 1 uma habitação.
10. E construíram um muro e uma guia em granito.
11. Nele plantaram videiras e retiraram delas os seus frutos.
12. Sempre actuaram com ânimo de quem exercita um direito próprio, ignorando prejudicar direitos alheios.
13. Sendo reconhecidos por todos como donos do prédio e sem oposição de ninguém.
14. Há pelo menos 20 anos, que os autores permitiam que os réus e anteriores donos dos prédios referidos em 3 e 5 acessem aos mesmos a pé e de carros de bois, através de um troço de terreno, com 3 metros de largura e 12 metros de comprimento que atravessava o prédio referido em 1 junto à extremidade poente, destinando-se inicialmente a permitir aos réus acessem aos prédios referidos em 3 e 5 que utilizavam para fins agrícolas.
15. O lado sul da faixa de terreno referido em 14 termina num portão de entrada para o prédio referido em 5.
16. Os réus construíram no prédio referido em 5 uma casa de habitação constituída por casa de r/c, andar e anexo, incluindo duas cortes e loja, garagem e cozinha, onde actualmente residem.
17. E para transportarem os materiais necessários para a construção da habitação utilizaram a faixa de terreno referida em 14.
18. Por escritura pública de compra e venda outorgada em 23 de Maio de 1977 na qual interveio como primeiro outorgante H..... e mulher, I..... e como segundo outorgante, J....., como gestor de negócios, em representação de D....., casado com E....., pelos primeiros outorgantes foi dito: “que vendem ao representado do segundo outorgante, pelo preço, já recebido de cem mil escudos, o seu prédio rústico, composto do Campo da Eira, eira e beiral e a Vinha da Eira, sito no ....., da mencionada freguesia de ....., descrito na Conservatória do Registo Predial, deste concelho, sob o número trinta e dois mil oitocentos e cinquenta e dois...” e pelo segundo outorgante foi dito: “que aceita este contrato nos termos exarados.”
19. Os réus calcetaram a faixa de terreno referida em 14.
20. A faixa de terreno referida em 14 é coberta por uma ramada dos autores, a qual tem na extrema norte a altura de 4 metros, terminando a sul em 2 metros de altura.
21. Os réus há mais de 30 anos, cultivam os prédios referidos em 3 e 5, colhendo os frutos ali produzidos, reparam as ramadas e plantam vides.
22. Praticam estes actos sem interrupção, à vista de todos, sem oposição de ninguém, na convicção de exercerem um direito de propriedade não lesando outrem.
23. A faixa de terreno referida em 14 inicia-se no caminho público existente a norte e estende-se para sul até atingir a parte norte do prédio referido em 5.
24. Há mais de 50 e 100 anos que os réus e anteriores proprietários do prédio referido em 5, bem como, os seus caseiros e serventuários, utilizam a faixa de terreno referida em 14 para acessem a pé, com carros de bois e com veículos automóveis, do caminho público existente a norte para o Campo da Eira, eira e beiral a sul.
25. Fazem-no todos os dias e a qualquer hora.

26. Tal faixa de terreno só era utilizada para tal passagem diária.
27. Mantendo ao longo daquele período um trilho coteado.
28. Sendo delimitada, a nascente, por um muro com mais de 50 anos.
29. E por uma guia ou rêgo a poente.
30. O que os réus fazem sem oposição de ninguém.
31. Na convicção de exercerem direito de passagem próprio e de não lesarem direitos de outrem.
32. A altura da ramada a sul impede o acesso dos réus ao seu prédio referido em 5 com carrinha de caixa aberta Toyota .....
33. A carrinha referida em 32 tem mais de 3 metros de altura.
34. São carrinhas deste tipo que vão levar as rações para animais ao prédio referido em 5.
35. E os descarregamentos têm que ser feitos fora do portão.
36. O que implica perda de tempo e esforço a efectuar depois o transporte.
37. A faixa de terreno referida em 14 tem vegetação a nascente.

## 2. De direito

Os factos acabados de transcrever não foram impugnados em sede de recurso, tendo até sido aceites, não havendo fundamento para os alterar nos termos do art.º 712.º do CPC, pelo que se consideram definitivamente assentes.

Resta, pois, aplicar-lhes o direito, tendo em vista a resolução da supramencionada questão que constitui o objecto do recurso que ora cumpre apreciar e decidir.

Em causa, está apenas a existência ou não de um direito de servidão de passagem.

Vejamos, então, de que lado está a razão.

O art.º 1543.º do Código Civil define servidão predial 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”.

