

DOUTRINA

DIREITO DE USO, SERVIDÕES PESSOAIS E USOS CÍVICOS

Pelo PROF. DOUTOR MARCELO CAETANO

CONSULTA

F... arrematou perante o Tesouro Público, em 2 de Dezembro de 1861, por X, uma herdade que antes pertencia ao convento das religiosas de..., e por esta arrematação foi transmitida a F... toda a posse e domínio que na referida propriedade tinha o mencionado convento.

Seguiu-se a posse administrativa da mesma propriedade, conferida em 10 de Janeiro de 1862, e o registo feito na respectiva Conservatória, em 13 de Março de 1880.

No processo de avaliação para arrematação descreveu-se a propriedade com todos os seus elementos componentes e respectivas confrontações, declarou-se que é livre de foro ou pensão; e na conservatória não existe registo de encargo algum que pese sobre ela.

Os oleiros da localidade, porém, estão de há muito no costume de tirarem o barro de que precisam para o fabrico da loiça na parte que fica de pousio e não é afolhada, abrindo covas onde lhes parece para este fim, julgando-se por tal costume com direito a não serem excluídos da propriedade pelo seu actual proprietário, uma vez que arrazem as covas, não prejudiquem as árvores e respeitem as extremas. E até certo tempo eram os oleiros compelidos ao cumprimento destas obrigações por intervenção dum juiz do officio que os representava em juízo e requeria que fossem obrigados executivamente os que não cumpriam. Em 1806 ainda assim se procedia.

Parece que o fundamento de tudo isto está numas antigas postu-

ras da vereação de 9 de Janeiro e 23 de Fevereiro de 1726, nas quais se lê o seguinte: ...«Na dita Câmara compareceu o procurador do povo e misteres e por ele foi dito que na dita audiência de segunda-feira passada haviam requerido ao Dr. Juiz de Fora lhes mandasse convocar nobreza e povo para se acharem em Câmara em o dia presente, porque tinham certo requerimento que fazer tocante ao bem público, e era que os oleiros desta vila não tinham loiça e padecia o povo grande falta dela e a não queria fazer, e que não só faltava ao povo mas às pessoas que vinham de fora buscá-la, trazendo mantimentos que também faltavam por essa causa, e que mandassem suas mercês chamar os oleiros para saberem a causa por que não faziam a loiça e a tinham em abundância para o povo como até ao presente, e os constrangerem a terem o dito género em abastança, o que ouvido, mandaram que fossem chamados o juiz e escrivão do dito ofício dos oleiros para em seus nomes e nos demais darem a razão que tinham para não proverem o povo, como até agora, e determinarem o que for de direito e justiça, e ouvidos os mesmos, na dita Câmara appareceu o juiz e escrivão e outros oficiais de oleiros abaixo assinados e sendo perguntados por que não proviam o povo de loiça, como eram obrigados e em razão de seus ofícios, por eles foi respondido que para fazerem loiça é preciso barro, e que não o havendo neste termo mais que em algumas herdades para o irem cavar a elas como estavam em posse imemorial sem nunca se lhes impedir, agora os criminalavam injustamente nas devassas de correição por cavarem os barros nas ditas herdades, obrigando-os a prisões e livramentos em que padeciam vexações e despesas, e por esta causa não faziam loiça nem a tinham para a venderem; e sendo-lhes dado juramento dos Santos Evangelhos se alegavam bem e verdadeiramente a dita escusa, debaixo do mesmo foi dito que o que tinham referido era verdade e juntamente estavam na dita posse, que ninguém a perturbou e de tudo mandavam fazer este termo que assinaram.— Seguem-se as assinaturas do juiz, escrivão e oficiais dos oleiros. E logo pelo dito procurador dos ofícios e misteres foi requerido que, vista a resposta dos oleiros, se fizesse postura neste senado para que nenhuma pessoa pudesse estorvar-lhes o cavar barro para a sua loiça assim pelo antigo costume como por não haver falta no povo de coisa tão necessária, para que daqui em diante ninguém possa impedir a extracção do dito barro, como nunca se impediu, pagando

a perda que se fizer avaliada conforme o direito a quem pertencer, de que mandaram fazer este termo que assinam, etc..

