

DIREITO PRIVADO

N.º 13 Janeiro/Março 2006 € 18,00 – ISSN: 1645-7242

Artigo

- 3** Caminhos públicos (comentário de jurisprudência)
Rui Pinto Duarte

Anotações

- 9** Contrato-promessa, procuração irrevogável e acção de preferência – Ac. do STJ de 2.3.2004, Proc. 4441/03, anotado por
Pedro de Albuquerque
- 37** A propósito da suspensão de deliberações sociais e do princípio da igualdade de tratamento – Ac. do TRG de 15.10.2003, Proc. 1552/03, anotado por
Alexandre de Soveral Martins
- 51** Inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 4, do Código Civil – Ac. do TRC de 19.10.2004, Proc. 718/04, anotado por
Jorge Duarte Pinheiro

Caminhos públicos (comentário de jurisprudência)

1. Objecto do presente trabalho

O regime dos caminhos públicos – no sentido em que esta expressão aparece no assento do STJ de 19/4/1989 ⁽¹⁾ – levanta várias questões interessantes.

Recorde-se, antes de mais, o teor do assento: “são públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público”.

Ainda preliminarmente, lembrem-se as duas teses cujo confronto deu origem à uniformização de jurisprudência. Nas palavras do acórdão-assenso, segundo uma delas consideram-se públicos os caminhos que estão no uso directo e imediato do público e segundo outra só devem considerar-se como tais aqueles que, além de estarem no uso directo e imediato do público, tenham sido administrados pelo Estado ou por outra pessoa de direito público e se encontrem sob sua jurisdição.

Quanto às questões que merecem reflexão são elas, pelo menos, as seguintes:

- a relação do assento com a legislação;
- a relação da questão com o conceito de domínio público;
- a noção de “tempos imemoriais”;
- a evolução da jurisprudência após o assento;
- a ligação da matéria com a dos atravessadouros;
- a valia da tese perfilhada.

⁽¹⁾ Publicado no DR de 2/1/1989 (n.º 126, I Série, p. 2 162).

2. A relação do assento com a legislação

O acórdão-assenso, embora refira vários preceitos de várias leis, nunca enuncia qual a norma legal a cuja interpretação se dirigiu.

Do parecer do Ministério Público sobre a solução a dar ao conflito de jurisprudência consta que os acórdãos em contradição se fundamentavam ambos “na interpretação do Código Civil vigente, no artigo 380.º do Código Civil de Seabra e no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 23.565, de 12 de Fevereiro de 1934” ⁽²⁾.

O Supremo Tribunal de Justiça, porém, afirmou que o art. 380.º do Código de Seabra já não estava em vigor e que o DL n.º 23.565 não era “de atender, dado ter sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro”. Quanto a este último diploma, o Supremo Tribunal de Justiça serviu-se dele para afirmar que as vias de comunicação terrestre por ele não abrangidas não fazem parte do domínio público do Estado, mas apenas para isso.

Ao tempo em que foi proferido o assento de 19/4/1989, o art. 2.º do CC dizia que os tribunais podiam fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral – proposição essa que era concretizada pelos arts. 763.º e segs. do CPC. Fundamento do recurso que podia conduzir ao assento era que, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça ⁽³⁾ proferisse duas decisões que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentas-

⁽²⁾ BMJ 386, p. 93.

⁽³⁾ Ou, nalguns casos, as Relações (art. 764.º).

sem sobre soluções opostas (art. 763.º, n.º 1)⁽⁴⁾. A lei esclarecia que as decisões se consideravam proferidas “no domínio da mesma legislação” sempre que durante o intervalo da sua publicação não tivesse sido introduzida qualquer modificação legislativa que interferisse, directa ou indirectamente, na resolução da questão de direito convertida (art. 763.º, n.º 2).

O acórdão que o Supremo Tribunal de Justiça considerou como “acórdão-fundamento” era de 10/4/1970 – anterior, portanto, ao DL n.º 477/80. Acresce que tal acórdão se baseou expressamente no art. 380.º do Código de Seabra e no Decreto 23.565⁽⁵⁾.

A legislação cuja interpretação o assento visou não pode, pois, ter sido o DL n.º 477/80. Como o Supremo Tribunal de Justiça considerou que o art. 380.º do Código de Seabra já não estava em vigor e como o Código Civil de 1966 não contém nele preceito sobre a matéria, parece claro que o assento não visou interpretar nenhuma norma legal. Que saibamos, trata-se de caso único.

