A AÇÃO DE PASSAGEM FORÇADA E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Jan Carlos Novakowski
Matheus Martini

INTRODUÇÃO

A propriedade, historicamente, é um dos direitos mais importantes da sociedade, de modo que no Brasil é reconhecida e garantida constitucionalmente, uma vez comprovada sua complexa relevância social.

De toda sorte, inúmeros institutos se revezam na incumbência de sua proteção, outorgando ao proprietário – e por vezes ao possuidor – um extenso rol de prerrogativas como forma de garantir a máxima dos direitos de uso, gozo e fruição, inerentes ao próprio domínio.

Com a evolução, a propriedade, nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

> [...] tornou-se o mais amplo dos direitos reais, o chamado direito real por excelência, ou o direito real fundamental. Ser dono ou proprietário é a capacidade de se fazer o que é da vontade de cada ser humano com um determinado bem. A propriedade envolve a sensação e a convicção de ser alguém dono da coisa, abstraída qualquer possibilidade de terceiros interferirem no poder de comando e de soberania sobre a mesma coisa (RIZZARDO, 2004, p.169).

De fato, tornou-se a propriedade um direito complexo, pois é inerente ao titular da coisa a faculdade de dispor. Tanto faz usá-la, abandoná-la, aliená-la ou destruí-la. Reveste-se, portanto, de caráter absoluto, que decorre da oponibilidade *erga omnes*, impondo-se a todos o dever de respeitá-la.

Nesse sentido, exerce o titular da propriedade o poder de dominação sobre a coisa; a propriedade é perpétua, durando ilimitadamente, não se perdendo nem desaparecendo pela falta de uso. Trata-se de direito exclusivo, ficando terceiros proibidos de exercer qualquer dominação sobre a coisa. Pode o proprietário tudo sobre a coisa, salvo as limitações legalmente impostas (RIZZARDO, 2004, p.170).

1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal garante o direito à propriedade, trazendo com ela a obrigação do cumprimento da sua função social, outorgando para o auxílio da tradução fática deste subjetivo conceito inúmeras vias, entre elas a Ação de Passagem Forçada.

A função social da propriedade nem de longe é uma discussão recente. Desde os primórdios da Idade Média cristaliza-se a ideia do uso consciente da propriedade para o bem comum, traduzindo-se o pensamento de que os bens disponíveis na terra pertenceriam a todos.

De conceito em conceito entende-se, atualmente, que todo proprietário é responsável pela atribuição da função social ao seu imóvel, estando obrigado ao cumprimento de normas cogentes que visam ao maior proveito econômico em favor de toda a coletividade, frutificando seu imóvel em favor de toda sociedade. Portando, exige-se que o homem, vivendo em sociedade, tenha seus interesses conciliados com os direitos superiores do Estado, ao qual cumpre a salvaguarda dos interesses sociais (RIZZARDO, 2004, p. 179).

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5°, inc. XXIII, assim dispõe: "Art. 5°. [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social" (BRASIL, 1988).

Em termos concretos, haverá função social da propriedade quando o Estado delimitar marcos regulatórios institucionais que tutelem a livre iniciativa, legitimando-a ao mesmo tempo. Quando uma atividade econômica concede, simultaneamente, retorno individual em termos de rendimento e retorno social, pelos ganhos coletivos da atividade particular, a função social será alcançada (FARIAS e ROSENVALD, 2013. p. 314).

Em face de ser responsabilidade do proprietário do imóvel atribuir proveito econômico ao seu imóvel, também é de seu direito o uso dos meios cabíveis e necessários para o cumprimento desta finalidade, traduzindo, por vezes, no constrangimento de outra propriedade para a finalidade visada.

Desta forma, o instituto da passagem forçada, inserido no Direito de Vizinhança, faz parte de um vasto rol de medidas processuais que visam à atribuição da função social para determinados imóveis.

Nesse sentido, em uma visão mais justa e humana que se impõe diante do aumento da população nas últimas décadas, é de uma conscientização aprofundada dos direitos naturais fundamentais do homem de viver dignamente, afastar-se o rigorismo individualista que imperava sobre a propriedade privada, o que se constitui uma consequência da preponderância que se vem dando ao homem, relativamente aos bens que possui.