E logo pelo Dr. Juiz de Fora presidente e vereadores, procurador do concelho, vista a qualidade da causa, mandaram por pregão e campa tangida convocar nobreza e povo para darem seu parecer sobre o requerimento do procurador dos officios e misteres e resposta dos oleiros acima, e vindo várias pessoas abaixo assinadas, que foram ouvidas sobre o referido, e, votando cada um de per si, todos concordaram que se fizesse postura para que ninguém impedisse aos oleiros tirar barro das herdades que até agora costumavam fazer para o ministério de seus officios, por ser coisa útil e necessária ao bem comum conservarem este povo na posse em que estava, com mais razão constando com tradições (?) e fama derivada dos antepassados e aos presentes que as ditas herdades foram baldio do concelho, que sempre se costumou usar da dita servidão, e também porque o bem comum devia preferir ao particular. E logo mandaram a toda a pessoa que impedisse tirar barro aos oleiros para o ministério dos seus officios nas herdades em que até ao presente se costumou cavar, por os mesmos paguem 6\$000 rs. para o concelho e que toda a pessoa do povo com duas testemunhas possa assentar a dita coima, e sobre a perda que fizerem requererão as pessoas a quem tocar, avaliada conforme o direito, e que esta postura se publique nos lugares costumados e se lance nos livros delas para ter sua verdadeira observância com declaração que não cavarão nas extremas ou folhas sementeadas e de como assim o mandarem, etc... E logo se acharam assinadas dezasseis pessoas da nobreza e povo», etc...

Esta postura foi anulada pelo Dr. Corregedor da Comarca em audiência de correição que fez em 16 de Fevereiro do dito ano de 1726, com o fundamento de ser feita com menos número de pessoas do que a lei queria.

Em audiência de 23 do dito mês, sendo convocadas todas as pessoas da nobreza e povo do concelho e ouvidos os proprietários e lavradores das herdades, achando-se presentes 195 pessoas, fizeram o Juiz de Fora e vereadores nova postura, nos termos da antecedente.

Desta nova postura agravou para a Relação ou Casa da Suplicação, um dos proprietários das herdades para que sem sua licença se não tirasse barro da sua herdade, etc., ao qual foi negado provimento, por acórdão de 22 de Julho de 1726.

*
* *
*

Em vista do exposto, deseja-se saber quais devem ser actualmente os efeitos jurídicos do mencionado encargo, que de facto tem pesado sobre algumas herdades do concelho X.

Portanto, pergunta-se :

1.º

A posse imemorial que os oleiros têm de tirar o barro necessário para o fabrico de loiça, daquelas herdades, deverá considerar-se uma servidão imposta nas mesmas herdades, servidão que deva respeitar-se em face da lei, apesar de não constar dos títulos de propriedade, nem se achar registada na Conservatória ?

2.º

Na hipótese afirmativa, como deverá classificar-se, à face do Código Civil ?

3.º

Assentando tal servidão em uma postura municipal ou lei particular e local e em princípios de direito incompatíveis com a legislação actual não deverá considerar-se revogada tal postura ou lei, tanto pela Constituição como pelo Código Civil ?

4.º

Se não dever considerar-se revogada, poderá sê-lo actualmente pela Câmara Municipal respectiva ?

5.º

Devendo considerar-se tal servidão ou encargo insubsistente, de que meios deverá usar o proprietário da herdade e contra quem deverá ele dirigir-se para a extinção do mesmo encargo ?

6.º

E, considerando-se subsistente, que meios deverá empregar e a quem deverá dirigir-se, para conseguir uma regulamentação daquele direito, por forma a evitar abusos e prejuízos?

