

## **Direito de vizinhança - Passagem forçada - Encravamento absoluto - Ônus da prova - Perícia - Quesitos - Honorários periciais**

Ementa: Apelação cível. Declaração de passagem forçada. Encravamento absoluto. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Imparcialidade. Preclusão. Distribuição do ônus de antecipação do pagamento dos honorários periciais. Audiência de instrução e julgamento. Prazo de apresentação de quesitos para perícia. (In)deferimento de oitiva de testemunhas.

- Nos termos do art. 130 do CPC, cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo.

- Conforme os arts. 400 e 405, § 3º, IV, do CPC, a prova testemunhal será sempre admitida, salvo previsão legal em sentido contrário, de modo que a testemunha que se declarar interessada no resultado da causa não deve ser ouvida, pois que inútil ao feito. A relação profissional como vínculo entre testemunha e parte não é motivo que por si só enseja o indeferimento da oitiva.

- O art. 33 do CPC estabelece a distribuição do ônus de antecipação dos honorários periciais, sendo do autor este ônus quando ele, isolada ou conjuntamente com o réu, requerer esse meio de prova.

- A apresentação dos quesitos para a perícia deve ocorrer, respeitados os prazos sucessivos para apreciação dos autos a serem concedidos às partes.

- A exclusão do autor da sala de audiência deve ser acompanhada de comprovação do ocorrido e demonstração do prejuízo, conforme a instrumentalidade do processo e a teoria das nulidades.

- Para a concessão de passagem forçada, a doutrina majoritária e a jurisprudência atual não exigem que o encravamento seja absoluto. Existe a possibilidade de sua concessão na hipótese de encravamento relativo, ocasião em que deve ser ela verificada mediante um juízo de proporcionalidade, de modo a averiguar a situação concreta e a sua real necessidade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.09.384718-0/001 -  
Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Agenor Guimarães  
da Silva - Apelada: Cia. de Bebidas das Américas Ambev  
- Relator: DES.ª MARIANGELA MEYER**

## **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em negar provimento aos agravos retidos e dar provimento a apelação.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2012. -  
Mariangela Meyer - Relatora.

## **Notas taquigráficas**

DES.ª MARIANGELA MEYER - Insurge-se o apelante contra a sentença do MM. Juiz da 3ª Vara Cível de Sete Lagoas, que julgou improcedente a ação declaratória de direito de passagem forçada.

Preliminarmente, pretende o apelante a análise dos dois agravos retidos interpostos na audiência de instrução e julgamento, em que aduz, resumidamente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e parcialidade do MM. Juiz *a quo* no exame dos autos. Assevera, ainda, que houve irregularidade quanto ao ônus de pagamento dos honorários periciais com favorecimento da parte ré em detrimento do autor, que ocorreu a preclusão da apresentação dos quesitos e que houve violação ao devido processo legal na realização da audiência de instrução e julgamento.

No mérito, pede a aplicação do art. 1.285 do CC/02, especialmente quanto ao seu § 2º, para que lhe seja reconhecido o direito de passagem forçada. Alega que o Magistrado *a quo* não se fundou no laudo pericial ou apresentou motivos que justificassem tal afastamento.

Sustenta que a empresa apelada tinha consciência da passagem forçada quando da alienação do terreno e que isso consta da planta do terreno que lhe foi vendido, assinada por ambas as partes.

Por fim, requer o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, julgando-se totalmente improcedente o pedido inicial.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões de apelação, às f. 409/426, requerendo seja negado provimento aos agravos e à apelação, mantendo-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Relatados, examino e, ao final, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da análise dos agravos retidos.

Do indeferimento da oitiva da testemunha Geraldo Eustáquio Dias e do deferimento da oitiva da testemunha Thiago de Lima Azevedo.

Requer o recorrente preliminarmente sejam analisados os agravos retidos interpostos na audiência de instrução e julgamento.

Sustenta o apelante/agravante que o MM. Juiz *a quo* foi imparcial ao deferir a oitiva de Thiago de Lima Azevedo e ao indeferir a oitiva da testemunha Geraldo

Eustáquio Dias, pois que, supostamente, o mesmo fundamento para indeferir deveria ter sido utilizado quando do deferimento. Assim, assevera que o Magistrado primevo se baseou no fato de a testemunha trabalhar, esporadicamente, para o apelante, enquanto que a relação de emprego existente entre a testemunha deferida e a ré foi ignorada.

Entendo que o recorrente não merece razão, pois não foram esses os fundamentos utilizados pelo MM. Juiz *a quo*.