Na Constituição de 1988, a propriedade privada é encarada dentro de sua função social. Assim, pelo art. 5°, inc. XXII, é garantido o direito de propriedade, mas ordena o inciso XXIII que lhe cumpre atender a sua função social. No art. 170, inciso II, aparece o princípio da sociedade privada como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, devendo, no entanto, atender à função social (RIZZARDO, 2004, p. 171).

Nos termos do art. 182, § 2°, a propriedade urbana atende sua função social quando realiza as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas em seu plano diretor. Da mesma forma, quanto ao imóvel rural, prevê o art. 186 que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a vários requisitos, como aproveitamento racional e adequado; utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições regulamentares das relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores (RIZZARDO, 2004, p. 171).

Neste interim, o proprietário não só tem o direito de usar, gozar e dispor, mas também o dever de torná-la produtiva, trazendo benefícios para toda a sociedade na qual ela esteja inserida.

Em célebre e pertinente passagem, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias salientam:

> O Estado é incapaz de criar riqueza – a não ser para aqueles que apropriam e desviam os recursos públicos –, pois só a sociedade participativa e composta por homens livres produz capital (FARIAS e ROSENVALD, 2013. p. 283).

Assim, para o proprietário que possui o direito/dever de conceder à sua propriedade função social, são garantidos alguns instrumentos jurisdicionais para que, contribuindo com toda a sociedade, atinja o mencionado objetivo.

Entre tais instrumentos, encontra-se a ação de passagem forçada, inserida no rol dos direitos de vizinhança, que nos termos do art. 1.285 do Código Civil, menciona:

> Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.
> § 1.° Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.
> § 2.° Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.
> § 3.° Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra (BRASIL, 2002).

Feitas as considerações sobre a função social da propriedade, mister tecer alguns comentários sobre a ação de passagem forçada.

2. A PASSAGEM FORÇADA

A passagem forçada revela-se em uma das mais rigorosas restrições de direito de vizinhança, como benefício reconhecido ao titular de prédio encravado, urbano ou rural. Pressupõe que um imóvel esteja em situação de absoluto encravamento em outro, decorrente da ausência de qualquer saída para a via pública. Nesta situação, objetivando conceder função social à propriedade encravada, a lei impõe que o proprietário vizinho conceda a passagem forçada, como espécie de imposição de solidariedade social conjugada à necessidade econômica de exploração do imóvel encravado, a fim de que não se torne improdutivo por inacessível (FARIAS, ROSENVALD, 2013. p. 655).

Em realidade, trata-se de verdadeiro direito potestativo constitutivo. O proprietário encravado submeterá o outro proprietário, unilateralmente, a aquiescer à sua manifestação de vontade de constituir uma passagem, sem que a isso possa opor-se.

Em estudo sobre o instituto aqui mencionado, assim já lecionava Bevilaqua:

> A solidariedade social entre vizinhos assegura ao dono do prédio rústico ou urbano, que se achar encravado em outro, sem saída, para via publica, fonte ou porto, o direito de reclamar do vizinho que lhe deixe passagem, fixando-se esta judicialmente, o rumo, quando necessário (BEVILAQUA, 1941, p. 194).

Nas palavras de Nequete, a passagem forçada é um direito de vizinhança pelo qual é assegurado ao proprietário de um prédio encravado o acesso, através dos prédios vizinhos, à via pública, fonte ou porto (NEQUETE, 1985, p. 13).

Ainda, Rizzardo em comentário ao instituto:

> Depreende-se que a passagem forçada é o direito concebido ao proprietário de um terreno rústico ou urbano, ou simplesmente um terreno, que se encontra situado de modo a não ter acesso à via pública, ou a não receber acesso ou passagem à dita via pública (RIZZARDO, 2004, p. 493).

Esse direito à passagem forçada, modalidade do direito de vizinhança, origina-se da situação dos prédios e tem por fundamento a necessidade econômica de aproveitamento do prédio encravado (BEVILAQUA, 1941, p. 194).

