

As licenças e concessões de utilização privativa
do domínio público como um instrumento
de rentabilização e valorização dos bens dominiais

Licenses and concessions that grant the right
of private use over public-owned property
or resources under public law as an instrument
of profitability and appreciation

ANA GOUVEIA MARTINS

VOL. 5 Nº 1 JANEIRO 2018

WWW.E-PUBLICA.PT

AS LICENÇAS E CONCESSÕES DE UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DO DOMÍNIO PÚBLICO COMO UM INSTRUMENTO DE RENTABILIZAÇÃO E VALORIZAÇÃO DOS BENS DOMINIAIS

LICENSES AND CONCESSIONS THAT GRANT THE RIGHT OF PRIVATE USE OVER PUBLIC-OWNED PROPERTY OR RESOURCES UNDER PUBLIC LAW AS AN INSTRUMENT OF PROFITABILITY AND APPRECIATION

ANA GOUVEIA MARTINS^{1*}

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
anagouveia@fd.ulisboa.pt

Resumo: O presente artigo tem por objecto a concessão de utilização privativa de bens do domínio público como um instrumento de rentabilização e valorização dos bens dominiais e visa delimitar o seu conteúdo, sentido e alcance face a outras figuras afins, identificar a natureza jurídica da licença e concessão de utilização privativa e o seu regime e aferir do estatuto jurídico das obras e instalações implantadas em parcelas dominiais e da admissibilidade da sua transmissão e oneração dissociadas da transmissão e oneração do direito de utilização privativa.

Sumário: 1. Breves considerações sobre o regime da dominialidade pública; 2. A utilização privativa do domínio público; 2.1. Distinção do uso comum ordinário e extraordinário; 2.2. O uso privativo do domínio público; 2.3. Distinção da utilização privativa de outras figuras afins, mormente, da concessão de exploração de bens dominiais; 3. A concessão de direitos de utilização privativa e de exploração de bens do domínio público em benefício de entidades públicas; 4. A distinção entre a licença e a concessão de utilização privativa do domínio público e a sua natureza jurídica; 5. O prazo da concessão de utilização privativa; 6. O estatuto jurídico das obras realizadas e das instalações implantadas em parcelas dominiais; 7. A transmissão e a oneração do direito de utilização privativa e sua distinção da transmissão e oneração do direito de propriedade sobre as obras, equipamentos e instalações e da transmissão da titularidade de bens dominiais;

Palavras-Chave: domínio público/utilização privativa/concessão/licença/regime jurídico

Abstract: The present article analysis granting the right of private use over public-owned property or resources under public law as an instrument of

1. * Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Investigadora principal do Centro de Investigação de Direito Público. Advogada. Consultora. Árbitra. Email: anagouveia@fd.ulisboa.pt Endereço institucional: Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa.

profitability and appreciation and aims to delimit its content, meaning and scope in relation to other similar figures, to identify the legal nature and regime of the license and concession of private use, to assess the legal status of works and installations deployed in land parcels and the admissibility of its transmission and encumbrance dissociated of the transmission and encumbrance of the right of private use.

Keywords: public-owned property or resources under public law/ right of private use/ concession/ license/ legal regime

1. Breves considerações sobre o regime da dominialidade pública

O Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, que aprovou o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (doravante, RJPIP), consagrou, pela primeira vez na nossa ordem jurídica, um regime geral do domínio público, e, concomitantemente, o regime geral do domínio privado do Estado e dos institutos públicos.

A *summa divisio* entre os bens do domínio público e os bens do domínio privado da administração constitui um dos legados da construção administrativa doutrinal e jurisprudencial francesa que foi acolhida, embora com contornos distintos e especificidades, nos sistemas jurídicos portugueses, italiano e espanhol e, por essa via, importado para outros ordenamentos. O traço identitário comum do conceito de domínio público radica na sujeição de um conjunto de bens a um regime jurídico específico de Direito público e cuja principal característica reside no facto de serem *res extra commercium*, *i.e.*, bens subtraídos ao comércio jurídico privado em razão da sua necessidade, aferida numa determinada comunidade e em dado momento histórico, para o desempenho de finalidades e funções públicas, mormente, a sua primacial utilidade pública, o uso público, a sua afectação directa a um serviço público, a garantia e o fomento do desenvolvimento económico nacional ou outro fim de interesse público particularmente relevante².