O deferimento da oitiva de Thiago ocorreu em razão de não ser a relação de emprego motivo para, por si, impedir tal testemunho.

Já o indeferimento de Geraldo se deu em razão de ele ter se declarado interessado no resultado da causa.

Nos termos dos arts. 130, 400 e 405, § 3º, inciso IV, todos do CPC:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[...]

Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

[...]

Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

[...]

§ 3º São suspeitos:

[...]

IV - o que tiver interesse no litígio.

Fica claro: não havia impedimento legal para a oitiva da testemunha que tem vínculo profissional com a parte, ou, pelo menos, isso não era, por si só, motivo que ensejasse tal impedimento ou suspeição.

Por outro lado, quanto à testemunha que declarou ter interesse no resultado da causa, o art. 405, § 3º, IV, do CPC é expresso quanto à suspeição.

Desse modo, quanto à matéria em questão, fica afastada a pretensão recursal.

Demais temas apresentados em agravo retido:

Ainda, ao expor os fundamentos e impugnações dos agravos retidos, o recorrente arguiu a irregularidade do ônus dos honorários periciais, a perda do prazo para apresentação dos quesitos para a perícia, da parte ré, ensejando a preclusão temporal, e a suposta não participação do autor na audiência de instrução e julgamento, momento em que ele foi obrigado a se manter de fora da sala.

Entendo que em nenhum desses pontos assiste razão ao autor/agravante.

Quanto à irregularidade da distribuição do ônus de antecipação dos honorários periciais, deve-se enfatizar que se olvidou o autor do art. 33 do CPC.

Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando reque-

rido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz. (BRASIL, 1973.)

Isto ocorre porque o autor deve fazer prova do fato constitutivo do seu direito e o réu prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se a perícia for o meio hábil para indicar o fato constitutivo do direito do autor, então, mesmo que o réu também requeira a produção dessa prova, será o autor o responsável pela integralidade da antecipação dos honorários periciais.

Se for a perícia a prova necessária para demonstrar o fato constitutivo do direito do autor, a não realização da perícia, certamente, beneficia o réu, já que não haverá demonstração do fato constitutivo do direito do autor.

Quanto à preclusão dos quesitos, entendo que o prazo legal a ser cumprido era sucessivo. Primeiro cinco dias ao autor e, então, cinco dias ao réu.

Nesse sentido, o prazo foi devidamente cumprido. Isso ocorre, inclusive, em razão da provável necessidade de se dar carga dos autos a cada uma das partes para a devida formulação dos quesitos. Tudo isso em nome da melhor forma de concretização do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Quanto à exclusão do autor da sala de audiência, o autor não juntou aos autos qualquer prova de tal acontecimento, nem mesmo fez constar na ata de audiência o ocorrido. Não evidenciou ainda qualquer prejuízo que ensejasse a referida nulidade.

A teoria das nulidades adotada pelo ordenamento pátrio exige que, além da existência de um vício, a parte que arguir a nulidade deve evidenciar o prejuízo causado. Tudo isso ocorre em prol da instrumentalidade das formas e da efetividade processual.

De qualquer modo, em razão da inexistência de qualquer prova dessas alegações, impossível é acolhê-las. Isso posto, nego provimento aos agravos.

No mérito da apelação.

De início imprescindível anotar que, após detida análise dos autos, tenho que, a despeito do máximo respeito ao entendimento esposado pelo ilustre Sentenciante de primeiro grau, a questão está a exigir um tratamento diverso, pelos motivos a seguir expostos.

Isso porque entendo que deve ser levado em consideração de um lado o direito do proprietário de usar e gozar do bem, da maneira que melhor lhe aprouver, inclusive monitorando a sua segurança; e, de outro, o aspecto social da propriedade privada, que deve conceder àquele imóvel que pretende assegurar a passagem forçada saída viável para a via pública com a possibilidade de se utilizar de imóvel alheio para o escoamento da sua produção, que é de interesse coletivo.

Deve também ser considerado no caso em exame quem sofrerá maior prejuízo com o deferimento ou indeferimento da passagem forçada em questão.

Feita essa breve ponderação, constata-se que a lide tem origem no compromisso de compra e venda

firmado entre autor e réu, onde autor figurou como promitente vendedor e a empresa ré como compromissária compradora.