Ainda, na lição de Hely Lopes Meirelles, tem-se que:

> [...] a passagem forçada é restrição ao direito de propriedade, decorrente das relações de vizinhança. Não é servidão predial, cujos fundamentos e pressupostos são outros. A passagem forçada é uma imposição da solidariedade entre vizinhos e resulta da consideração de que não pode um prédio perder sua finalidade e valor econômico, por falta de acesso à via pública, fonte ou porto, permanecendo confinado entre

> propriedades que o circundam, limítrofes ou não. Quando tal situação ocorre, permite a lei que o prédio rural ou urbano, assim encerrado, obtenha dos vizinhos o acesso necessário (MEIRELLES, 1983, p 58).

Nesse sentido segue a jurisprudência dos tribunais:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA – PASSAGEM FORÇADA. Das preliminares. A representação para a demanda se deu por mandato e os documentos necessários à instrução do processo foram juntados no decorrer da lide. Do mérito. A passagem forçada diz com o direito daquele que possui um imóvel encravado - de forma natural e absoluta, de, mediante indenização cabal, transitar pelos prédios contíguos. Decorre de lei e visa evitar frustração da destinação social ou utilização econômica do prédio (Art. 1.285 do CC). SENTENÇA MANTIDA. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. 33 (Apelação Cível Nº 70033537143, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 09/11/2011)

Também é necessário distinguir o instituto aqui estudado da servidão de trânsito, tendo em vista que esta é instituída por acordo das partes ou por usucapião ou em virtude de lei. As suas causas de formação não correspondem às que determinam a passagem forçada. A simples utilidade ou mera facilidade é causa de instituição (RIZZARDO, 2004, p. 493). Admite-se a sua formação convencional, mesmo que outro caminho se ofereça ao imóvel, sendo desnecessário seu encravamento, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. (Recurso Especial n°. 223.590/SP, da 3ª Turma, julgado em 20.08.2001, DJU de 17.09.2001 e Recurso Especial n°. 316.045/SP, da 3ª Turma, julgado em 23.10.2012, DJE de 29.10.12)

É do interesse geral da sociedade que os prédios não permaneçam inexplorados em virtude do encravamento absoluto. Para haver encravamento ou inexistência de acesso à via pública e a outros locais onde as contingências da vida obrigam que se vá, impõe-se, nas palavras de Nequete,

> [...] que o prédio, confinante ou não com a via pública, a) não tenha saída para ela, nem posa buscar-se uma, ou podendo, somente a conseguiria (razoavelmente cômoda) mediante uma excessiva despesa ou trabalhos desmesurados; ou b) a saída de que disponha (direta, indireta, convencional ou mesmo necessária) seja insuficiente e não se possa adaptá-la ou ampliá-la – ou porque isto é impossível, ou porque os reparos (com que se obtivesse uma saída não excessivamente incômoda) requereriam por igual gastos ou trabalhos desproporcionados (NEQUETE, 1985, p. 22).

Assim, a finalidade da lei é tornar possível a exploração ou conveniente o uso dos prédios, sejam rústicos ou urbanos, públicos ou privados (NEQUETE, 1985, p. 22).

Afirma a doutrina tradicional que a passagem forçada está subordinada a alguns requisitos cumulativos, quais sejam: a) que o encravamento deve ser absoluto, ou seja, não possua acesso à via pública, nascente ou porto; b) o encravamento deve ser natural, ou seja,

não provocado pelo próprio requerente; c) a passagem é onerosa e somente é exercida mediante pagamento de indenização cabal ao vizinho prejudicado (PELUZO, 2012, pg. 1.297).

Da simples leitura do art. 1.285 do Código Civil, verifica-se que será concedida a passagem forçada para o prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, vejamos:

> Art. 1.285. O dono do *prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto*, pode [...] constranger o vizinho a lhe dar passagem [...] (BRASIL, 2002).

Desta forma, pela literalidade do artigo acima transcrito é latente que apenas ao prédio encravado será concedido o direito de passagem, na forma coercitiva, para acesso à via pública, nascente ou porto.

Contudo, existe grande divergência na doutrina e na jurisprudência quanto ao primeiro requisito, qual seja, a necessidade de encravamento absoluto do imóvel ao qual se destina o direito à passagem forçada (PELUZO, 2012, pg. 1.297).