Esta noção genérica de servidão evidencia o seguinte:

- a) a servidão é um encargo, uma restrição ou limitação ao direito de propriedade;
- b) o encargo recai sobre um prédio (o onerado ou serviente);
- c) o mesmo aproveita exclusivamente a outro prédio (o dominante);
- d) os prédios devem pertencer a donos diferentes (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. III, 2.ª ed., págs. 613 a 617).

Sobre a sua constituição, rege o art.º 1547.º do mesmo Código, cujo n.º 1 dispõe que “as servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação de pai de família”, enquanto o n.º 2 preceitua que “as servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos”.

Resultam daqui dois grandes tipos de servidões, consoante o seu título constitutivo.

Por um lado, as servidões que a doutrina denomina voluntárias, que são as previstas no citado n.º 1.

Por outro, as denominadas servidões legais, previstas no n.º 2 daquele preceito, as quais podem ser

constituídas por uma de três vias: por negócio jurídico, se as partes acordarem nos termos da sua constituição; por decisão judicial (sentença constitutiva), na falta desse acordo; por decisão administrativa, quando o suprimento do acordo, nos termos da lei, compete às autoridades administrativa (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, obra citada, págs. 627 e 628; e, ainda, acerca da aludida distinção e regime, Meneses Cordeiro, Direitos Reais, vol. III, ed. da AAFDL, 1978, págs. 365 a 392; Mota Pinto, Direito Reais, 1976, pág. 329).

A jurisprudência também tem vindo a decidir com base nesta distinção, pressupondo que:

A servidão voluntária é a que resulta unicamente da vontade das partes (contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família), sem que haja preceito legal que possibilite a sua imposição.

A servidão legal é a faculdade (direito potestativo) de, verificados certos requisitos objectivos, constituir coercivamente uma servidão e de, posteriormente, manter esse encargo, não perdendo a natureza legal pelo facto de poder ser constituída voluntariamente, mas assistindo sempre ao respectivo sujeito activo a faculdade de, coercivamente, impor a constituição da servidão (cfr., entre outros, Ac. do STJ, de 28/10/99, processo n.º 99B830 e da RP de 29/3/2007, processo n.º 0731337, em dgsi.pt).

Relativamente à constituição por usucapião, estabelece o art.º 1548.º daquele Código que:

1. “As servidões não aparentes não podem ser constituídas por usucapião.
2. Consideram-se não aparentes as servidões que não se revelam por sinais visíveis e permanentes”.

Sabe-se que a exigência de sinais visíveis e permanentes para a constituição de uma servidão por usucapião visa afastar a aquisição do respectivo direito com base em actos de mera tolerância e clandestinos praticados pelo proprietário do prédio pretensamente dominante sobre o serviente e facilitar as relações de boa vizinhança.

Com aquela norma, o legislador quis eliminar os títulos precários e passou a exigir para a constituição da servidão sinais visíveis (destinados a garantir a não clandestinidade) e permanentes (por forma a revelarem inequivocamente a posse da servidão).

Assim, para que uma servidão de passagem possa ser adquirida por usucapião é indispensável a existência de sinais aparentes e permanentes reveladores do seu exercício, tais como um caminho, uma porta ou um portal de comunicação entre o prédio dominante e o serviente.

Porém, o requisito da permanência não exige a continuação no tempo dos mesmos sinais ou das mesmas obras.

Indispensável é apenas a permanência de sinais, admitindo-se a sua substituição ou transformação.

E também não se torna necessário que toda a obra ou todos os sinais estejam à vista. “Pode bastar perfeitamente que esteja visível uma parte apenas da obra ou do sinal, desde que suficiente para revelar aos olhos do observador o exercício da servidão” (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., págs. 630 e 631).

A própria lei não exige a verificação de todos os sinais correspondentes à servidão.

Essencial é que haja um sinal que revele o exercício do direito de servidão.

A avaliação desse sinal terá que ser feita de harmonia com a extensão do direito que se pretende fazer valer, sendo que, uma vez demonstrados os restantes elementos de que depende a constituição da servidão por usucapião, basta que aquele aponte para uma confirmação mínima da realidade jurídica que

se pretende ver declarada, tal como o impõem os princípios de justiça material e a ratio legis do citado art.º 1548.º (cfr., neste sentido, o Ac. da RC de 21/10/2003, in [http://www.dgsi.pt/processo n.º 2401/03](http://www.dgsi.pt/processo_n.º_2401/03)).

Por outro lado, dispõe o art.º 1287.º do Código Civil que a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião.

O antigo Direito chamava-lhe prescrição aquisitiva e porque o registo predial não era obrigatório nem hoje é, em regra, constitutivo, quase sempre as questões de titularidade do direito se resolviam por apelo à usucapião, forma de aquisição originária do direito de propriedade e de outros direitos reais de gozo.