PARECER

I. O primeiro ponto a apurar para resolução do curioso problema posto pela consulta é o de saber qual a natureza do direito reivindicado pelos oleiros.

Diz-se na acta de 1726 transcrita na consulta que a extracção de barro dos prédios onerados começou no tempo em que estes eram baldios do concelho. Era, pois, uma das formas do uso e fruição desses baldios.

Quando os terrenos baldios passaram à propriedade privada ficou esta sujeita ao encargo de suportar que os oleiros da localidade continuassem a extrair dos prédios o barro de que necessitassem para a sua indústria, contanto que a extracção tivesse lugar apenas na parte em pousio e não afolhada, sem prejuízo das árvores existentes, respeitando as extremas e sob a condição de arrazarem as covas.

Tratava-se do que no antigo Direito se chamava uma *servidão pessoal*, já que como servidão se lhe refere a citada postura?

A servidão pessoal consistia no encargo imposto num prédio em benefício de uma pessoa: *quando res personae servit* (Melo Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, liv. III, tit. XIII, § 1.º).

Borges Carneiro (*Direito Civil de Portugal*, t. IV, tit. XII, § 74.º, n.ºs 6.º e 7.º) apresenta mesmo como exemplo de servidão pessoal «o direito de tirar barro estabelecido não para uso de certo prédio mas para alguém fazer vasos sem relação a prédio algum».

Melo Freire ao definir a servidão pessoal já a identificava ao usufruto, ao uso e à habitação.

Em 1808 o Código Civil francês reservou o conceito de servidão unicamente para a servidão predial e regulou aparte o usufruto, uso e habitação.

Coelho da Rocha em 1844, nas suas *Instituições de Direito Civil Português*, § 587.º, abandona, em seguimento dos Códigos francês e prussiano, a distinção das servidões em reais e pessoais e nos §§ 607.º

e seguintes trata, já sem subordinação ao conceito de servidão, do usufruto, do uso e da habitação.

Pela mesma época Liz Teixeira, no *Curso de Direito Civil Português* em que anota e explica a obra de Melo Freire, mantém a distinção, mas sustenta uma doutrina que muitos autores estrangeiros defenderam antes e depois dele e que nos interessa conhecer.

A págs. 280 do 3.º volume do seu *Curso* escreve Liz Teixeira : «Pode também uma comunidade ou corporação, por exemplo, um município, adquirir a servidão real de uso para satisfação das necessidades dos habitantes que o compõem; porém, como esta servidão é concedida directamente não às pessoas mas sim às casas ou habitações dos indivíduos que formam a pessoa moral dominante a quem ela indirectamente utiliza, não são estes os usuários mas são usuárias as casas, o que faz não acabar o direito com a morte das pessoas ou não ser ele pessoal. E tanto não é pessoal a servidão nesta hipótese que se alguns dos habitantes mudam para diferente vizinhança a servidão fica como acessório das casas e passa sua utilidade para os novos habitantes ainda que vindos de fora ou de diferente vizinhança, sem dependência de convenção especial com os antigos e sòmente pelo facto de sua habitação. Ora é este o carácter e verdadeira essência da servidão real; logo, fica evidente que a do uso não é sempre pessoal, porque nas circunstâncias expostas pertence a prédio sobre prédios em utilidade de uma pessoa moral, como já vimos acontece em proveito dum indivíduo ou pessoa natural».