Nesse sentido é o posicionamento da doutrina tradicional, sendo necessários maiores esclarecimentos sobre os principais pontos de embate entre as correntes (tradicional e progressista), de forma a auxiliar na melhor compreensão do instituto em comento.

Afirmam os autores da doutrina tradicional (Hely Lopes Meirelles, Caio Mario da Silva Pereira, Orlando Gomes, Marco Aurélio S. Viana) que, se o vizinho dispõe de acesso, por mais penoso ou difícil que se apresente, inexiste o direito de passagem forçada, tendo em vista que se trata de restrição ao direito de propriedade, que não comporta interpretação analógica ou ampliativa (PELUZO, 2012, pg. 1.297).

Da leitura do próprio artigo 1.285 do Código Civil, tem-se que terá direito à passagem forçada o dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, que, mediante indenização cabal, poderá constranger o vizinho a lhe dar passagem, com rumo judicialmente fixado.

É a exata interpretação do corpo do artigo mencionado:

> Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário (BRASIL, 2002).

Nesse sentido é o entendimento manifestado em alguns julgados dos tribunais superiores. Vejamos:

> AÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM. ALEGAÇÃO DE ENCRAVAMENTO DO IMÓVEL, PRESSUPOSTO BÁSICO DA PASSAGEM FORÇADA. PROVA. Prova produzida nos autos – documental, testemunhal e pericial – que atesta não se tratar de imóvel encravado e indica caminho menos oneroso até a via pública pela propriedade de terceiro. Improcedência da ação. Sentença confirmada. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70025984584, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 06/04/2010)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PASSAGEM FORÇADA. SERVIDÃO. DISTINÇÃO. ENCRAVAMENTO. EXISTÊNCIA DE OUTRA PASSAGEM MENOS CONVENIENTE. 1. Inviável se reconhecer em ação de passagem forçada a reintegração na posse de servidão, quando não há servidão aparente, porquanto ambos institutos não se confundem. A servidão é direito real e surge de um contrato ou por aquisição originária. Já a passagem forçada decorre do dever do proprietário permitir que o vizinho passe por seu prédio em virtude de encravamento, sendo possível, inclusive, a perda pelo desuso. 2. A demanda mostra-se improcedente, porquanto a autora, efetivamente possui outro acesso à sua moradia, ainda que lhe seja mais incômodo. Além disso, as testemunhas comprovam que não foi a cerca e a benfeitoria de Manoel que lhe obstou a passar pela passagem discutida, mas a construção do muro de alvenaria por outro de seus vizinhos. Deram provimento. Unânime. (Apelação Cível Nº 70018542738, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 29/04/2008).

Contudo, o próprio Código Civil de 2002 abraçou o conceito de propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres e voltada à vocação primordial de atender à função social. O professor Miguel Reale, coordenador do anteprojeto, não deixa dúvidas a respeito, ao assegurar que é o direito real "visto em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função social da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quiritária de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor" (PELUZO, 2012, pg. 1201).

Conceitua-se a propriedade como uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas, possuindo como conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, todas subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 263).

A propriedade, portanto, tendo em vista sua função social, sofre limitações de várias naturezas, desde as limitações impostas no Código Civil em razão do direito de vizinhança, até as de ordem constitucional e administrativa para preservação do meio ambiente, fauna, flora, patrimônio artístico, etc. (VENOSA, 1995, p. 115).

A aprovação do Código Civil de 2002 demonstrou que a função social da propriedade não poderia restringir-se à norma constitucional, pois o Código inspirou-se no princípio da socialidade (Miguel Reale), no qual os valores coletivos prevalecem sobre os individuais, mas

sem perder a perspectiva da pessoa humana (COSTA MACHADO e CHINELLATO, 2014, p. 1039).

Afirma a doutrina mais progressista e afinada com a função social da propriedade e o espírito do Código Civil de 2002, que é perfeitamente cabível à passagem forçada quando o acesso não é seguro ou praticável, exigindo do vizinho gastos ou sacrifícios irrazoáveis.

Neste sentido é o Enunciado n. 88 da Comissão de Estudos Judiciários (CEJ), que nos ensina:

> O direito de passagem forçada previsto no artigo 1.285 do Código Civil também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas inclusive as necessidades de exploração econômica (PROFESSORSIMÃO, 2015).