3. Caminhos públicos e domínio público

Para passar ao segundo motivo de interesse que enunciámos, é de voltar a lembrar qual era a tese oposta à que prevaleceu no assento de 19/4/1989: para que um caminho fosse público não bastaria que fosse usado directa e imediatamente pelo público, mas seria também necessário que ele fosse construído e mantido pelo Estado ou por autarquia local ou, segundo fórmula mais simples, que fosse produzido ou apropriado por pessoa colectiva de direito público.

(4) Note-se o paralelismo com o fundamento do meio de uniformização de jurisprudência actualmente previsto no Código de Processo Civil: o art. 732.º-A estabelece que o julgamento ampliado da revista tem lugar quando haja “a possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com jurisprudência anteriormente firmada, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito”.

(5) *BMJ* 196, p. 203.

A evocação da tese vencida na decisão da Supremo Tribunal de Justiça de 19/4/1989, nos termos em que foi feita, demonstra que para essa tese um caminho público integra necessariamente o domínio público. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão-assenso, sentiu necessidade de afirmar que há vias de comunicação que não fazem parte do domínio público.

Ilustrativo da construção vencida no assento é o parecer de DIOGO FREITAS DO AMARAL e de JOÃO CAUPERS datado de 22/4/1985⁽⁶⁾. Ao analisarem um caso controverso, tais autores escreveram que uma das duas possibilidades que se abriam era a de se tratar de “caminho público, isto é, integrado no domínio público”. O mesmo é dizer que os autores não concebiam caminhos públicos não integrados no domínio público.

Tal tese, de resto, ancora-se nas definições tradicionais de coisas públicas e de domínio público.

A definição tradicional de coisa pública pode, entre nós, ser apresentada com recurso a uma das classificações das coisas que o nosso primeiro Código Civil continha⁽⁷⁾.

O Código de Seabra, no art. 379.º, “em relação às pessoas a quem a sua propriedade pertence ou que delas se podem livremente aproveitar”, dividia as coisas em públicas, comuns e particulares, apresentando as seguintes definições:

– “são públicas as coisas naturais ou artificiais, apropriadas ou produzidas pelo Estado e corporações públicas e mantidas debaixo da sua administração, das quais é lícito a todos, individual ou colectivamente, utilizar-se, com as restrições impostas por lei, ou pelos regulamentos administrativos” (art. 380.º);

– “são comuns as coisas naturais ou artificiais não individualmente apropriadas, das quais só é permitido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos indivíduos

(6) *CJ*, ano XIV, 1989, tomo I, pp. 11 e segs.

(7) Classificação essa que adiante voltaremos a utilizar.

compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação pública" (art. 381.º);

– "são particulares as coisas cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou colectivas e de que ninguém pode tirar proveito senão essas pessoas ou outras com seu consentimento" (art. 382.º).

Na enumeração das coisas públicas, o art. 380.º referia "as estradas, pontes e viadutos construídos e mantidos a expensas públicas, municipais ou paroquiais".

Quanto ao conceito de domínio público, pode servir de exemplo representativo a definição apresentada por JOSÉ PEDRO FERNANDES: "conjunto das coisas que, pertencendo a uma pessoa colectiva de direito público de população e território, são submetidas por lei, dado o fim de utilidade pública a que se encontram afectadas, a um regime jurídico especial caracterizado fundamentalmente pela sua incomercialidade, em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública" (8).

Para que uma coisa esteja integrada no domínio público é, pois, necessário que pertença a uma pessoa colectiva de direito público. Como escreveu RUI MACHETE, a própria Constituição parece inculcar isso (9). Numa das suas anotações ao artigo que a Constituição dedicou ao domínio público, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afirmam que "o domínio público pertence necessariamente a entidades públicas" e que "só os entes públicos territoriais [...] têm bens do domínio público" (10).

Perante as definições de coisas públicas e de domínio público apresentadas, há que concluir,

segundo a generalidade dos autores (11), que coisas públicas e bens do domínio público são dois nomes para a mesma coisa ou, pelo menos, dois conceitos de âmbito coincidente no essencial.

No entanto, a tese do assento de 19/4/1989 implica que:

– ou os caminhos públicos não têm de ser bens do domínio público (por não terem de pertencer a uma pessoa colectiva de direito público);

– ou o conceito de domínio público tem de ser alargado (de modo a abranger bens não pertencentes a pessoas colectivas de direito público).