Temos, pois, que no Direito vigente antes do Código Civil o encargo a que se refere a consulta era considerado :

a) por uns, como Melo Freire e Borges Carneiro, como servidão pessoal imposta aos prédios em benefício do município, para proveito da indústria local de olaria, ou da corporação dos oleiros se a esta se reconhecesse individualidade jurídica;

b) por outros, como Liz Teixeira, como servidão predial estabelecida em proveito dos prédios da localidade onde residiam os oleiros;

c) por outros ainda, como Coelho da Rocha, como simples direito de uso, integrado, subentende-se, naquela categoria a que tradicionalmente a doutrina e a legislação italianas chamam *usos cívicos* e que é constituída pelos direitos de uso e gozo que os habitantes de determinada circunscrição exercem sobre terrenos comunais ou sobre

prédios particulares (Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. IV, 1.^a ed., pág. 267; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 1952, pág. 279; Teixeira d'Abreu, *Das servidões*, I, pág. 165, nota 128 citando Bianchi).

2. Os prédios a que se refere a consulta pertenciam, ao que se deduz, a um convento suprimido e que em consequência da extinção das ordens religiosas foram incorporados nos próprios da Fazenda Nacional (Decreto de 30 de Maio de 1834).

Tais bens foram mandados vender em hasta pública pela Lei de 15 de Abril de 1835. Anos depois a Lei de 4 de Abril de 1861 impôs o maior rigor na desamortização.

Vê-se da consulta que os prédios foram arrematados em 2 de Dezembro de 1861 «perante o Tesouro Público» (nome dado genericamente às quatro direcções-gerais do Ministério da Fazenda segundo a reforma de 3 de Novembro de 1860), que na hipótese significava a Direcção-Geral dos Próprios Nacionais.

Ora a Lei de 22 de Junho de 1845 que confirmou a extinção dos direitos territoriais e banais, serviços pessoais, etc., no seu art.º 5.º excluiu da supressão «as servidões, usos e logradouros estabelecidos a favor dos povos ou colonos nos pinhais, matas, montados ou em quaisquer outras propriedades do pleno domínio da Coroa ou da Fazenda; e os povos ou colonos continuarão a gozar deles na conformidade dos respectivos títulos».

O § único desse art.º 5.º, porém, exceptuou os que estivessem impostos em propriedades que desde a publicação do Decreto de 13 de Agosto de 1832 até à data da Lei de 1845 tivessem sido legitimamente vendidas pelo Governo como livres e isentas deles.

Como a arrematação é de 1862 não se lhe pode aplicar literalmente este § único e antes parece que a Fazenda transmitiu os bens onerados pelos encargos subsistentes na forma do art.º 5.º. Deixemos portanto de lado esta legislação.

3. O problema desloca-se então para outro momento: o de saber se o encargo subsistiu após a publicação do Código Civil.

Convém, em primeiro lugar, saber se ele pode enquadrar-se em algumas das figuras jurídicas consagradas no Código.

Este restringiu no art.º 2.267.º o conceito de servidão às servi-

dões reais, excluindo por conseguinte as servidões pessoais, à semelhança do Código Civil francês e ao contrário do espanhol.

É certo que nos art.^{os} 440.^o, § 1.^o, 447.^o e 448.^o se estabelecem encargos que parece terem o carácter de verdadeiras servidões pessoais como já foi notado por Teixeira d'Abreu, *Das Servidões*, I, págs. 163 e segs. e Guilherme Moreira, *Das Águas...*, II, pág. 44. Mas como este último autor reconheceu, trata-se de verdadeiras servidões administrativas impostas sobre prédios em benefício da utilidade de certos bens do domínio público, cuja teoria desenvolvemos no nosso *Manual de Direito Administrativo* (na 3.^a ed., a págs. 597 e segs.).

Há pois que excluir a classificação do encargo entre as servidões pessoais, ainda que tenha de examinar-se a possibilidade de enquadramento na categoria jurídica que as substituiu, para o caso o direito de uso.

Examinemos, porém, primeiro, a hipótese de ser considerado servidão real.

Já vimos que antes do Código Civil Liz Teixeira admitia que se pudesse constituir a servidão como encargo imposto num prédio particular em benefício das casas de uma povoação ou de uma autarquia local.

