

Despacho:	Despacho:
Despacho: Concordo com a presente informação. À consideração da Sra. Directora Municipal do Ambiente e Serviços Urbanos, Dra. Gabriela Leite	
Sofia Lobo Chefe da Divisão de Contencioso e Apoio à Contratação Pela Chefe de Divisão de Estudos e Assessoria Jurídica, nos termos da Ordem de Serviço n.º I/36252/09/CMP 2011-04-19	

N/Ref.ª: (...)

S/Ref.: (...)

Porto, 11 de Abril de 2011

Autor: Maria José Guedes

Assunto: A natureza jurídica dos cemitérios.

Questão Jurídica: Dominialidade dos terrenos cemiteriais e possibilidade de aquisição de direitos por usucapião. Pagamento de taxa pela transmissão inter vivos.

I. Dos Factos

Através do requerimento n.º (...)/(...)/CMP, de (...) de Março, o Sr. J(...), na qualidade de procurador do Sr. J(...)A(...) veio solicitar que lhe seja esclarecido porque é que tendo a sua familiar comprado à Câmara Municipal do Porto em 1883 o terreno onde foi construído o jazigo n.º (...) da (...).ª Secção do Cemitério de (...) não lhe são reconhecidas as prerrogativas inerentes a esse direito de propriedade.

Questiona também qual o fundamento para aplicação da taxa prevista nos artigos 105.º e 108.º da Tabela de Taxas, considerando não existir qualquer contrapartida para tal e o valor previsto ser muito elevado.

II. Do Direito

Socorrendo-nos da doutrina, podemos parafrasear o Professor Marcelo Caetano quando diz *“Não há texto legal que declare a dominialidade dos cemitérios e a doutrina, sobretudo estrangeira, discute o carácter deles. Parece-nos, porém, que os cemitérios municipais e paroquiais são bens do domínio público porquanto:*

- a) são objecto de propriedade de uma autarquia local;*
- b) destinados à inumação dos cadáveres de todos os indivíduos que falecerem na circunscrição, não sendo lícita a recusa de sepultura fora dos casos previstos na lei;*
- c) é livre o acesso de todos ao campo santo.”¹*

Mais acrescenta “Possuem, pois, o índice evidente de utilidade pública: o uso directo e imediato do público. A dominialidade resulta da lei ou do índice evidente de utilidade pública estabelecido por lei e sem embargo da coisa pertencer ao Estado ou às autarquias locais.”

Também o Dr. Lopes Dias perfilha idêntico entendimento ao defender que *“...o cemitério público pertence ao domínio público municipal ou paroquial, conforme pertence à Câmara Municipal ou Junta de Freguesia, estando afecto a um fim ou função de utilidade pública exercida com carácter secular e permanente, mediante o processo jurídico-administrativo do serviço público.”²*

Ou seja, integrando os cemitérios o domínio público municipal, a sua utilização pelos particulares tem de ser consentida pela Administração, traduzindo-se em um uso comum ou um uso privativo. O uso comum é aquele que é consentido a todos e a cada particular e o privativo é exclusivo de uma pessoa determinada (ou conjunto de pessoas), que detêm o direito de usar com exclusividade e, por consequência de privar os demais, do uso e fruição da coisa.

¹ In Manual de Direito Administrativo, 5.ª edição, pág. 208

Prescreve o art.º D-5/3.º do Código Regulamentar do Município do Porto (CRMP) que “*Os Cemitérios Municipais do Prado do Repouso, Agramonte e outros que venham a ser construídos pelo Município, destinam-se à inumação e cremação dos cadáveres de indivíduos falecidos na área do Município.*”.

Este uso privativo é sempre atribuído pela Administração, podendo revestir a forma de uma licença ou concessão.

