

Acórdão do S. T. J. de 14-1-1958

A prova de que, através do prédio do autor, sem oposição deste e dos antepossuidores, vem sendo praticada passagem pelos réus e antepossuidores, de prédios encravados destes, utilizando-se para tal um portão — de que os réus têm chave — existente no prédio do autor, com geral conhecimento, desde época que excede a memória dos vivos — não consente se considere constituída a servidão de passagem em que o autor feliara o seu direito de preferência na compra dos prédios dos réus. É que, sendo aparente mas descontínua, não podia aquela servidão constituir-se por prescrição na vigência do antigo art. 2.272 do C.C.; nem segundo o actual regime deste artigo, porque desde a sua vigência não decorreu o tempo bastante; tão-pouco tem aplicação o actual § ún. do art. 2.273 do mesmo Código; e para que, no regime do primitivo parágrafo deste artigo, a servidão pudesse julgar-se constituída, teria sido necessário provar-se mais que a passagem vinha já sendo exercida havia, pelo menos, 30 anos antes do Código Civil.

Na comarca de Régua, Egídio António Pinto Júnior, viúvo, proprietário, do lugar de Persegueda, da freguesia de Vilarinho dos Freires, da mesma comarca, propôs acção de processo ordinário contra :

1.^{as} — Augusto Pereira Pena e esposa, D. Carlota Fernandes Pena ;
2.^{as} — Ludgero Quintela de Araújo e esposa, D. Maria da Soledade Garcia dos Santos; 3.^{as} — João Pereira Pena e esposa, D. Maria dos Prazeres Relvas Pena, todos proprietários e residentes em Vila Real;
4.^{as} — António Bernardo de Araújo, cujo estado, morada e profissão se desconhecem, ausente no Brasil; e 5.^{as} — Quaisquer interessados incertos.

Fundamentos estes :

O autor é dono da Vinha do Ribeiro, prédio sito na freguesia de Vilarinho dos Freires, inscrito na matriz sob o n.º 151-E, e descrito na Conservatória do Registo Predial sob o n. 46.433.

Por escritura de 18 de Maio de 1954, D. Maria Ermelinda de Araújo Pena comprou a D. Olinda Pereira Pena, entre outros, dois prédios contíguos àqueles, que são :

a) Uma vinha, com oliveiras, denominada Torrão Grande, com 9.312 metros quadrados, inscrita na matriz sob o n. 50-E e descrita na Conservatória sob o n. 13.202 e

b) Outra vinha denominada o Torrão Pequeno, com a área de 2.875 metros quadrados, inscrita na matriz sob o n. 119-E e descrita na Conservatória do Registo Predial sob o n. 15.554. Estes dois prédios são absolutamente encravados, pois nenhuma comunicação têm com a via pública.

Os réus, para atingirem esta, têm de atravessar aquele prédio do autor, o qual tem estado onerado com essa servidão desde tempos imemoriais, sempre tendo sido esse ónus reconhecido pelo autor e anteproprietários do seu prédio, sem qualquer opposição.

Ora o autor não foi notificado para usar do seu direito de preferência naquela compra, que está a tempo de exercer, visto não ter sido efectuada há mais de seis meses.

A compradora faleceu em 8 de Junho de 1954 e os réus são os seus sucessores e titulares de todos os direitos e obrigações que lhe competiam.

Sucede, porém, que são nove os prédios vendidos, não se tendo especificado na escritura o preço de cada um, e o autor só pretende preferir relativamente às duas ditas vinhas, tendo, assim, que ser determinado o preço de cada uma destas.

Concluiu pedindo a condenação dos réus a reconhecerem-lhe o direito à invocada preferência, na qualidade de representantes da compradora, que se mandasse cancelar qualquer registo das ditas duas vinhas a favor dos réus ou da compradora, com base na referida escritura, e se condenassem os réus a entregar-lhe esses dois prédios, mediante o pagamento da quantia que viesse a ser apurada por avaliação, acrescida da importância da sisa e demais despesas.