Nos termos do instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel firmado entre as partes, consta da cláusula 1.1.1. que o objeto do contrato é

um terreno de 147,20 (cento e quarenta e sete hectares e vinte ares), no local denominado Fazenda Rancho Alegre, em Sete Lagoas, Estado de Minas Gerais, cuja descrição e memorial descritivo foi elaborado pelo escritório do Dr. Josemar Cordeiro de Menezes e planta do imóvel com o georreferenciamento e memorial descritivo sob a responsabilidade técnica do Dr. Marco Aurélio R. de Menezes, CREA-MG 23.309/TD, ambos com data de 17 de fevereiro de 2008, que vistos e assinados pelas partes passam a ser documentos integrantes deste instrumento (f. 24).

O apelante era o proprietário do imóvel denominado Rancho Alegre, com área de 328,91ha, o qual foi dividido em duas glebas pelo “Córrego Boa Esperança” (Ribeirão Tropeiro), sendo a primeira, de 147,20ha, alienada à apelante e a segunda, de 181,52ha, ainda de propriedade do apelante.

Vale dizer que, na escritura pública juntada, às f. 59/61, consta o seguinte:

No imóvel descrito encontram-se as antigas estradas que são mencionadas e consta da planta do imóvel georreferenciado e que dão acesso à área remanescente da propriedade do outorgante vendedor (f. 59/61).

Por sua vez, o compromisso de compra e venda fez constar no instrumento escrito a seguinte cláusula, rubricada por ambas as partes: “1.1.1.1 - Fica esclarecido que a utilização do Córrego da Boa Esperança será compartilhada entre as duas propriedades as quais ele divide” (f. 24).

Assim, a despeito das alegações no sentido de que não teria sido ressalvado o direito de passagem, este se fez público e notório, conforme se infere dos documentos acima indicados.

E, mesmo se assim não o fosse, em detida análise do laudo pericial, f. 189/228, conclui-se que o apelado promoveu o fechamento da estrada, objeto desta lide, sendo que com tal atitude dificultou o acesso à área remanescente do autor, com aumento de 21,5km (vinte e um quilômetros e quinhentos metros), no percurso, totalizando 23km (vinte e três quilômetros), o que antes era realizado em apenas 1,5km (um quilômetro e quinhentos metros).

Desse modo, ainda que não tenha constado da escritura “a passagem”, não é crível que o apelante nela não tenha pensado, pois, como dito, estava ela prevista no referido contrato, o que, possivelmente, fez com que ele acreditasse que poderia continuar a nela transitar mesmo após a escritura e registro, havendo de ser ressaltada a desproporcionalidade entre a passagem por ele

utilizada anteriormente e a nova rota que ficou obrigado a suportar.

Saliento que esse novo trajeto implica passagem por estradas particulares, vicinais e estradas pavimentadas até o centro da cidade de Sete Lagoas, conforme f. 207, o que por certo trará novos problemas de servidão/passagem.

Ademais, ao examinar a resposta do perito aos quesitos suplementares, observo que a utilização da estrada objeto desta lide, como passagem para a propriedade remanescente do apelante, causaria um menor impacto, pois que já é uma estrada consolidada, e a abertura de nova estrada implicaria a supressão de vegetação em área de preservação permanente, demandando, inclusive, licença ambiental emitida pelo IEF. Por outro lado, o parecer do perito informa que a medida necessária para o restabelecimento da estrada importa na retirada do esgotamento sanitário dos efluentes da ré e que o tempo necessário, utilizando-se dos meios apropriados, é de 15 (quinze) dias.

Ora, em atenção a todos esses pontos, entendendo, *data venia*, primeiro, que houve previsão no instrumento particular de compra e venda da utilização compartilhada do Córrego Boa Esperança (Ribeirão Tropeiro - servidão de passagem), segundo, que, mesmo que assim não o fosse, ao ser obstaculizada a passagem ao apelante pela antiga estrada até a sua propriedade, implicaria um aumento de 21,5km (vinte e um quilômetros e quinhentos metros) e que esse novo percurso envolve a passagem por estradas particulares, estradas vicinais, tenho que deve ser considerada a possibilidade da passagem forçada, ainda que não se refira a terreno totalmente encravado.

A jurisprudência deste Tribunal já está pacificada no sentido de se admitir a concessão da passagem forçada mesmo em hipóteses em que não existe o encravamento absoluto, veja-se:

Embargos infringentes - Ação de reintegração de posse - Servidão - Passagem forçada - Presença dos requisitos - Concessão. - Para a concessão da servidão de trânsito entre prédios rurais, basta que o percurso alternativo seja inadequado, insuficiente ou perigoso, não sendo necessário o encravamento absoluto do imóvel. - V.v.: - Verificada a ausência de argumentos suficientes para levar à revisão do entendimento esposado em sede de apelo, inviável o acolhimento dos infringentes. (Minas Gerais. TJMG. 15º CACIV. Embargos Infringentes 1.0452.04.013664-3/002, Rel. Tibúrcio Marques, j. em 29.06.2010, p. em 10.08.2010.)