O CRMP no seu art.º D-5/43.º, n.º 1 estatui “*Os terrenos dos cemitérios municipais podem, mediante autorização concedida nos termos do presente Código, ser objecto de concessões de uso privativo para instalação de sepulturas perpétuas e para construção de jazigos particulares.*”

Acrescenta o n.º 4 do mesmo artigo que “*As concessões de terrenos não conferem aos titulares nenhum título de propriedade ou qualquer direito real, mas somente o direito de uso e ocupação com afectação especial e nominativa em conformidade com as leis e regulamentos.*”

O art.º D-5/45.º estabelece que “*A concessão de terrenos é titulada por alvará, ... nos 30 dias seguintes ao pagamento da taxa de concessão e mediante apresentação de comprovativo do pagamento dos impostos que se mostrem devidos.*”

Relativamente à transmissão de jazigos e sepulturas perpétuas, que pode ser realizada por acto entre vivos ou *mortis causa*, na primeira situação depende “*... de autorização, concedida nos termos do presente Código, e do pagamento de metade das taxas de concessão de terrenos que estiverem em vigor relativas à área do jazigo ou sepultura perpétua.*” (art.º D-5/52.º do CRMP).

Como resulta claro não estamos em face de um verdadeiro direito de propriedade, mas de uma concessão de uso privativo, tendo em vista a utilização privativa de determinada parcela de

² In Cemitério - Dicionário Jurídico da Administração Pública, Vol II, pag. 319

terreno (vulgarmente designada por talhão), mediante um título constitutivo que pode ser um acto ou negócio jurídico bilateral.

A utilização assim permitida tem em vista exclusivamente os fins a que o cemitério se destina e está sujeita às diversas normas que regulam a sua utilização e o título constitutivo que concede tal utilização privativa perpétua, implica a constituição de direitos de índole administrativa sobre as parcelas abrangidas. Estas concessões, como refere Marcelo Caetano³, “...*entram no património dos concessionários e são transmissíveis em vida ou por morte, nos termos da lei administrativa...*”.

Trata-se de um direito real de natureza administrativa, logo os poderes por ele conferidos ao respectivo titular, o concessionário, não são susceptíveis de gerar posse em termos de direito privado, não podendo o mesmo ser adquirido por usucapião, sendo jurisprudência praticamente unânime que por serem coisas públicas, e por isso inalienáveis, imprescritíveis e não oneráveis, as sepulturas e jazigos não são susceptíveis de serem adquiridas por usucapião, pois que quaisquer que sejam os actos de posse e o tempo da sua duração sobre o terreno cemiterial não concedido, deles jamais pode resultar a constituição de um direito de propriedade pelos particulares.

Em lado algum do “direito mortuário” português⁴, constituído pelos Decretos n.º 44220, de 03-03-1962, alterado pelos Decreto 45864, Decreto 463/71, de 2 de Novembro, DL n.º 875/76, de 20 de Dezembro e DL n.º 168/2006, de 16 de Agosto, pelo Decreto n.º 48770, de 18 de Dezembro de 1968 que fixa os modelos de regulamentos dos cemitérios e os DL 411/98 de 30 de Dezembro e DL 274/82, de 14 de Julho, é prevista a possibilidade de constituição de um direito real administrativo por via de “aquisição originária”.

Tanto mais que, ocorrendo o abandono por parte do legítimo concessionário, prevê a lei a sua prescrição a favor da entidade detentora do cemitério – município ou freguesia, cabendo a esta atribuir nova concessão, mormente através de um procedimento concursal.

³ Marcelo Caetano in Manual de Direito administrativo, Vol II, Almedina, 10.ª Ed, 3.ª reimp., pag. 940

⁴ como é referido no Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 12-06-2008, no processo 991/08-1

Como meio de aquisição, além do acto ou contrato de concessão, a concessão – e não um inexistente direito de propriedade – é transmissível, quer mortis causa, quer por acto entre vivos, como já referimos. A transmissão entre vivos depende sempre da autorização da entidade administrativa, com sujeição aos condicionalismos próprios do direito administrativo, sendo esta matéria sempre objecto de regulamentação.

Estas concessões não são concessões de serviço público, mas concessões de ocupação, utilização ou aproveitamento do domínio público, permitindo ocupar o cemitério na prossecução da sua finalidade específica.