Citados os réus, os presentes em suas pessoas e os demais por éditos, e citado também o Ministério Público, não foi oferecida qualquer contestação.

Pela secretaria foi determinado o valor correspondente a cada um das ditas vinhas, conforme despacho do sr. juiz, sendo depois depositada pelo autor a importância das duas.

Seguiu o processo seus termos, concluindo por sentença que julgou a acção improcedente com o fundamento de que não se provou que o uso da servidão tivesse começado trinta ou mais anos antes da entrada em vigor do Código Civil, não se tendo, pois, adquirido por prescrição o direito a ela, em que o autor veio filiar o seu direito de preferência.

Dessa sentença foi interposta apelação, pelo autor, mas a Relação negou-lhe provimento. Do respectivo acórdão traz ele a presente revista, que baseia em razões condensadas nas seguintes conclusões da respectiva alegação :

1.ª Os prédios sobre cuja venda se pretende exercer preferência são absolutamente encravados, pois não têm qualquer comunicação com a via pública, como reconheceu o colectivo; com efeito,

2.ª Para os recorridos, partindo desses prédios, atingirem a via pública, ou para, partindo dela, alcançarem esses prédios, têm de atravessar o do recorrente ;

3.ª Mais reconheceu o colectivo que os recorridos, para atingirem os seus ditos prédios através do prédio do recorrente, transpõem um portão de acesso a esse prédio, de que possuem chave, o que demonstra a aparência de servidão;

4.ª O tribunal colectivo deu como provado que tal servidão vem sendo exercida pelos recorridos, e antepossuidores dos seus prédios, ininterruptamente, desde época que excede a memória dos vivos, pelo que já estava constituída aquando da promulgação do Código Civil, o qual, no § ún. do seu art. 2.273, respeitou as servidões já adquiridas então ;

5.ª Os próprios recorridos, que são pessoas abastadas, demonstraram, não contestando a acção, reconhecer a existência da servidão.

Tudo visto :

O colectivo respondeu afirmativamente, e sem restrições, a toda a quesitação, ficando assim provado que os prédios sobre que incide o pedido de preferência se encontram completamente isolados da via pública, sem qualquer comunicação directa com esta, tornando-se necessário para, partindo deles, atingir a via pública, ou para, partindo desta, se atingirem aqueles, atravessar o prédio do autor; que, para atingirem aqueles seus prédios através do prédio do autor, a partir da via pública, que também atravessa este prédio, os réus transpõem um portão de acesso ao mesmo prédio do autor, de que possuem chave; que a passagem através do prédio do autor vem sendo praticada pelos réus e antepossuidores dos seus prédios, com geral conhecimento dos vizinhos e conterrâneos, sem opposição do autor e dos antepossuidores do seu prédio, e ininterruptamente, desde época que excede a memória dos vivos.

Na sentença, o sr. corregedor classificou a servidão de descontinua e não aparente e, como tal, insusceptível de constituição por prescrição em face do disposto no art. 2.273 do C.Civ. — redacção introduzida pelo dec. 19.126 — por não se tratar da hipótese contemplada no § único do mesmo artigo, de servidão anterior ao Código Civil reconhecida por sentença ou documento com força legal. E ponderou que ainda que se admitisse a subordinação da hipótese *sub judice* ao preceito do § único do primitivo art. 2.273, não poderia considerar-se constituída a servidão, por não se ter provado, e nem sequer alegado, que já o estava, segundo os usos e costumes da terra, quando o C.Civ. foi promulgado, não bastando a essa prova a resposta do colectivo ao quesito 5.º, segundo a qual a passagem pelo prédio do autor se faz, nas condições alegadas, desde época que excede a memória dos vivos. A Relação, embora qualificando a servidão de aparente, baseada na sua revelação por um portão de acesso ao prédio do autor, de que os réus possuem chave, houve também por não provada a posse dessa servidão desde tempo, anterior ao do C.Civ., suficiente à sua aquisição por via de prescrição.