A in comerciabilidade dos bens do domínio público traduz-se no facto de as coisas públicas estarem fora do comércio jurídico privado, sendo, por essa razão, insusceptíveis de redução à propriedade privada, inalienáveis (artigo 18º do RJPIP), imprescritíveis (artigo 19º do RJPIP), impenhoráveis (artigo 20º do RJPIP) e não oneráveis pelos modos de Direito Privado.

A in comerciabilidade dos bens do domínio público é, por conseguinte, uma

2. Na ordem jurídica portuguesa a qualificação de um determinado bem como bem integrante do domínio público pressupõe a sua ‘classificação legal’ como tal, *i.e.*, constitui condição necessária e imprescindível da integração no estatuto da dominialidade pública a classificação por lei constitucional ou por lei ordinária de um determinado bem como bem do domínio público, sendo que essa definição legal pode ser realizada por via da identificação individual de um determinado bem como bem dominial público ou mediante a identificação por tipos (n.º 1 do artigo 84º da Constituição da República Portuguesa de 1976 e artigo 14º do RJPIP). A Constituição individualiza alguns bens que integram necessariamente o domínio público, que são, assim, bens de domínio público *ex constitutione*. Simultaneamente consagra uma cláusula aberta em matéria de bens dominiais (n.º 2 do artigo 84º da Constituição), permitindo que o legislador identifique e defina o regime de outras categorias de bens sujeitos ao regime da dominialidade pública. O legislador não dispõe, porém, de uma irrestrita liberdade para tanto, uma vez que as leis que procedem à classificação de determinados bens como bens dominiais envolvem uma restrição do direito de propriedade privada e da autonomia privada. Sobre o conceito de classificação legal, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 14º in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (Domínio público e Domínio privado da administração)*, Almedina, 2017, pp. 80 e ss. Sobre o conceito de domínio público, cfr. JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Domínio público”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV, 2.ª edição, 1991, p. 166; ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Almedina, 2005, pp. 317 e ss e já depois da entrada em vigor do RJPIP, idem, “Direito do domínio público”, in PAULO OTERO/PEDRO GONÇALVES (Coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, V, Coimbra, 2011, pp. 11 e ss.

incomerciabilidade nos termos do Direito privado mas tal não significa, de modo algum, que estes bens não sejam susceptíveis de rentabilização. O que sucede é que estão sujeitos a uma comercialidade de Direito público através do recurso aos meios próprios e formas de agir específicas do Direito administrativo, mormente, mediante a atribuição de direitos de utilização privativa ou de exploração do domínio público.

Com efeito, se na lógica clássica a submissão de um conjunto de bens ao estatuto da dominialidade estava gizada fundamentalmente em torno na sua conservação e protecção, hodiernamente enfatiza-se o papel central que a valorização e rentabilização dos bens do domínio público devem desempenhar no quadro da crise do Estado providência e da emergência do Estado pós-social, sobretudo num contexto de contenção orçamental e de crise económica³. Constituindo um manancial de riqueza de titularidade e gestão pública, a sua gestão deve ser enformada pelos objectivos de eficiência, economicidade e qualidade, no respeito pelo princípio da equidade intergeracional (artigo 5º do RJPIP), de modo a otimizar as potencialidades dos bens dominiais, quer em termos de utilização pública comum quer na vertente de promoção de um uso mais racional dos recursos públicos mediante a sua exploração ou aproveitamento económico. A valorização dos bens do domínio público, desde e na medida em que a sua afectação seja devidamente salvaguardada, assume-se como um postulado do princípio da boa administração e da prossecução do interesse público. Se pressupõe em larga medida a rentabilização financeira dos bens dominiais, não se esgota na maximização económica, a qual pode mesmo revelar-se indesejável, sobretudo no que respeita à necessária preservação do domínio público natural e cultural⁴.