Na concessão da utilização dos bens do domínio público, o particular não goza de todas os poderes e prerrogativas que o direito civil confere ao proprietário, mas *“tudo se limita a um uso e fruição (no sentido mais lato do termo) mas só para o fim especialíssimo da consumpção cadavérica e com uma infinidade de limitações de ordem policial que lhe restringem o aproveitamento, mesmo na prossecução desse restrito objectivo a que está afecto.”*⁵

Conforme refere o Prof. Fezas Vital *“... poderá dizer-se que, falando-se m venda, se visa, não a venda do terreno em si, mas a venda do direito de uso do terreno para o fim especial das inumações...”* e os direitos dos concessionário que se estabelecem em cada uma das pequenas parcelas de terreno cemiterial derivam da própria função do cemitério, a qual apenas pode realizar-se pela ocupação privativa, individual de uma sepultura, através de uma autorização administrativa, sob a forma de concessão de uso.

Logo a concessão tem de ser assumida como um acto administrativo em que a pessoa colectiva pública actua revestida do chamado “ius imperium”, concedendo ao particular a possibilidade de utilizar em proveito próprio, uma coisa que integra o domínio público e que não pode ser equiparada a uma alienação ou venda efectuada ao abrigo do direito privado.

A concessão de ocupação não retira ao cemitério, nem no que concerne à parcela concedida, o carácter de domínio público, apesar dos direitos conferidos aos particulares de uso e fruição do respectivo “talhão”, mas como melhor refere o Dr. Lopes Dias *“...o domínio público não*

⁵ In Cemitérios, Jazigos e Sepulturas, de Lopes Dias

deixa de o ser nem é desmembrado ou fraccionado do seu conteúdo por efeito da concessão. Permanece sempre domínio público e afecto `a função funerária.”

Poderíamos chamar à colação inúmera jurisprudência firmada sobre este assunto, mas vamos fazê-lo apenas a título exemplificativo.

O Ac. do STA, de 6 de Março de 2002, no processo n.º 046143 resume exemplarmente a matéria que expusemos, ao consagrar no seu resumo:

“I – Os cemitérios públicos são bens integrados no domínio público possuídos e administrados pelos municípios e freguesias encontrando-se afectos ao uso directo, imediato e privativo das pessoas.

II – A afectação desse uso faz-se através de actos ou contratos de concessão, daí resultando direitos reais administrativos os quais, porque se encontram subordinados ao direito administrativo, não são susceptíveis do uso, fruição e disposição próprios do direito privado.

III – Todavia tais concessões são susceptíveis de transmissão, quer mortis causa, quer por acto entre vivos.

IV – A transmissão “natural” das concessões é por via da sucessão legítima, a qual não necessita de consentimento ou autorização da autarquia a que pertence o cemitério, o que não acontece quando a mesma se faz entre o titular da concessão e um terceiro, em que essa autorização é condição de eficácia do negócio.”

Este mesmo entendimento consta do Ac. do Tribunal dos Conflitos, de 08-07-2003, no processo 010/02 que no ponto III estabelece que *“Os seus terrenos podem ser utilizados pelos particulares para constituição de jazigos (utilização do uso privativo de bens do domínio público) sendo essa utilização permitida através da concessão da entidade gestora...”*.

Também o Ac. do STJ, de 09-02-2006, no processo 06B202 consagra: *“3. Os cemitérios municipais e paroquiais são bens integrados no domínio público cujo uso privativo, designadamente para a construção de jazigos, é atribuído a particulares sob o regime do contrato de concessão, que os não podem adquirir por usucapião.”*

E acrescenta no n.º 7 "O concessionário do direito de construção do jazigo tem sobre ele exclusivos poderes de uso e fruição, no âmbito dos quais é livre de consentir ou recusar o depósito no mesmo de cadáveres de terceiros."