Segundo o primitivo art. 2.272 do C.Civ. só as servidões contínuas aparentes podiam constituir-se por prescrição. A servidão em causa é aparente, no conceito do § 3.º do art. 2.270 do C.Civ., já que se releva por sinal exterior — um portão de que os recorridos possuem chave —, mas é descontinua, porque o seu uso depende de facto de homem — §

2.º do dito artigo; não podia, portanto, constituir-se por prescrição na vigência daquele primitivo art. 2.272, ainda que a prescrição tivesse começado a correr anteriormente ao Código — art. 565 deste.

A redacção introduzida pelo dec. 19.126, de 16-12-1930, naquele art. 2.272, permite a constituição, por prescrição, das servidões aparentes, quer sejam contínuas quer descontínuas, mas esse regime não decorreu ainda o tempo bastante à constituição da servidão à sombra dele. Está excluída também a hipótese do § único do actual art. 2.273 do Código, segundo o qual são de respeitar as servidões, quer anteriores quer posteriores à promulgação, desde que a sua existência haja sido reconhecida por sentença ou documento com força legal, pois que não se juntou ou invocou título dessa natureza.

O § único do primitivo art. 2.273 mandou respeitar as servidões adquiridas anteriormente à promulgação do C.Civ., conforme o uso ou costumes das terras.

No caso *sub judice* não se invocou propriamente uso ou costume da terra, mas invocou-se a constituição da servidão por uso imemorial.

Segundo os nossos praxistas, pelo direito antigo as servidões descontínuas podiam adquirir-se pela prescrição de 30 anos, se eram aparentes, e pela posse imemorial, se o não eram.

Supondo que o portão cuja existência serviu a qualificação da servidão como aparente dura desde que se iniciou a passagem, o que, aliás, a resposta ao quesito nº 2 não esclarece, nem foi quesitado ou alegado, era necessário demonstrar que antes da publicação do Código Civil já tal passagem se vinha exercendo, pública, pacífica e continuamente, havia, pelo menos, trinta anos.

Ora a resposta ao quesito n. 5.º não satisfaz essa exigência.

Com efeito, o que nos diz é que a passagem através do prédio do autor se faz, ininterruptamente, desde época que excede a memória dos vivos, o que não é, positivamente, a revelação daquele mínimo de duração, já que só a memória de pessoas com mais de 116 anos podia servir tal prova.

É certo que a memória dos factos é transmissível de geração para geração e pode assim chegar até nós, não sendo, pois, de todo em todo, impossível a prova da aquisição de servidões, por prescrição, anteriormente ao Código Civil, mas no caso *sub judice* não se alegou nem, por isso, quesitou ou respondeu, em subordinação a tal hipótese e apenas vem provado que a passagem se faz desde época que excede a memória dos vivos.

E por isso tem razão o douto acórdão recorrido quando diz que se está em presença de elementos vagos e imprecisos que de forma alguma podem certificar que há cento e dezasseis anos já existia a servidão em causa.

Pode objectar-se que, ante o conceito que presidiu à elaboração da peça questionário-especificação, a resposta positiva e sem restrições ao quesito 5.º devia preencher as exigências da prescrição quanto à duração do uso da servidão anteriormente à promulgação do Código

Civil. É, com efeito, lamentável que a resposta afirmativa àquilo que o sr. juiz, na formulação do questionário, considerou suficiente para a procedência da acção, não conduza, afinal, a essa procedência. Mas essa consideração não pode sobrepor-se às exigências de uma segura demonstração de que o uso da servidão já durava, e se revelava, havia trinta ou mais anos, quando o C.Civ. foi promulgado. Só ante essa demonstração, que se não fez, podia haver-se aqui por juridicamente constituída a servidão que foi base do pedido.

Pelo exposto, acordam os do Supremo Tribunal de Justiça em negar a revista. É condenam o recorrente nas custas.

Lisboa, 14 de Janeiro de 1958. — *Agostinho Fontes* (relator); *Mário Cardoso*; *A. Sampaio Duarte*; *Lencastre da Veiga*; *A. Baltazar Pereira*.