A atribuição de direitos de uso privativo do domínio público e de exploração de bens dominiais constitui um dos principais instrumentos da sua valorização. Na verdade, ainda quando seja concedida para o desenvolvimento de actividades puramente privadas, essa atribuição não deve ser perspectivada como envolvendo apenas a concessão de um benefício exclusivo para o particular concessionário. Além de implicar sempre o pagamento de uma taxa à administração concedente – taxas que constituem uma fonte privilegiada de arrecadação das receitas e de rentabilização financeira dos bens dominiais – os investimentos realizados e as actividades prosseguidas constituem uma forma de dinamização e valorização do domínio público bem como da prossecução de interesses públicos relevantes⁵.

3. CFR. MARIA FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis*, Tecnos, 2015, pp. 23 e ss, em especial, pp. 32 e ss.; PHILIP YOLKA, *La propriété publique. Eléments pour une théorie* L.G.D.J., 1997, pp. 388 e ss.; A. GAUTHIER “La valorisation des propriétés publiques”, in AJDA n.º 18, 2012, pp. 990. Cfr. ainda neste sentido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 136/2016, processo n.º 521/15.

4. Cfr. J. MORAND-DEVILLER, “La valorisation économique du domaine public”, in AAVV, coord. JEAN-BERNARD AUBY *ET ALIA*, *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland*, pp. 273 e ss.

5. Cfr. neste sentido, ALVES CORREIA, “A concessão de uso privativo do domínio público: breves notas sobre o regime jurídico de um instrumento de valorização e rentabilização dos bens dominiais», in *Direito e Justiça*, volume especial dedicado ao VI Colóquio Luso-espanhol de Direito administrativo, 2005, pp. 101 e ss.; ANA RAQUEL MONIZ, “A Concessão de Uso Pri-

2. A utilização privativa do domínio público

2.1. Distinção do uso comum ordinário e extraordinário

A utilização privativa de um bem dominial distingue-se do uso comum. O uso comum não carece da prévia obtenção de qualquer título jurídico concessório, até porque está associado frequentemente ao exercício de direitos, liberdades e garantias fundamentais, como é o caso da livre circulação nas vias públicas que integram o domínio público rodoviário que constitui expressão do direito fundamental de deslocação e emigração (artigo 44º da Constituição) ou do direito de reunião e o direito de manifestação (artigo 45º da Constituição).

O uso comum constitui o princípio geral por que se regem os bens que integram o domínio público, sendo tradicional entre nós distinguir o uso comum ordinário do uso comum extraordinário, dicotomia que foi acolhida e positivada no artigo 25º e artigo 26º do RJPIP⁶.

O *uso comum ordinário* caracteriza aqueles bens do domínio público que podem ser fruídos por todos de forma livre, igual e tendencialmente gratuita, mediante condições de acesso e de uso não arbitrárias ou discriminatórias, salvo quando da sua natureza resulte o contrário (n.º 1 do artigo 25º do RJPIP). É o caso do uso das praias ou de fontes de água integradas no domínio público. Existem, todavia, bens cuja submissão ao estatuto de dominialidade se funda na necessidade da sua afectação à administração em regime de exclusividade, como sucede, paradigmaticamente, com o domínio público militar, caso em que não é admissível um uso comum nem uma utilização privativa (n.º 1 do artigo 25º do RJPIP *in fine*).

O uso comum ordinário dos bens do domínio público é reconhecido directamente por lei a todos, não sendo necessária a obtenção de qualquer título jurídico público, sem prejuízo de estar sujeito à regulação das condições gerais de acesso e de uso mediante lei ou regulamento. Regulação que se afigura não só conveniente como necessária de modo a salvaguardar a sua utilização normal, *i.e.*, a sua afectação ao uso pelo público em geral no respeito pelo princípio da tolerância mútua⁷, bem como a protecção do bem dominial. O uso comum ordinário em princípio é

vativo do Domínio Público: Um Instrumento de Dinamização dos Bens Dominiais”, in *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra, 2008, pp. 293-294; AFONSO QUEIRÓ/JOSÉ GABRIEL QUEIRÓ “Propriedade pública e direitos reais de uso público no domínio da circulação urbana”, in *Direito e Justiça*, IX, 1995, p. 261.