De qualquer modo, o juízo é sempre de necessidade e não de mera comodidade ou conforto. Não basta, assim, que o acesso existente à via pública seja mais longo ou tenha obstáculos superáveis, para se exigir do vizinho a passagem forçada. Os obstáculos e as dificuldades deverão ser de tal monta que exijam esforço ou despesas desproporcionais do proprietário, ou seja, que configurem um verdadeiro juízo de necessidade (PELUZO, 2012, pg. 1297).

É no mesmo sentido a jurisprudência dos tribunais superiores. Vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDÃO. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE PASSAGEM. PEDIDO DE REABERTURA DE PASSAGEM. INVIABILIDADE. POSTULAÇÃO QUE OBJETIVA APENAS OBTER MAIOR COMODIDADE. ENCRAVAMENTO DO TERRENO NÃO DEMONSTRADO. A abertura de passagem exige do confinante que demonstre estar o seu terreno encravado, de sorte que não lhe seja possível, no plano fático, o acesso a logradouro público. Exegese do art. 1.285 do Código Civil. A idéia de passagem forçada está diretamente ligada à noção de necessidade, de sorte que a mera comodidade, com o encurtamento do acesso à via pública, não confere ao pretendente o direito de passagem. Precedentes jurisprudenciais. SERVIDÃO DE PASSAGEM. REQUISITOS AUSENTES. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70058607334, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 20/03/2014)

Também, nas brilhantes palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, temos:

> [...] parece-nos que, nos tempos atuais, a penetração do princípio constitucional da função social da propriedade evoca a destinação coletiva da coisa, em benefício conjunto de seu titular e da comunidade, visando a uma finalidade econômica relevante. Assim, mesmo que exista uma saída para a via pública, constatando-se dificuldade, insuficiência, inadequação ou, até mesmo, periculosidade no percurso, permitir-se-á ao magistrado outra saída para que seu imóvel tenha a sua utilização ampliada e possa atender às necessidades de exploração econômica (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p 656).

Portanto, contando a propriedade imóvel apenas com uma saída à via pública, nascente ou porto, impondo ao seu proprietário situação de dificuldade, insuficiência, inadequação ou periculosidade, haverá o direito à concessão da passagem forçada, nos termos do art. 1.285 do Código Civil.

Neste mesmo sentido, também leciona o mestre Arnaldo Rizardo:

> [...] o encravamento, ou a falta de acesso, pois, para tipificar a espécie, não precisa ser absoluto. Não se exige que o fundo não disponha de nenhuma saída para a via pública. Se uma passagem penosa, longa, estreita, perigosa ou impraticável existir, não fica afastado o direito a outra comunicação. A finalidade da lei é tonar possível a exploração ou conveniente o uso dos prédios, de sorte que o titular do domínio com uma saída insuficiente, e que para melhorá-la ou ampliá-la se impõe um dispêndio excessivo, tem direito ao acesso, pois o prédio não deixa de ser encravado. (RIZZARDO, 2004, p. 667).

Nos ensinamentos de Lenine Nequete, tem-se que o prédio é encravado quando, confinando ou não com a via pública, não tenha outra saída para ela, nem possa procurar-se uma (1ª hipótese); ou quando, dispondo de uma saída, esta se tenha tornado insuficiente e se faz impossível adaptá-la ou ampliá-la (2ª hipótese): em ambos os casos, a impossibilidade acenada não é o problema; é o caso, por exemplo, do prédio que confina com um obstáculo natural por assim dizer insuperável; ou do que só tem saída por um lugar público, não estando obviamente no só poder do proprietário encravado o promover as obras necessárias à adaptação ou ampliação do acesso (NEQUETE, 1985, p. 26).

As outras hipóteses dizem respeito ao prédio que, possuindo (3ª hipótese) ou não (4ª hipótese) um caminho que o desencrave, pode melhorar o já existente ou conseguir-se um não excessivamente incômodo, num e noutro caso, porém somente à custa de despesas exageradas ou trabalhos desproporcionados (NEQUETE, 1985, p. 26).