(In *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 73, p. 614)

ANOTAÇÃO

Este acórdão veio publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n. 73, p. 614, e, mais recentemente, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 91, p. 182, seguindo-se-lhe uma anotação do prof. F. A. PIRES DE LIMA.

Como resulta do relatório do acórdão acima referido, foi proposta por Egidio António Pinto Jor. contra Augusto Pereira Pena, esposa, e outros, uma acção na qual o autor alegava que a antecessora dos réus tinha comprado dois prédios contíguos um ao outro, ambos encravados no do autor, não podendo os mesmos réus comunicar com a via pública sem atravessar o prédio dele autor.

E com este fundamento e por ter sido a venda efectuada havia menos de seis meses, pedia que lhe fosse reconhecido o direito de preferência consignado no § 1.º do art. 2.309 do C.Civ., conforme a redacção do dec. 19.126, de 16-12-1930.

Os réus não contestaram o pedido.

Resulta do acórdão que o tribunal colectivo julgou provado que os pré-

dios com relação aos quais se pedia o direito de preferência estavam completamente isolados da via pública, sem qualquer comunicação directa com esta, tornando-se necessário para, partindo deles, atingir a via pública, ou para, partindo desta, se atingirem aqueles, atravessar o prédio do autor.

Mais consta do julgamento de facto que isto se tinha passado desde tempos que excedia a memória dos vivos e que havia, até, nos prédios encravados, um portão por meio do qual os réus, e antecessores, passavam dos seus prédios para o prédio do autor a fim de atingirem a via pública.

Apesar de tudo isto, a acção foi sempre julgada improcedente desde a primeira instância até ao Supremo Tribunal de Justiça.

Assim se julgou porque os tribunais não consideraram constituída a servidão de passagem a favor dos prédios dos réus, sobre o prédio do autor.

A primeira instância entendeu que a servidão era descontinua e não aparente e applicou o art. 2.273 do C.Civ.

que declara imprescritíveis estas servidões.

Mas a Relação, apesar de julgar que a servidão era aparente, por ser exercida por meio de um portão, confirmou a sentença da primeira instância com o fundamento de que ainda não tinha decorrido o tempo necessário para se completar a prescrição positiva da servidão.

O Supremo Tribunal negou a revista, tendo-se fundado também, para tal, na não existência de prescrição aquisitiva de servidão.

O comentador da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* apoia o julgamento do Supremo e diz até que, a seu ver, não podia ter sido outra a decisão do Supremo.

Tanto o acórdão como a anotação se espraiam em largas considerações sobre a constituição das servidões.

Afigura-se-nos, porém, e salvo o devido respeito, que a questão foi deslocada dos termos especiais em que o art. 2.309 estabelece este direito de acesso ou trânsito.

Melhor diria que tal questão foi indevidamente complicada.

E, com efeito, o caso dos prédios encravados a que se referem os arts. 2.309 e ss. do C.Civ. vem regulado em capítulo especial no mesmo Código, o capítulo III do título V do livro único da parte III, capítulo que tem por título «Do direito de acesso ou trânsito».

Trata o Código desta matéria em separado das outras servidões que são objecto do capítulo V do título IV do mesmo livro.

Nos arts. 2.309 e ss. regula-se, de modo especial, um direito de passagem, que se adquire logo que se verificarem as condições prescritas no artigo.

Para concluir que este direito existe, não há que considerar se a servidão está constituída nos termos exigidos para as demais servidões.

Há, apenas, que averiguar se existem as condições de que o art. 2.309 torna dependente o direito de exigir caminho ou passagem pelos terrenos vizinhos.

Uma vez que a lei não exige mais nenhuma, não é lícito acrescentar-lhes outras.

O direito de preferência, cujo exercício se pedia na acção, nos termos do § 1.º do citado artigo, é uma consequência da existência do direito de passagem.