Após o Código Civil esta doutrina ainda foi admitida por Teixeira d'Abreu, que a págs. 164 do vol. I do seu livro *Das Servidões* escreve, a propósito dos encargos estabelecidos para utilidade dos vizinhos ou habitantes de qualquer povoação ou casal: «... não falta absolutamente nas hipóteses consideradas o prédio dominante pois bem pode considerar-se tal o território e as casas da povoação, a *urbs*, em cujo favor a propriedade serviente foi limitada...». Punha apenas como condição que do encargo resultasse proveito efectivo para *um prédio*, no caso presente, para o território ou edifícios da povoação. «O simples facto de poder aquele direito ser exercido por todos os que tiverem a sua *residência* num dado lugar não basta para caracterizar a servidão porque nesta, além da relação *jurídica* entre os dois prédios, é também indispensável a sua relação *económica*».

A isto retorquiu Guilherme Moreira: «Não discutiremos aqui a doutrina, tão extravagante se nos afigura ser, de que as servidões constituídas em benefício de vizinhos ou de uma povoação ou casal se entendem constituídas em proveito de uma determinada circuns-

crição territorial e que esta se pode considerar, em relação à servidão, como sendo um prédio. A palavra *prédio* tem na nossa legislação uma significação precisa, não podendo de modo algum abranger áreas ou circunscrições administrativas» (*Das Águas*, II, pág. 46).

Neste ponto tem o eminente tratadista toda a razão. E quanto à outra parte da construção de Teixeira d'Abreu, — a servidão tendo por prédios dominantes as casas da povoação — o próprio autor restringe logo o alcance dela ao exigir que haja uma relação económica entre o prédio serviente e as casas dominantes de tal modo que estas beneficiem materialmente da sua posição jurídica.

Ora na hipótese vertente é bem de ver que as casas da povoação em geral e dos oleiros em especial nenhum benefício auferem do encargo ao contrário do que aconteceria, por exemplo, na hipótese da servidão de passagem imposta a uma herdade onde se achasse encravada uma povoação.

Ainda haveria outra hipótese a considerar. O mesmo Teixeira d'Abreu, na *ob. cit.*, I, pág. 54, admite que, de acordo com o que parece resultar do art.º 456.º do Código Civil, se constituam servidões *em proveito da indústria* exercida no prédio dominante, quando este seja fábrica, moinho, etc.. Em seu apoio cita Demolombe que escreve: «Pensamos que deveria olhar-se como verdadeira servidão predial o direito estabelecido no interesse de uma fábrica de loiça ou de tijolo, uma fábrica de telha ou de um forno de cal, de extrair no prédio vizinho a argila ou a pedra calcárea a converter nos objectos destinados a serem vendidos *ut venirent*; porque a fábrica de telha ou o forno de cal, etc., constituem então verdadeiramente o prédio dominante para cuja exploração a concessão foi estabelecida».

Afigura-se-nos, porém, manifesto que este caso nada tem de especial: trata-se de encargo imposto em prédio rústico em proveito ou serviço de prédio urbano pertencente a dono diferente, e que cabe na definição do art.º 2.267.º. O importante é que no acto da constituição se especifique ser o ónus estabelecido para o exercício da indústria *no edifício* a esse fim destinado e sito no lugar tal.

Ora na hipótese vertente o encargo é imposto nos prédios rústicos em proveito de todos e quaisquer oleiros residentes na povoação próxima, seja qual for o prédio que nela habitem e quer se trate de indústria exercida em lugares próprios ou com carácter doméstico.

Não há relação entre prédios, e esta é essencial no conceito de serviço civil.

4. Resta-nos, portanto, examinar a hipótese de a figura considerada ser enquadrável nalgum dos direitos em que se converteram as servidões pessoais, concretamente no *direito de uso*.

Este é definido no art.º 2.254.º do Código Civil como «a faculdade concedida a alguma ou algumas pessoas de servir-se de certa coisa alheia, tão somente enquanto o exigirem as suas necessidades pessoais quotidianas».