4. A noção de tempos imemoriais

O que se deve entender por tempos imemoriais? O assento não o esclarece, mas há outras decisões do Supremo Tribunal de Justiça que o tentam fazer. Cremos que a que mais aprofundou a questão foi o acórdão de 2/12/1992 (12).

Nesse acórdão, depois de se reafirmar a ideia tradicional de que imemorial significa que o início do acontecimento em causa se perde na memória dos homens, estreita-se a mesma ideia dizendo que, se se sabe quando algo aconteceu, o tempo em que isso aconteceu não é imemorial. Daí salta-se para a conclusão de que, sabendo-se que o uso de certo caminho se iniciou há 120 anos, esse uso não sucede desde tempos imemoriais...

O Código Civil utiliza a expressão "posse imemorial" no art. 1384.º. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA afirmam que é imemorial a posse

(8) Ver MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 3.ª reimpressão, Almedina, 1972, p. 280, nota 2, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed., tomo II, Coimbra Editora, 1972, p. 857, JOSÉ PEDRO FERNANDES, *Domínio Público*, cit., p. 167, e JOSÉ LUIS BONIFÁCIO RAMOS, "As Coisas Públicas nos Finais do Século XX", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. II, Almedina, 2000, pp. 559 e 560.

(12) *BMJ* 422, Janeiro 1993, p. 355. No acórdão de 19/11/2002, o Supremo Tribunal de Justiça reiterou expressamente o afirmado neste (CJ/STJ), ano X, tomo III, 2002, p. 142).

(8) Verbete *Domínio Público* do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991, p. 166.

(9) "O Domínio Público e a Rede Eléctrica Nacional", in *ROA*, ano 61, III, Dezembro 2001, p. 1374.

(10) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, pp. 411 e 413, respectivamente.

quando os vivos não sabem quando começou, seja por observação directa, seja pelas informações que lhes chegaram dos seus antecessores, mas advertem que a existência de um documento que revele o início da posse não destrói, só por si, a sua natureza imemorial⁽¹³⁾.

Na esteira de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, parece-nos que não é possível negar a imemorialidade, para os fins em causa no art. 1384.º e no assento, com base na possibilidade de datação do início do acontecimento. É absurdo que se altere a situação jurídica de um bem em resultado de uma investigação histórica levar a concluir que é possível datar o início de um facto que até aí se julgava impossível de datar.

Não há dúvida de que o significado dicionarístico de “imemorial” é “tão antigo que não há memória das suas origens”. No entanto, é de lembrar que ao tempo em que se formou o conceito de posse imemorial o oral predominava sobre o escrito e o testemunho sobre o documento. Essa alteração de paradigmas civilizacionais tem de ser tida em conta na interpretação da palavra “imemorial”, no contexto em causa.

5. A evolução da jurisprudência após o assento

Após o assento, têm continuado a ser muitas as decisões dos tribunais superiores sobre a matéria em causa, ou com relevância para ela. Do nosso conhecimento são as seguintes:

- STJ 19/5/1992 (BMJ 417, p. 726);
- STJ 21/12/1992 (BMJ 422, p. 355);
- STJ 2/2/1993 (CJ/STJ I, I, p. 115);
- STJ 10/11/1993 (CJ/STJ I, III, p. 135);
- TRC 21/10/1997 (CJ XXII, IV, p. 37);
- STJ 19/2/1998 (BMJ 474, p. 481);

⁽¹³⁾ *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1987, p. 283. Também nesse sentido, ver o parecer n.º 140/2001 do Conselho Consultivo da PGR (DR n.º 297, II Série, de 24/12/2002, p. 20945), nomeadamente no seu n.º 3.1.

- TRE 3/2/2000 (CJ XXV, I, p. 273);
- STJ 15/6/2000 (BMJ 498, p. 226);
- STJ 19/11/2002 (CJ/STJ X, III, p. 139);
- TRC 18/2/2003 (CJ XXVIII, II, p. 6);
- TRE 22/5/2003 (CJ XXVIII, III, p. 244);
- TRP 23/10/2003 (CJ XXVIII, IV, p. 187);
- STJ 13/1/2004 (CJ/STJ XII, I, p. 19);
- STJ 14/10/2004 (www.dgsi.pt);
- TRP 29/11/2004 (CJ XXIX, V, p. 178).