O Ac. do TRG, de 12-06-2008, no processo 991/08-1 reitera "Sobre tais terrenos do domínio público das respectivas autarquias, não podem constituir-se direitos dos particulares com base na posse, instituto de direito privado."

Num acórdão mais recente, do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 15-04-2010, no processo 01249/04.2BEVIS é assente que:

I – Os cemitérios sob jurisdição das freguesias e municípios, são bens do domínio público da respectiva autarquia e a existência de direito dos particulares ao uso privativo de parcela desse bem depende da prévia concessão da administração, titulada por alvará, estando fora do comércio jurídico privado;

II – Em cemitério público as únicas fontes da existência do direito de propriedade sobre jazigos são a lei e a vontade da administração, vertida esta em acto ou em contrato administrativo de concessão;

III – Quer se entenda que o jazigo constitui um todo com o terreno em que está implantado, quer se admita a natureza privatística dos direitos incidentes sobre jazigos, sempre teremos de concluir pela insusceptibilidade da sua aquisição mediante usucapião."

Posto tudo isto, não temos qualquer dúvida em reiterar a afirmação do Dr. Lopes Dias em que "...os direitos reais de natureza administrativa ou direitos reais administrativos constituídos em benefício dos particulares sobre as coisas do domínio público são direitos precários, resolúveis e não definitivos, constituídos para determinado fim, limitados por factores actuantes de interesse público, submetidos a um ordenamento de interesse colectivo e sujeitos a controlo e fiscalização da administração."

Face ao exposto só podemos concluir que os cemitérios municipais pertencem ao domínio público municipal, pelo que os concessionários apenas adquirem um direito de uso privativo sobre parcelas de terreno que integram os mesmos, constituindo-se direitos reais

administrativos de uso e fruição sempre limitados ao fim de utilidade pública que lhe sé inerente.

Estes direitos reais administrativos traduzidos na concessão de ocupação privativa, embora sujeitos ao direito público, revestem carácter patrimonial, sendo as sepulturas e jazigos transmissíveis, quer por sucessão legítima ou mortis causa, quer por negócio entre vivos, neste caso carecendo sempre, como condição de eficácia, da autorização da entidade administrativa.

Esta autorização da entidade administrativa tem normalmente como contrapartida a obrigatoriedade do pagamento de uma taxa.

O artigo G/2.º do CRMP sob a epígrafe “Incidência Objectiva das Taxas” estabelece:

“1 – É devido o pagamento de taxas pelos factos previstos na Tabela de Taxas em anexo ao presente Código, que consubstanciam, conforme melhor consta da fundamentação económico-financeira, aqui também anexa, utilidades prestadas aos particulares ou geradas pela actividade do Município.

2 – Os valores das taxas são os que se encontram fixados da Tabela referida no número anterior.”

Acresce que estes valores foram aprovados pelo competente órgão municipal, *in casu*, a assembleia municipal

A taxa fixada no art.º 108.º, n.º 1 da Tabela de Taxas em vigor para as transmissões entre vivos da concessão de uso privativo do domínio publico cemiterial tem a sua justificação na fundamentação económica e financeira constante da citada tabela e integra o sinalagma da relação da Administração com o particular, em que aquela emite um acto autorizativo que é condição de eficácia do negócio jurídico de transmissão do direito.

Assim, para efectuar a transmissão do seu direito de uso privativo do jazigo (...), da (...)a secção do Cemitério de Agramonte, o requerente, para além de obter a competente autorização deverá proceder ao pagamento da taxa fixada no n.º 1 do art.º 108.º da Tabela de taxas: *“1 - Os direitos dos concessionários de terrenos ou de jazigos não podem ser transmitidos por acto entre vivos sem autorização municipal e sem o pagamento de 50% das*

taxas de concessão de terrenos que estiverem em vigor relativas à área do jazigo. O referido pagamento incide apenas sobre a área do terreno que passar para a posse de outrem e não sobre a área total do jazigo, se essa transmissão for parcial.”

Este é, salvo melhor, o nosso parecer.

A Técnica Superior,

(Maria José Guedes)