A doutrina portuguesa, no seguimento da francesa, tem assim interpretado o uso como um usufruto restrito às necessidades pessoais do usuário e sua família (Dias Ferreira, *Código Civil Português Anotado*, IV, pág. 189; José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I, 2.ª ed., pág. 667; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, XI, pág. 542; Jaime de Gouveia, *Construção Jurídica da Propriedade*, pág. 84; Luís Pinto Coelho, *Da Compropriedade no Direito Português*, I, pág. 191).

Quer isto dizer que o usuário apenas pode utilizar a coisa na medida em que essa utilização satisfaça directamente necessidades próprias, não lhe sendo lícito extrair dela quaisquer lucros, isto é, converter a utilidade específica da coisa noutras utilidades.

Assim, o usuário de um prédio rústico pode nele passear, recolher e apascentar o seu gado, semear e colher os produtos de que careça para consumo, cortar a lenha indispensável, etc..

Poderá o uso ser concedido a alguém para os fins próprios de uma indústria? Não vemos porque não. Sobre um prédio rústico pode recair o encargo de proporcionar a um padeiro, por exemplo, ou mesmo aos padeiros de uma localidade próxima, a lenha estritamente indispensável aos fornos do pão.

E quanto à extracção de barro para a indústria cerâmica?

O problema aqui é mais melindroso. Na verdade, ao admitir-se que o uso equivalha a um usufruto restrito, concedeu-se que abranja não apenas o *usus* romano mas a própria faculdade de colher frutos na medida em que estes constituam bens adequados à satisfação directa das necessidades do usuário.

Mas a extracção de barro, implicando escavações e disposição de materiais constitutivos do prédio, poderá caber no conceito legal

de fruição? Será o barro um «produto» do prédio (art.º 2.197.º do Código Civil) ?

O conceito de frutos encontra-se no § 3.º do art.º 495.º. O barro só poderia entrar nas classes de frutos naturais ou industriais: mas a verdade é que o solo não *produz* barro: a argila é uma das *formas* do solo, o próprio elemento constitutivo dele.

Ora o conceito clássico de usufruto exclui justamente o tocar na substância das coisas: *Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (Paulo, *Digesto*, de *usufr.*, VII, 1).

Respeitando-o, o art.º 2.213.º do nosso Código Civil proíbe ao usufrutuário a abertura de minas e pedreiras. E é sabido que, segundo o Decreto-Lei n.º 13.642, de 7 de Maio de 1927, a denominação genérica de pedreiras abrange os maciços de argilas (art.º 1.º).

Assim a extracção de barro de um prédio não está compreendida no direito de fruição (art.º 2.287.º do Código Civil) e sim no de transformação (art.ºs 2.315.º e 2.321.º).

E certamente por isso o Código Civil só se referiu à ocupação de pastos, matos, lenhas e outras substâncias *vegetais* nos terrenos baldios ou do Estado (art.ºs 472.º e 473.º) deixando as substâncias minerais para a lei de minas (art.º 467.º), no que foi seguido pelo Código Administrativo ao caracterizar como *usos cívicos* dos baldios (englobados na fórmula genérica de *logradouro comum*) «a apascentação de gados, a produção e corte de matos, combustível ou estrume, a cultura e outras utilizações quando... a fruição pertença de modo efectivo aos moradores vizinhos» (art.º 393.º, § único).

5. Mas não haverá outras formas de uso, além do direito definido no art.º 2.254.º do Código Civil?

Existem, efectivamente, referências frequentes da legislação ao uso *público* das coisas que estão no domínio público e que se traduz na utilização dessas coisas por todos consoante os préstimos delas.

Não estamos aqui perante qualquer forma de uso público, já que os bens em que se exerce se encontram na propriedade privada.