6. No sentido de que não se justifica autonomizar o uso comum extraordinário uma vez que engloba situações bastante heterogéneas, optando por reconduzi-las em bloco a excepções aos princípios que regem o uso comum, cfr. FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público por particulares*, 1.ª ed. brasileira, Editora Juriscredi, São Paulo, 1972, pp. 103 e ss. Aderindo a esta posição, embora reconhecendo as virtualidades didáctico-explicativas da individualização do uso especial enquanto forma do uso comum, cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *Direito do domínio*, pp. 170-171.

7. O princípio da tolerância mútua foi sobre tudo teorizado pela doutrina alemã de modo a frisar que o exercício concreto do uso comum por um indivíduo não pode prejudicar, impedir ou excluir o uso comum por parte dos demais utilizadores. Cfr. doutrina citada por ANA RAQUEL MONIZ, *Direito do domínio público*, p. 166-167, nota rodapé n.º 429.

gratuito, salvo quando o «*aproveitamento seja divisível e proporcione vantagem especial*» (n.º 2 do artigo 25º), como é o caso do uso das autoestradas que implica o pagamento de taxas (portagens).

Já o *uso comum extraordinário* designa aquelas aquelas *factispecies* em que se revela necessária uma intervenção da administração, sujeitando-se o uso à obtenção de uma autorização e/ou ao pagamento de taxas como meio de (i) assegurar a compatibilidade e a hierarquia dos múltiplos usos possíveis, (ii) a satisfação da necessidade de conservação do bem ou (iii) a prevenção da produção ou ampliação de perigos decorrentes de um uso mais intenso da coisa (artigo 26º do RJPIP). É o caso da utilização da via pública para a realização de um cortejo (sujeita a autorização) ou para o estacionamento de veículos (sujeitos ao pagamento do parquímetro) bem como da realização de pesca desportiva ou da consulta de documentos medievais numa biblioteca pública (sujeitas a autorização).

Cumprir frisar que a eventual sujeição a autorização do uso comum extraordinário não se confunde com a figura da concessão, que caracteriza a atribuição do uso privativo de um bem dominial, como se demonstrará. Efectivamente, a autorização não corporiza qualquer título jurídico dominial mas antes um acto administrativo permissivo do exercício de um direito ou liberdade pré-existente ou constitutivo de um direito de desenvolvimento de uma actividade privada praticado no exercício dos poderes gerais de polícia administrativa ou de gestão dominial. O uso comum extraordinário distingue-se do uso privativo de um bem dominial uma vez que é permitido a um conjunto indeterminável de sujeitos que se encontrem em determinada situação de facto, sem qualquer exclusividade e não implica a subtracção do bem em causa a um uso conforme com o seu destino normal ou natural do bem.

O *uso comum* é, por conseguinte, o “modo de utilização do domínio que, sendo conforme ao destino principal da coisa pública sobre que se exerce, é declarado lícito pela lei para todos, ou para uma categoria genericamente delimitada de particulares”⁸.

2.2. O uso privativo do domínio público

O *uso privativo* é “o modo de utilização do domínio que é consentido a alguma ou algumas pessoas determinadas, com base num título jurídico individual”⁹.

O uso privativo de bens do domínio público, exactamente porque não corresponde a um uso ‘normal’ que pode ser realizado por todos os particulares ou por uma categoria genérica de particulares, pressupõe sempre a atribuição de um título

8. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito administrativo*, II, 10.ª ed., 9.º reimp., Almedina, Coimbra, 2008, p. 929.

9. Cfr. FREITAS DO AMARAL / JOSÉ PEDRO FERNANDES, *Comentário à lei dos terrenos do Domínio Hídrico (Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro)*, Coimbra editora, 1978, p. 169.

jurídico-administrativo, que pode revestir a modalidade de licença ou concessão (artigo 27º do RJPIP).

A atribuição da utilização privativa de um bem dominial por licença ou por concessão prevista no artigo 27º do RJPIP confere ao seu beneficiário “poderes exclusivos de fruição de bens do domínio público”, “durante um período determinado de tempo”, “mediante o pagamento de taxas” (artigo 28º, n.º 1 do RJPIP).