Ao contrário do que é habitual, o Supremo Tribunal de Justiça não demorou muito tempo a começar a fazer desvios à doutrina do assento de 19/4/1989⁽¹⁴⁾ e tem continuado a fazê-los.

No acórdão de 2/2/1993, aparece como afirmação central que “a qualificação de um caminho, como público, poderá basear-se no seu uso directo e imediato pelo público, desde tempos imemoriais (nos termos do assento de 19.4.89) ou ser ele propriedade de entidade de direito público e estar afectado à utilidade pública”⁽¹⁵⁾.

No acórdão de 10/11/1993, surgem as seguintes ideias: “entende-se assim que o assento de 19.4.89, para além de admitir o afastamento da presunção que está na sua base, deve ser interpretado no sentido de o uso do caminho visar a satisfação de interesses colectivos de certo grau ou relevância sem a qual não é lícito o reconhecimento da dominialidade pública. Como consta, aliás, do texto do respectivo Acórdão, a publicidade das coisas depende da sua afectação “de forma directa e imediata ao fim de utilidade pública que lhes está inerente”. A qualificação de um caminho, como público, poderá pois basear-se em ser ele propriedade de entidade de direito público e estar afectado à entidade pública (no conceito mais rigoroso de coisa pública) ou no seu uso directo e imediato pelo público, desde tempos imemoriais (nos termos do

⁽¹⁴⁾ Não precisando para tanto de aguardar pelas alterações que a reforma do Código de Processo Civil de 1995/1996 trouxe ao regime de uniformização da jurisprudência...

⁽¹⁵⁾ *CJ/STJ*, ano I, tomo I, 1993, p. 117.

aludido assento, com a interpretação que lhe é dada)" (16).

De modo incisivo, no acórdão de 15/6/2000, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou o seguinte: "o assento de 19/4/89 – hoje simples acórdão de uniformização de jurisprudência – deve ser interpretado restritivamente, no sentido de a publicidade dos caminhos exigir ainda a sua afectação a utilidade pública, ou seja, o uso do caminho visar a satisfação de interesses colectivos de certo grau ou relevância, e, ainda, de forma extensiva quando afirma que deixou subsistir, em alternativa, o critério segundo o qual é público um caminho pertencente à entidade pública e estar afecto à utilidade pública" (17).

Tal necessidade de interpretação restritiva do assento de 19/4/1989 no sentido de "a publicidade dos caminhos exigir ainda a sua afectação à utilidade pública" foi reafirmada nos acs. do STJ de 19/11/2002, 13/1/2004 e 14/10/2004.

É de dizer que o ac. do TRC de 18/2/2003 foi ainda mais longe na rectificação da orientação adoptada no assento de 19/4/1989, sustentando que: "[...] a pretensão da qualificação de um caminho ou de um terreno como públicos, com a consequente declaração dessa dominialidade, terá de fundamentar-se na verificação conjugada de dois pressupostos, isto é, no uso directo e imediato pelo público, desde tempos imemoriais, e na sua propriedade, por parte de entidade de direito público, com afectação à utilidade pública, resultante de acto administrativo ou de prática consentida pela Administração" (18).

Parece claro que, ao dizer o que disse, a Relação de Coimbra mais não fez do que dar prevalência à tese vencida no assento de 19/4/1989... É, porém, de sublinhar que a decisão em causa foi revogada pelo ac. do STJ de 13/1/2004.

6. Caminhos públicos e atravessadouros

Pouco depois de o assento ter sido lavrado, OLIVEIRA ASCENSÃO afirmou haver contradição entre a ideia de que são públicos os caminhos que estão no uso directo e imediato do público e o princípio da abolição dos atravessadouros, consignado actualmente no art. 1383.º do CC. A via de conciliação estaria em presumir-se que há caminho público quando se ligam caminhos entre si e atravessadouro quando se liga um caminho público a um imóvel (19).

Muito recentemente (20), M. HENRIQUE MESQUITA ~~acaba de~~ escrever que, seguido à letra, o assento conduziria a que todos os atravessadouros com posse imemorial tivessem de ser qualificados como caminhos públicos, ficando o referido art. 1383.º sem qualquer campo de aplicação. Na sequência dessa afirmação, sustenta M. HENRIQUE MESQUITA que se impõe a interpretação restritiva do assento, a fim de o harmonizar com tal artigo do Código Civil.