É aqui que mais ressalta a função pacificadora e de segurança da posse, transformando, pelo decurso do tempo, a situação provisória que é a posse na situação definitiva que é o direito de propriedade ou outros direitos reais de gozo que durante anos se possuíram.

Daquela disposição legal depreende-se que a usucapião vive da união destes dois elementos nucleares que são a posse e o decurso do tempo.

A usucapião é um modo de aquisição originária de direitos reais, pela transformação em jurídica duma situação de facto, de uma mera aparência, em benefício daquele que exerce a gestão económica da coisa.

A posse boa para usucapião há-de ter as características de posse verdadeira e própria, não sendo, por isso, usucapíveis direitos que, embora dotados de tutela possessória, se reconduzem a situações de mera detenção. Outros casos há em que a lei, porque não é clara a situação de posse, não admite a usucapião, como acontece com as servidões prediais não aparentes e com os direitos de uso e habitação (art.º 1293.º).

Tal posse há-de ser, pelo menos, pública e pacífica, já que a posse violenta ou tomada a ocultas não merece a tutela do direito, sofrendo antes a sua reprovação: se a posse tiver sido constituída com violência ou tomada ocultamente, os prazos da usucapião só começam a contar-se desde que cesse a violência ou a posse se torne pública (art.º 1297.º).

Nos art.ºs 1294.º a 1296.º estão regulados os vários prazos, mais ou menos longos de acordo com a natureza da posse, de usucapião de imóveis. Não havendo registo do título nem da mera posse, a usucapião só pode dar-se no termo de quinze anos, se a posse for de boa fé, e de vinte anos, se for de má fé (art.º 1296.º).

A usucapião retroage à data do início da posse em nome próprio, altura em que se inicia uma posse boa para usucapião (art.º 1288.º).

A posse é o poder que se manifesta quando alguém actua sobre uma coisa por forma correspondente ao exercício de determinado direito real (corpus) e o faz com a intenção de agir como titular desse direito (animus) - art.º 1251.º CC.

Por detrás da actuação do possuidor pode não haver qualquer direito que a legitime ou justifique, traduzindo-se a posse numa simples situação de facto a que a ordem jurídica, todavia, reconhece vários efeitos, que podem consistir, quando a situação possessória se prolongue por certo período de tempo, na sua conversão ou transformação numa situação jurídica definitiva, pela via da usucapião. Fala-se, a tal respeito, em posse formal ou ius possessionis.

Segundo a doutrina tradicional, a posse é constituída pelo corpus - ou poder de facto, o exercício, a prática

ou possibilidade de prática de actos materiais, virados para o exterior, visíveis por toda a gente; e pelo animus, elemento psicológico, vontade, intenção de agir como titular do direito real correspondente aos actos materiais praticados.

Embora não expressamente dito na lei, é pelo animus que se distingue as situações de posse verdadeira e própria das de mera detenção – art.º 1253.º - tal como é pelo animus que se sabe que direito é possuído.

O acto de aquisição da posse que releva para a usucapião terá assim de conter os dois elementos definidores do conceito de posse: o corpus e o animus. Se só o primeiro se preenche, verifica-se uma situação de detenção, insusceptível de conduzir à dominialidade.

Por ser difícil, se não impossível, fazer a prova da posse em nome próprio, que não seja coincidente com a prova do direito aparente, estabelece o n.º 2 do art.º 1252.º do C. Civil uma presunção de posse em nome próprio por parte daquele que exerce o poder de facto, ou seja, daquele que tem a detenção da coisa (corpus).

E porque a posse tanto pode ser exercida pessoalmente como por intermédio de outrem – art.º 1252.º - e se mantém enquanto durar a actuação correspondente ao exercício do direito ou a possibilidade de continuar essa actuação (art.º 1257.º, n.º 1), sentiu a lei necessidade de estabelecer as presunções do n.º 2 dos art.ºs 1252.º e 1257.º, segundo as quais se presume a posse naquele que exerce o poder de facto (art.º 1252.º, n.º 2) e que a posse continua em nome de quem a começou (art.º 1257.º, n.º 2).

Divergências de interpretação destas normas levaram ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, de 14/5/96, publicado no D.R. n.º 144, de 24/6/96, segundo o qual «podem adquirir por usucapião, se a presunção de posse não for ilidida, os que exercem o poder de facto sobre uma coisa».

Mota Pinto já ensinara, há muito, que o exercício do corpus faz presumir o animus, presunção que corresponde à normalidade das coisas, ao quod plerumque accidit.