O acórdão incorre no erro de recusar o direito de passagem contra o que dispõe claramente o art. 2.309 do C.Civ. e, até, contra a própria natureza das cousas.

E, com efeito, o dono do prédio encravado não pode ficar como que encerrado no seu prédio sem poder sair dele.

Apesar desta situação de facto, que é inevitável, o acórdão negou a aplicação do direito que deriva dos únicos factos que a lei exige para considerar que o prédio está encravado e para dar ao seu proprietário o direito de exigir caminho ou passagem pelos terrenos vizinhos.

Deste absurdo resulta um outro que vem a ser o de o autor da referida acção, apesar do que nele se julgou, ter de continuar a aceitar o facto material e inevitável de dar passagem pelo seu prédio aos donos do prédio encravado e de não poder, correspondentemente, pôr termo a esta situação usando do direito de opção que pede e que deriva da existência deste encargo, conforme o citado § 1.º do mesmo artigo.

Este direito de preferência não o

dava o C.Civ. na sua redacção anterior ao dec. 19.126, de 16-12-1930.

Conferiu-o, mais tarde, a lei 1.621 de 5-7-1924.

O aludido dec. 19.126, apesar de ter revogado esta lei, consignou o mesmo direito de preferência, embora tivesse alterado os termos em que o concedia a indicada lei 1.621.

Uma vez que existem os factos que a lei exige para considerar encravado um terreno e para ser concedido a favor de seu proprietário o direito de passagem, é consequência deste direito, e a ele correspondente, essoutro direito do dono do prédio onerado com esse encargo, de ter preferência na venda do prédio encravado.

Isto sem embargo de este direito de exigir caminho ou passagem, este direito de acesso ou trânsito, ser, na verdade, uma servidão, visto que existem nele as condições enumeradas pelo art. 2.267 do C.Civ. ao definir a servidão.

O direito de acesso ou trânsito é, na verdade, nos termos do citado art. 2.267, um encargo imposto nos prédios vizinhos a favor do prédio encravado.

E servidão lhe chama também o art. 2.309.

Mas esta servidão, pela sua própria natureza, é, como acima vimos, regida em termos especiais e distintos dos das demais servidões.

É de notar que a anotação da *Revista de Legislação e de Jurisprudência* alude à opinião de vários autores italianos citados na nota a p. 215 do ano 68 da mesma *Revista*, que entendem que as disposições que se opõem à aquisição por prescrição das servidões descontinuas, se não applicam às servidões de passagem por prédios encravados.

A *Revista* não concorda com esta opinião e reporta-se ao que na mesma

se escreveu a p. 215 do 68.º ano, onde esses autores vêm citados e onde se combate a opinião destes.

Fundam-se estes em que as dificuldades que a lei opõe à aquisição por prescrição das servidões descontinuas resultam de os actos praticados pelos que da mesma usam se presumirem apenas tolerados pelos donos dos prédios servientes, mas que isto não succede com relação aos prédios encravados, visto que, neste caso, a servidão deriva da lei.

Nós acrescentaremos que resultam de uma situação que não é possível evitar.

Entendem os referidos autores que no caso de prédios encravados se não trata de actos de tolerância, mas de actos de obediência à lei, da aceitação de um encargo imposto pela lei, do reconhecimento de um direito conferido pela lei.

Ora, quanto a nós, afigura-se-nos, repetimos, que para que exista o direito de passagem consignado no art. 2.309 do C.Civ., e nele regulado em separado das demais servidões, só há que averiguar se existem as condições determinadas neste preceito para que esse direito exista.

Não há que complicar a execução desse preceito legal com outras condições que nele não vêm consignadas.

No caso de que se trata no acórdão, e conforme este relata, provou-se que tais condições se verificavam.

Com que direito se exigem *mais* requisitos, *outras* condições que não são exigidas no art. 2.309 do C.Civ., que rege especialmente o caso de que se trata ?

Pode, até, este direito criar-se de um momento para o outro sem ter de se olhar ao tempo durante o qual ele se exerceu.