Já, porém, fizemos anteriormente referência à existência no Direito italiano de *usos cívicos* que consistem na utilização de bens comunais ou de prédios particulares pelos habitantes de determinada povoação ou circunscrição para dele extrairer certos proveitos: pastos, lenhas, caça, pesca, etc..

Esses usos cívicos são regulados pela legislação italiana que, por sinal, há bastantes anos favorece e até promove a sua remissão, instituindo comissários especiais para a respectiva liquidação (ver, por exemplo, Sandulli, *Manuale*, pág. 280).

Ora teria o Código Civil português contemporizado em 1867 com usos análogos que ao tempo se achassem estabelecidos em propriedades particulares?

É sabido que o ambiente do século XIX em Portugal era adverso às restrições, vínculos ou encargos impostos à propriedade privada. Desde o célebre Decreto de 13 de Agosto de 1832 que o regime liberal prosseguiu sistematicamente a sua obra de «libertação da terra». As restrições ao direito de propriedade tinham de constar expressamente da lei.

Das formas de uso de prédios particulares que no Direito italiano tomam o nome de *usos cívicos* o Código ocupou-se de uma, por ser a mais generalizada à data da sua elaboração (António Luís de Seabra, *A Propriedade*, págs. 149-150): o direito de pastagem exercido pelos proprietários dos gados de certa povoação ou circunscrição em prédios alheios, uso indevidamente incluído pelo legislador no compáscuo (art.ºm 2.262.º e segs.).

O exame das disposições do Código relativas a essa modalidade de compáscuo elucidar-nos-á sobre os princípios que informaram e informam o nosso Direito na matéria.

Esses princípios são :

1.º — A abolição do direito de compáscuo estabelecido em prédios particulares por concessão tácita (art.º 2.264.º).

2.º — A exigência de concessão expressa do proprietário, mediante contrato ou disposição de última vontade, para validade do compáscuo em prédios particulares (art.º 2.264.º e § único).

3.º — A abolição do direito de compáscuo estabelecido anteriormente à promulgação do Código entre uma universalidade de indivíduos sobre uma universalidade de pessoas ainda que por convenção expressa (art.º 2.265.º).

4.º — A exigência para validade do compáscuo de convenção expressa entre indivíduos *certos* e *determinados* e sobre prédios também *certos* e *determinados* (art.º 2.265.º).

5.º — A possibilidade para o proprietário de remissão dos encar-

gos perpétuos de pastagem que onerassem os seus prédios mediante o pagamento do justo valor deles (art.º 2.266.º).

Nesta conformidade passou a entender-se que os rebanhos só podem pastar em terrenos alheios com autorização dos respectivos donos, como ainda em 8 de Maio de 1922 a Lei n.º 1.259 veio recordar ao permitir às Câmaras Municipais que fizessem posturas para reprimir a entrada e apascentação de gados em propriedades particulares sem licença dos proprietários, permissão mantida no n.º 14.º do art.º 50.º do Código Administrativo vigente.

A aversão do Código aos encargos perpétuos sobre a propriedade privada, de acordo com todo o movimento de desamortização anterior, é patente ainda no art.º 2.244.º onde se diz :

«Não pode estabelecer-se usufruto a favor de qualquer estabelecimento, corporação ou sociedade por mais de trinta anos ; mas se antes deste prazo o estabelecimento, corporação ou sociedade se extinguir, acabará igualmente o usufruto a favor do respectivo proprietário.»

Esta disposição é aplicável ao direito de uso, nos termos do art.º 2.261.º.

6. O facto de o uso ter sido regulamentado por uma postura municipal pode fazer pensar que o titular do direito é o concelho como autarquia local.

Mas não vemos fundamento para o afirmar. O documento de 1726 extractado na consulta mostra que o concelho considerou constituída a servidão pessoal em proveito dos oleiros da terra em virtude do costume imemorial, com posse jurídica pública e pacífica («... conservarem este povo na posse em que estava com mais razão constando com tradição (?) e fama derivada dos antepassados e aos presentes que as ditas herdades foram baldio do concelho que sempre se costumou usar da dita servidão...»).