A posse diz-se titulada quando se funda em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico (art.º 1259.º). Nenhum vício de fundo afasta hoje categoricamente a titularidade da posse. A lei prescinde apenas da validade substancial do negócio jurídico. Se o acto é nulo por vício de forma, como se, por exemplo, se compra um prédio por escrito particular, ou verbalmente, a posse que daí deriva não é titulada.

A posse diz-se de boa fé quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem, presumindo-se de boa fé a posse titulada e de má fé a posse não titulada (art.º 1260.º). Consagrou aqui a lei o conceito psicológico de boa fé, bem podendo uma posse não titulada ser de boa fé.

Posse pacífica é a que foi adquirida sem violência (art.º 1261.º) e considera-se violenta a posse obtida por coacção física ou moral, tanto contra as coisas como contra as pessoas.

Apenas interessa a violência exercida no início da posse, pois neste caso só se inicia a posse a partir da cessação da violência (art.ºs 1261.º, n.ºs 1 e 2, 1267.º, n.º 2, in fine e 1297.º).

Posse pública é a que se exerce de modo a poder ser conhecida pelos interessados (art.º 1262.º). Não é necessário que a posse seja exercida à vista dos interessados, basta que o seja de forma a poder ser deles conhecida.

A posse adquire-se, além do mais, pela prática reiterada, com publicidade, dos actos materiais correspondentes ao exercício do direito (art.º 1263.º, al. a)). No caso da servidão de passagem, a posse

inicia-se pelo acto de passar por um determinado local, de forma visível e permanente, e exerce-se, continua, enquanto o caminho se mantiver apto a proporcionar as utilidades próprias da servidão (art.ºs 1257.º, n.º 1, 1544.º e 1564.º do CC).

Entre as servidões legais, a lei prevê a servidão legal de passagem no art.º 1550.º do Código Civil, dispondo:

“1. Os proprietários de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabelecê-la sem excessivo incómodo ou dispêndio, têm a faculdade de exigir a constituição de servidão de passagem sobre os prédios rústicos vizinhos.

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

Trata-se, neste caso, do exercício de um direito potestativo, que confere ao respectivo titular a faculdade de constituir uma servidão sobre determinado prédio, independentemente da vontade do dono deste, passando a constituir um encargo normal sobre a propriedade, na medida em que onera todos os proprietários que se encontrem na situação prevista na lei.

Porém, o art.º 1551.º do Código Civil permite aos proprietários ali previstos subtrair-se ao encargo da passagem, adquirindo coercivamente o prédio encravado pelo justo valor, assim impedindo a constituição daquela servidão, o que deve ser feito por via reconventional na acção intentada para esse efeito (cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, ob. citada, págs. 636 e 639).

No caso dos autos, tal como consta dos factos provados, os quais não foram postos em causa, convém lembrar que:

“Há pelo menos 20 anos, que os autores permitiram que os réus e anteriores donos dos prédios referidos em 3 e 5 acessem aos mesmos a pé e de carros de bois, através de um troço de terreno, com 3 metros de largura e 12 metros de comprimento que atravessava o prédio referido em 1 junto à extremidade poente, destinando-se inicialmente a permitir aos réus acessem aos prédios referidos em 3 e 5 que utilizavam para fins agrícolas” (n.º 14 da matéria de facto).

Essa faixa inicia-se no caminho público existente a norte, estende-se para sul até atingir a parte norte do prédio dos réus, referido em 5, onde termina num portão de entrada para este mesmo prédio (n.ºs 15 e 23 da matéria de facto).

Encontra-se delimitada, a nascente, por um muro e a poente por uma guia ou rêgo, mantendo um trilho cotejado, tendo sido calcetada pelos réus (n.ºs 19 e 27 a 29 da matéria de facto).

Por ela, os réus transportaram os materiais necessários à construção da sua casa de habitação no prédio aludido em 5 (n.º 17 da matéria de facto).

Os réus vêm utilizando a mesma faixa, por si e anteriores proprietários do prédio referido em 5, para ali acessem a pé, com carros de bois e com veículos automóveis, desde há mais de 100 anos, diariamente, sem oposição e na convicção de exercerem um direito de passagem próprio e não lesarem direitos de outrem (n.ºs 24, 25, 30 e 31 da matéria de facto).

Assim sendo, os factos provados revelam inequivocamente a existência de sinais visíveis e permanentes, os quais nem sequer foram postos em causa no recurso.

E também mostram que os réus/reconvintes actuaram no exercício de um direito de servidão através do

corpus, traduzido nos actos materiais correspondentes, e com o necessário animus, revelado na convicção de que exerciam um direito próprio.

Os actos por eles praticados foram no âmbito desse direito, tendo exercido verdadeiros actos de posse e não de mera tolerância.