Contudo, o que deve entender-se pelas expressões “passagem insuficiente”, “extrema incomodidade” e “despesas excessivas”?

Quanto à primeira, a inaptidão ou insuficiência será aquela resultante, por exemplo, de um forte declive, da estreiteza do acesso, ou de outras razões fáceis de constatar em cada caso concreto, entre as quais, segundo uns, a da vasta extensão do fundo. Nesse sentido, não basta que a passagem ofereça alguns inconvenientes e dificuldades, que seja, por exemplo, muito longa, sinuosa ou careça de reparos, enquanto que a passagem reclamada se apresenta mais curta, fácil e menos dispendiosa. A simples comodidade ou mesmo a utilidade maior desta última é pouco. Não é em atenção às pessoas, mas ao aproveitamento do fundo que a lei autoriza essa investida contra a propriedade de terceiros (NEQUETE, 1985, p. 26).

Reputa-se insuficiente uma passagem verdadeiramente impraticável ou insegura, pouco importando que assim o seja apenas uma parte do ano, por exemplo, no inverno. Não se pode indagar se a passagem se tornou insatisfatória em virtude de um novo modo de exploração do prédio, nem se este por ventura foi alguma vez tentado e depois abandonado, ou se é ou não relevante. Apenas, incumbe ao magistrado apreciar a conveniência e oportunidade da mudança e verificar se ela foi empreendida com um fim sério e útil, ou se, pelo contrário, inspira-a só o propósito malicioso de prejudicar o vizinho (NEQUETE, 1985, p. 30).

Quanto às expressões "excessiva incomodidade" e "despesas desproporcionadas", é preciso, em primeiro lugar, convir na sua interdependência. Nos casos de excessivo dispêndio cita-se aquele em que um fundo é separado da via pública por um curso d'água desservido de ponte ou barca, ou não vadeável a todo o tempo, ou ainda cuja travessia ofereça perigos. Contudo, impossível estabelecer-se *a priori* quando ocorre ou não uma saída gravemente incômoda ou dispendiosa. Ao juiz é que caberá dizê-lo, considerando o fato nas suas particularidades circunstanciais, entre as quais, por exemplo, a produtividade do fundo, a vantagem que lhe proporcionaria a saída, etc. (NEQUETE, 1985, p. 31).

Antes de tudo, será preciso ter em conta a despesa necessária à obtenção de uma e outra passagem, de modo que, se para conseguir a própria deve o proprietário despender um milhão, enquanto que a legal lhe exigiria novecentos mil, por certo que aquele milhão não poderá firmar-se como excessivo. Ainda, impõe-se considerar o que seja mais danoso: se a servidão de passagem que se pretende sobre o fundo vizinho ou o sacrifício que outro meio de trânsito representaria para o fundo encravado: excessiva incomodidade, consequentemente, só haverá quando supere de muito a relativa comodidade da saída que se reclama (NEQUETE, 1985, p. 32).

Na jurisprudência pátria tem-se grande predominância em favor da doutrina mais progressista:

> APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BENS IMÓVEIS). MANUTENÇÃO DE POSSE. PASSAGEM FORÇADA. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 927 DO CPC. DESNECESSIDADE DE QUE O ENCRAVAMENTO SEJA ABSOLUTO. LIÇÃO DOUTRINÁRIA. Mesmo que exista uma saída para a via pública, constatando-se dificuldade, insuficiência, inadequação ou, até mesmo, periculosidade do percurso, permitir-se-á ao magistrado interpretar o dispositivo de forma extensiva, concedendo ao proprietário necessitado outra saída para que seu imóvel tenha a sua utilização ampliada e possa atender às necessidades de exploração econômica. Nas palavras de ARNALDO RIZZARDO, "o encravamento, ou falta de acesso, pois, para tipificar a espécie, não precisa ser absoluto. Não se exige que o fundo não disponha de nenhuma saída para a via pública. Se