Não se esqueça que a faculdade de elaborar posturas era muito amplamente conferida aos concelhos: segundo as Ordenações Filipinas, liv. 1.º, tit. 66.º, § 28.º, os vereadores deviam fazer de novo as posturas «que cumprir ao prol e bom regimento da terra, considerando em todas as coisas que a bem comum cumprirem».

Por outro lado era aos concelhos que competia velar pelo abastecimento da povoação em tudo o que fosse necessário à vida, constituindo mesmo essas atribuições uma das mais importantes e porventura mais primitivas funções municipais, conhecida sob o nome de *almotaçaria*.

Os officios ou corporações dos mesteres eram organizações inspiradas por motivos de policia municipal ligados à almotaçaria (Ordenações Filipinas, liv. 1.º, tit. 66.º, § 32.º e tit. 68.º in pr.) como de resto o prova o facto de os juizes dos officios actuarem na órbita concelhia, ignorados das Ordenações.

Deste modo o facto de o concelho ter elaborado uma postura a regular a obtenção de matéria-prima para funcionamento de uma indústria local está dentro das normas ao tempo vigentes e não significa que o município fosse o sujeito de direito regulamentado.

7. Resta fazer referência à legislação vigente sobre pedreiras.

Segundo a Lei n.º 1.979, de 23 de Março de 1940, base II «a propriedade das pedreiras pertence ao dono do solo em que se encontram» e o seu aproveitamento só pode ser feito nos termos da lei e seus regulamentos.

Quando este aproveitamento é destinado ao comércio e transformação dos respectivos produtos diz-se «para uso industrial» (base V).

O aproveitamento por terceiros para uso industrial só pode ser feito mediante autorização do proprietário dada sempre por escrito (base XII, alínea b)) ou por expropriação para fins de utilidade pública (bases VI e VII).

A base IX prevê os casos de expropriação para fins industriais, sempre condicionada a um interesse superior da economia nacional.

A exploração a céu aberto para usos industriais tem de obedecer aos preceitos da base XXI, n.ºs 2 e 3.

8. Respondo agora às perguntas formuladas na consulta :

ad 1) A posse imemorial que os oleiros têm de tirar o barro necessário para o fabrico de loiça em certas herdades não pode ser considerada servidão, visto como a partir do Código Civil deixou de haver servidões pessoais e não existe prédio dominante que justifique a servidão real.

ad 2) À face do Código Civil o encargo referido na consulta só poderia classificar-se como direito de uso de carácter cívico: mas, por um lado, ele traduz-se no exercício do direito de transformação do solo, que excede o conteúdo do próprio usufruto por atingir a substância; e, por outro, o Código combateu esses direitos de uso cívico, quando exercidos por pessoas indeterminadas em virtude de concessão tácita dos proprietários como se vê da abolição do direito de compáscuo, condenando a perpetuidade dos direitos exercidos por pessoas colectivas ou corporações conforme resulta da restrição a 30 anos do usufruto estabelecido em benefício delas. Donde resulta que o encargo a que se refere a consulta se deve ter por extinto a partir do Código Civil, traduzindo-se desde então a prática dos oleiros numa série de actos consentidos por mera tolerância dos proprietários, não constitutiva de direitos (Código Civil, art.º 474.º, § 1.º).

ad 3) A postura municipal que regulava tal uso, excedendo as atribuições conferidas às Câmaras pelo Código Administrativo e contendo disposições incompatíveis com o sistema legislativo vigente deve ter-se por revogada.

Os proprietários dos prédios onde exista o barro deverão, pois, conformar-se na exploração dele com as leis que regulam o aproveitamento das pedreiras.

Tal é o meu parecer, salvo melhor opinião.