Suponha-se, por exemplo, que certo

indivíduo é dono de dois prédios distintos, mas contíguos um ao outro, fazendo-se por um deles o acesso do outro à via pública.

Figura-se o caso de em certa execução ser somente arrematado justamente aquele por onde se faz o acesso do outro à via pública.

Desse facto resultou ficar esse outro encravado, visto que deixou de pertencer ao mesmo dono aquele por onde comunicava com a via pública.

Pode, porventura, negar-se o direito de preferência aos donos dos prédios através dos quais se fez caminho ou passagem do prédio encravado para a via pública, se tal prédio encravado vier a ser vendido?

Não há que discorrer sobre se a servidão é susceptível de ser adquirida por prescrição, ou se esta é ou não aparente ou se decorreu o tempo exigido para essa prescrição.

Também se não pode obrigar o dono do prédio serviente que pretende preferir na venda do prédio dominante a, antes de usar desse direito, demandar o dono deste último a fim de constituir a servidão e pedir a correspondente indemnização.

Em primeiro lugar, lei alguma exige que a constituição da servidão de trânsito seja precedida de qualquer acção, dado o caso de esta não ser necessária para o dono do prédio serviente se não opor à passagem.

Também não seria normal que o dono do prédio serviente tivesse de demandar o do dominante a fim de pedir *contra ele*, autor, a *constituição da servidão* e pedir ao do dominante a consequente indemnização.

Com relação à constituição da servidão, poderia, até, alegar-se a ilegitimidade do autor porque este viria, afinal, a pedir, contra si próprio, a constituição de *uma obrigação*, na

qual só o réu seria interessado como credor da mesma.

E, quanto à indemnização, poderia opor-se que este pedido estava dependente da existência da servidão, e que não era ele, autor, mas sim o réu, que teria interesse e, portanto, legitimidade para pedir o direito de trânsito.

Além disso, a seguir-se a tese do acórdão, surgiriam todos os obstáculos e objecções que o mesmo acórdão opôs à constituição da servidão descontinua e não aparente.

Ficaria, pois, o dono do prédio encravado a passar pelo do serviente sem ter de indemnizar, porque os tribunais julgariam que a servidão não existia.

Ou então teria o dono do prédio encravado de ficar encerrado no seu próprio prédio sem poder sair dele.

Se, porém, se entendesse que o direito de passagem e o consequente direito de preferência de quem suporta a passagem estava dependente da constituição da servidão por meio de acção proposta pelo dono do prédio encravado, maior seria ainda o absurdo.

Seria, com efeito, fazer depender o direito de preferência do dono do prédio serviente de facto alheio, ou seja de acção que tinha de ser proposta pelo dono do prédio dominante.

Obstariam, além disso, à constituição da servidão pelo dono do prédio dominante as mesmas razões que o acórdão opôs à existência da mesma.

Se, na verdade, não bastassem, para o exercício do direito de passagem, os elementos constantes do art. 2.309, e fosse necessário aplicar os arts. 2.272 e 2.273, a servidão de trânsito nunca poderia constituir-se coercivamente por meio de acção em que esta constituição se pedisse.

Mais ainda: mesmo no caso de se admitir que para se exercer o direito de preferência seria necessário que o dono do prédio dominante, ou seja aquele que quisesse usar desse direito, demandasse previamente o dono do prédio serviente, a fim de constituir, contra ele próprio, autor, uma obrigação a favor do réu, tal exigência seria absurda por da mesma resultar normalmente a perda do direito de preferência.

Tal perda dar-se-ia, na quase totalidade dos casos, porque, enquanto

durasse a acção, teria decorrido o prazo de seis meses que o art. 1.566 do C.Civ., a que se reporta o § 3.º do art. 2.309, concede para se usar do direito de preferência.

Vejam-se os absurdos a que levaria a doutrina do acórdão que comentámos, doutrina esta que de modo algum pode admitir-se.

CARLOS Z. PINTO COELHO
Presidente do Conselho Superior
da Ordem dos Advogados