Apelação cível - Passagem forçada - Servidão - Diferença - Imóvel encravado - Relativização - Acesso perigoso e impraticável - Condomínio horizontal - Indenização. - A servidão de passagem possui natureza convencional, com o acordo entre os proprietários para a conveniência e comodidade de utilização do prédio, enquanto a passagem forçada se institui por força de lei, em razão de encravamento de prédio que não tem acesso à via pública. Segundo entendimento atual, o encravamento não precisa ser absoluto, desde que se prove que o acesso existente é perigoso e impraticável, a impedir o trânsito não só de veículos como também de pessoas. O cons-

trangimento do proprietário para a passagem forçada impõe indenização pela restrição do domínio. (Minas Gerais. TJMG. 11º CACIV. Apelação Cível 1.0024.07.431049-1/002, Rel. Marcelo Rodrigues, j. em 07.10.2009, p. 27.10.2009.)

Passagem forçada. Imóvel encravado. Existência de outra saída. Situação apta a demonstrar o encravamento. Ausência de provas. - Nos termos do art. 559 do Código Civil de 1916, é considerado encravado, portanto com direito à passagem forçada, o imóvel sem saída para a via pública, fonte ou porto. A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a passagem forçada quando a saída utilizada pela parte é extremamente penosa, perigosa e insuficiente, temperando assim o conceito absoluto de encravamento estabelecido no Código Civil vetusto. Ficando demonstrado nos autos que aquele que pretende a passagem forçada já se utiliza de outra saída para a via pública e que esta atende à finalidade, não sendo precária ou perigosa, não há como ser acolhida a pretensão. (Minas Gerais. TJMG. 11º CACIV. Apelação Cível 2.0000.00.420368-1/000, Rel. Albergaria Costa, j. em 31.03.2004, p. em 17.04.2008.)

Desse modo, entendo que a construção doutrinária e jurisprudencial que abranda a exigência do encravamento absoluto se utiliza do princípio constitucional da proporcionalidade para avaliar a necessidade e adequação em sentido estrito quanto à concessão da passagem forçada.

Nessa ótica, não é proporcional exigir-se que o apelante, proprietário remanescente da propriedade relativamente encravada, mesmo que não tenha tido o cuidado de prevenir a servidão de passagem, como alegado ao longo do processo pela apelada, fique prejudicado no escoamento de sua produção. Mesmo que tal previsão tenha sido aludida, tão somente por ocasião da feita do compromisso de compra e venda firmado entre as partes, não se mostra proporcional que o apelante percorra trajeto quinze vezes maior do que aquele já realizado há tantos anos, a fim de abastecer e escoar a produção de sua propriedade.

E, mais, penso que, apesar de não estar comprovado o perigo da via alternativa, esse não é único pressuposto que configura o encravamento relativo apto à concessão da passagem forçada.

Vale dizer que forçar o apelante a utilizar-se da via alternativa importa, inclusive, na passagem por propriedades particulares, que eventualmente poderão até ensejar novas discussões sobre o direito de passagem.

Noutro giro, é também desproporcional exigir-se a supressão de vegetação em área de preservação permanente para que se faça uma nova estrada, em detrimento de uma preexistente de 1,5km.

Interpretação em sentido contrário iria de encontro à Constituição quanto ao princípio da proporcionalidade, bem como violaria o meio ambiente, implicando a supressão de vegetação, e, eventualmente, a proposição de novas ações para se discutir o mesmo problema, envolvendo novas partes.

Desse modo, não se pode dizer que se trata de simples comodidade, mas de necessidade de acesso do

autor à via pública, de acesso infinitamente menor, que inclusive foi por ele sempre utilizada.

Salienta-se ainda que, numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público.

Juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho e que no caso se mostra totalmente condizente com o instituto a concessão da passagem ao apelante.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos e dou provimento ao apelo para reformar a sentença guerreada, concedendo ao apelante o direito de passagem forçada pela estrada objeto desta lide, devendo a apelada providenciar a reabertura da respectiva via de acesso, no prazo de quinze dias conforme o laudo pericial. Como consequência, inverte o ônus de sucumbência, condenando a ré ao pagamento das custas processuais, dos honorários periciais e dos honorários advocatícios, de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Custas recursais, pela empresa apelada.

DES. PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA - De acordo com a Relatora.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com a Relatora.

*Súmula* - RECURSO PROVIDO.