> uma passagem penosa, longa, estreita, perigosa ou impraticável existir, não fica afastado o direito a outra comunica". SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70040907396, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 29/08/2013)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. PASSAGEM FORÇADA. ENCRAVAMENTO. VISTORIAS JUDICIAIS. LAUDO DA PREFEITURA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ESTRADA. INDENIZAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. SENTENÇA MANTIDA. A passagem forçada é uma limitação imposta ao titular do imóvel vizinho aquele que é encravado ao seu. Para o reconhecimento da passagem forçada, o encravamento não precisa ser absoluto, ao ponto de inexistirem outras saídas do imóvel encravado, sendo necessário, porém, que ele não tenha saída para a via pública ou, havendo, se torne inviável ou difícil seu acesso, hipótese dos autos. Indenização. Inovação recursal. A indenização, decorrente do reconhecimento da passagem forçada, deve ser pleiteada em ação própria. Sentença mantida. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70038135463, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 30/10/2014).

Conforme se verifica dos julgados, perfeitamente cabível e reconhecido o direito do proprietário do imóvel que possuindo saída para a via pública, fonte ou porto, sendo esta extremamente onerosa, perigosa ou até mesmo impraticável, poderá valer-se do instituto da passagem forçada para conferir a devida função social ao seu imóvel.

Independentemente do entendimento adotado, necessariamente deve o julgador analisar a questão alinhando-a ao sentir das verdadeiras intenções do Código Civil de 2002, penetrando no princípio constitucional da função social da propriedade, em benefício conjunto do titular do imóvel e da comunidade onde a mesma esteja inserida.

No exato sentir do instituto, deve o julgador analisar a questão proposta pelo viés da necessidade e não pela mera comodidade. O direito insculpido no art. 1.285 do Código Civil não visa a tornar a passagem mais simplificada ou meramente cômoda, mas sim trazer função social àquele imóvel que se encontra encravado ou em situação de difícil acesso.

Não é atoa que consta na previsão do Enunciado n°. 88 da Comissão de Estudos Judiciários que será garantida a passagem forçada nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, considerado, inclusive, as necessidades de exploração econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal intenção do estudado instituto é a concessão de função social ao imóvel encravado ou em situação de difícil acesso. Inconcebível estabelecer a gravosa imposição consistente no dever de conceder passagem pelo simples viés da comodidade. Não pode ser o

presente instituto servível ao prazer daquele vizinho que, por intenções nebulosas em face do outro, obriga este a lhe conceder a passagem por motivos de foro íntimo.

A propriedade é um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio. Este, como substância econômica da propriedade, possibilita ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto, nos termos do art. 1.228 do Código Civil (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 263).

A propriedade não é o retrato material do imóvel com as características físicas, mas a feição econômica e jurídica que a representa formalmente, dotando o proprietário de uma situação ativa que lhe permita o trânsito jurídico de titularidades e a proteção plena do aparto jurisdicional (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 263).

Desta forma, possuindo a propriedade, além do caráter jurídico, uma feição econômica, deve ser assegurado ao proprietário o uso de todas as suas prerrogativas. Para tanto, a ação de passagem forçada é elemento essencial nos casos de propriedades que se encontram em situações de difícil exploração em virtude da ausência de acesso ou extremas dificuldades para obtê-lo.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Coisas**. ed. S.Paulo: Freitas Bastos. 1941.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 mar. 2015.

_____. **Superior tribunal de justiça**. Recurso Especial 1188280/SC do Tribunal de Justiça de Santa Catarina/SC. 20 de junho de 2013. Disponível em: < http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25005134/apelacao-civel-ac-20130530606-sc-2013053060-6-acordao-tjsc/inteiro-teor-25005135?ref=home >. Acesso em: 26 dez. 2014.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil Interpretado**. 7 ed. Baueri: Manole,2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.**.9 ed., Salvador: Juspodivm, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir.** ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1983.

NEQUETE, Lenine. **Da Passagem Forçada**. ed. P.Alegre: Porto Alegre. 1985.

PELUZO, Cezar. **Código Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Manole, 2012.

PROFESSOR SIMÃO. **Enunciados.** Disponível em: <http://professorsimao.com.br/enunciados/enunciados.aspx?ti=Enunciados%20Aprovados%20na%201%C2%AA%20Jornada%20de%20Direito%20Civil&id=150>. Acesso em: 26 dez. 2014

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas.** Forense. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos reais.** São Paulo: Atlas, 1995. p. 115