Não é possível interpretar os arts. 1383.º e 1384.º em separado. A proposição do primeiro é negada em larguíssima medida pelo segundo. Por outro lado, nada impede que o critério do assento se aplique aos atravessadouros, pois a linha de distinção entre caminhos públicos e atravessadouros não está no modo de uso, mas sim no tipo de proveito que propiciam (podendo essa linha de distinção ser definida como OLIVEIRA ASCENSÃO propôs). Assim, independentemente da valia da regra firmada pelo assento, não nos parece que ela contrarie o princípio da abolição dos atravessadouros, pois este tem a importante excepção do art. 1384.º – cujo fundamento é afim do do assento. Pode haver inte-

(19) "Caminho Público, Atravessadouro e Servidão de Passagem", in *O Direito*, ano 123, 1991, IV, pp. 535 e segs., maxime pp. 543 e 551.

(20) Ver "Anotação ao acórdão do STJ de 15 de Junho de 2000", in *RLJ*, ano 135, n.º 3 934, Setembro/Outubro 2005, pp. 62 a 64.

(16) *CJ/STJ*, ano I, tomo III, 1993, p. 136.

(17) *BMJ* 498, p. 230.

(18) *CJ*, ano XXVIII, tomo II, 2003, p. 7.

resse em distinguir quando se está perante um caminho público (no sentido do assento) ou um atravessadouro (abrangido pelo art. 1384.º), mas a tutela das suas figuras repousa de modo igual na utilização de um imóvel pelo público desde tempos imemoriais.

7. Valia da tese do assento

O parecer que o Ministério Público proferiu no processo de uniformização de jurisprudência era no sentido que o assento acolheu⁽²¹⁾. Para legitimar essa posição, escreveu-se aí que, no tocante a caminhos públicos das zonas rurais (aqueles em relação aos quais os problemas se colocam), as populações não contavam (tradicionalmente) com o apoio de entidades públicas, nomeadamente do Estado e das autarquias. Por outro lado, afirmou-se que, para vários administrativistas, a pertença a uma entidade pública não é co-essencial ao conceito de bem do domínio público, bastando que um bem esteja afectado ao uso público para merecer a qualificação em causa.

Concordamos com o argumento usado pelo Ministério Público para legitimar a tese em causa, mas julgamos que não é necessário alargar o conceito de domínio público para sustentar que há caminhos que são públicos apesar de não pertencerem a nenhuma pessoa colectiva de direito público. Na verdade, a não pertença de um bem a uma entidade pública não tem co-

mo consequência necessária que esse bem seja privado.

Para fundamentar esta posição, recordamos que a Constituição, a par do sector público e do sector privado, prevê o sector cooperativo e social – o qual compreende, além do mais, “os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais” (art. 82.º, n.º 4, alínea b)). Como é sabido, o principal exemplo de bens abrangidos por tal preceito são os baldios⁽²²⁾. Ora, entre estes e os caminhos públicos – no sentido do assento do STJ de 19/4/1989 – há várias analogias. Quer uns, quer outros, são bens que nem pertencem ao Estado (ou a outra pessoa colectiva de direito público) nem pertencem a privados, sendo apropriados colectivamente, mas sem a mediação de qualquer pessoa colectiva de direito público. São coisas comuns, no sentido tradicional, recolhido no Código de Seabra, que atrás se lembrou. É verdade que os caminhos públicos estão ao dispor de quaisquer cidadãos – e não apenas das “comunidades locais”. Não é, porém, menos verdade que os seus utilizadores primaciais e quase únicos são os membros dessas comunidades. A figura dos baldios é, em grande medida, um lugar paralelo da figura dos caminhos públicos.

De tudo isto resulta que a doutrina do assento se harmoniza com os outros elementos do nosso sistema jurídico e que não é necessário, nem útil, alterar, ou interpretar restritivamente, a norma que o Supremo Tribunal de Justiça estabeleceu em 1989.

RUI PINTO DUARTE

⁽²¹⁾ Propondo, de resto, uma formulação mais clara: “são caminhos públicos os que se acham no uso directo e imediato do público, não sendo necessário, para esta caracterização, a prática de actos de apropriação, jurisdição e administração por parte de pessoa colectiva de direito público” (BMJ, 386, p. 98).

⁽²²⁾ Para referências doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos baldios, ver o nosso livro *O Ensino dos Direitos Reais* (Lisboa, 2004, pp. 104, 105 e 125).