Não faz, por isso sentido, afirmar, como fazem os apelantes, que os deixaram passar por mera tolerância. Esta afirmação não tem qualquer suporte nos factos provados e é por eles claramente afastada.

Os factos provados permitem concluir que estamos perante uma servidão aparente, como tal, susceptível de ser constituída por usucapião.

E mostrando-se também provado que os réus/reconvintes, desde há mais de vinte anos, vêm acedendo ao seu prédio, através do identificado caminho que se desenvolve pelo prédio dos autores, a pé, com carros de bois e com veículos automóveis, à vista de toda a gente, sem oposição e na convicção de exercerem um direito próprio e de que não lesavam ninguém, verificados estão todos os requisitos necessários à constituição e ao reconhecimento de uma servidão de passagem por usucapião, nos termos peticionados na reconvenção, tal como foi reconhecido na sentença recorrida.

A esse reconhecimento não obsta o facto de o prédio dos réus/apelados não ser encravado.

É que este requisito apenas é exigido para a constituição da servidão legal de passagem nos termos do citado art.º 1550.º, o qual não é aqui aplicável, porquanto o direito de servidão foi reconhecido com base na usucapião conforme se deixou dito.

Trata-se de títulos constitutivos diferentes que não devem ser confundidos.

Para a constituição de uma servidão de passagem com fundamento na usucapião não é necessário que o prédio dominante esteja encravado, bastando que se verifiquem os correspondente requisitos, entre os quais não constam o invocado encrave do prédio dominante, sendo assim possível reconhecê-la, verificados que estão tais requisitos (cfr. Ac. RE, de 12710/93, sumariado no BMJ, 430.º, 546). Esse reconhecimento não depende da natureza rústica do prédio dominante nem do facto de ele ser absoluta ou relativamente encravado (cfr. Ac. RC, de 7/3/95, BMJ, 445.º, pág. 634).

E também não impede aquele reconhecimento o facto de os autores/apelantes terem construído uma habitação no seu prédio.

Com efeito, nada existe na lei que o impeça.

O direito de passagem foi adquirido com base na usucapião, pela prática reiterada de actos possessórios, como se disse e repete.

Como tal, é irrelevante a natureza do prédio serviente, a qual só relevaria para a constituição de uma servidão legal, ao abrigo do citado art.º 1550.º, cujo n.º 1, parte final, exige que recaia sobre prédios rústicos.

De qualquer modo, importa ainda dizer que o prédio serviente é rústico, a construção da habitação não alterou essa natureza (cfr. art.º 204.º, n.º 2 do Código Civil) e, tendo-se constituído por usucapião, está vedada aos autores a faculdade de se subtraírem ao encargo de ceder passagem, não tendo aqui aplicação o supramencionado art.º 1551.º.

E também não é caso de extinção por desnecessidade, pela simples razão de que não foi observado o n.º 2 do art.º 1569.º do Código Civil, estamos perante uma questão nova colocada conclusivamente em sede de

recurso, onde se discute a constituição da servidão e não a sua extinção (que pressupõe a sua existência prévia), e os factos provados jamais permitiriam concluir que se tornou desnecessária ao prédio dominante.

Sumariando nos termos do n.º 7 do art.º 713.º do CPC para concluir:

1. Pratica actos de posse, susceptíveis de conduzir à aquisição do direito de passagem, quem utiliza uma faixa de terreno, delimitada no solo através de sinais visíveis e permanentes, desde há mais de vinte anos, diariamente, pública e pacificamente, na convicção de exercer um direito próprio e de não lesar direitos de outrem;
2. Constituída a servidão de passagem com fundamento na usucapião, por se mostrarem verificados os respectivos requisitos, é irrelevante que o prédio dominante esteja ou não encravado, porquanto este requisito é exigido apenas para a constituição da servidão legal de passagem ao abrigo do art.º 1550.º do Código Civil, que é diferente daqueloutro título constitutivo;
3. Pela mesma razão, o proprietário do prédio serviente não pode subtrair-se ao encargo de ceder a passagem, não sendo lícito falar, neste momento, de extinção por desnecessidade.

Improcedem, deste modo, todas as conclusões e, conseqüentemente, a apelação, pelo que deve manter-se a decisão por esta via impugnada.

### III. Decisão

Por tudo o exposto, julga-se improcedente a apelação e, em consequência, confirma-se a sentença recorrida.

\*

Custas pelos apelantes.

\*

Porto, 7 de Setembro de 2010

Fernando Augusto Samões

José Manuel Cabrita Vieira e Cunha

Maria das Dores Eiró de Araújo

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