O uso privativo traduz-se na atribuição dos direitos de uso e fruição de uma parcela delimitada de um bem dominial, em regime de exclusividade, durante um período delimitado de tempo. A utilização privativa de um bem dominial pressupõe se não a conformidade, no mínimo, a sua compatibilidade com a finalidade subjacente à afectação do bem ao estatuto do domínio público. A utilização privativa será conforme com o fim que determinou a afectação do bem dominial quando a utilização corresponda a uma das finalidades que a determinaram (*v.g.* a utilização privativa de uma parcela do domínio marítimo para o exercício de actividade pública portuária). Será, por sua vez compatível com o destino normal ou natural do bem quando se acomode e não obste à sua utilização normal pelo público nem prejudique os deveres de conservação e protecção do domínio público¹⁰, tal como sucede com a instalação de restaurantes nas vias públicas ou na praia.

A concessão de uma utilização privativa não implica uma atribuição universal do gozo do bem ou parcela dominial ao concessionário, sendo imprescindível a identificação e individualização dos poderes concedidos. Os fins, o conteúdo e a extensão dos direitos de utilização privativa devem ser expressamente especificados no título concessório, sobretudo quando não decorram directamente da lei.

O concessionário de uma utilização privativa de um bem dominial tem os poderes de uso e fruição, *i.e.*, o direito de servir-se da coisa e colher os seus frutos que forem especificados no título constitutivo, podendo inclusive deter poderes de transformação e de disposição do seu direito ou direitos conexos. A utilização privativa pode abranger meros poderes de ocupação de um bem dominial com a configuração e estrutura que já o caracterizam, poderes de construção de obras ou implantação de infra-estruturas sobre bens dominiais ou mesmo poderes de aproveitamento de um determinado bem para dele retirar as respectivas utilidades económicas (*v.g.* extracção de água para rega). Em qualquer caso estaremos sempre perante faculdades de gozo limitadas que não incluem – ao contrário do contrato de concessão de exploração - poderes de gestão nem de administração, que se mantêm na titularidade da administração concedente.

O título de atribuição da concessão de utilização privativa deve ainda identificar com o maior detalhe e precisão possível o objecto dos poderes de uso e fruição dos bens do domínio público em causa, delimitando o bem ou parcela do bem,

10. Cfr. GUETTIER, *Droit administratif des biens*, PUF, 2ª edição, 2008, pp. 122 e ss; JEAN-MARIE AUBY *e alia*, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 6ª edição, 2011, p. 124

descrevendo as suas características ou/e a respectiva área e confrontações, sendo vivamente aconselhável a junção de uma planta topográfica em anexo quando incida sobre bens imóveis¹¹.

Importa frisar que os poderes de uso e fruição de uma determinada parcela de um bem dominial só podem ser exercidos com observância de todas as prescrições legais, regulamentares e contratuais aplicáveis. Tal como se frisou no Parecer n.º 12/2016, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 06.06.2016, o “princípio de relatividade do objeto da concessão do uso privativo de bens do domínio público é corolário do princípio da competência, que é de ordem pública, de sorte que o órgão adjudicatário invadiria os poderes e atribuições alheios, caso atribuísse a concessão sem reserva do cumprimento de prescrições legais e regulamentares cujo controlo é incumbido a outros órgãos, porventura de outras pessoas coletivas públicas”. Refira-se, a este propósito, que de harmonia com jurisprudência constante do Supremo Tribunal Administrativo, a obtenção dos títulos de utilização do domínio público não dispensa o particular do ónus de obter outras licenças exigidas por lei, designadamente, o licenciamento municipal da construção¹².

As concessões de uso privativo do domínio público são muitas vezes atribuídas para o exercício de actividades privadas, conferindo ao concessionário o direito de aproveitamento pessoal e directo das utilidades identificadas no título, não satisfazendo directamente quaisquer interesses públicos que não os de rentabilização financeira do bem (*v.g.* uso da água de um rio para rega de um jardim particular). A verdade é que, mesmo nas situações em que está em causa o desenvolvimento de actividades puramente privadas, a atribuição da utilização privativa não deixa de constituir um meio de prossecução do interesse público geral, ao nível, designadamente da promoção do desenvolvimento económico, do turismo ou de actividades de lazer, da criação de postos de trabalho e da disponibilização de energia (*v.g.*, edificação de estabelecimentos hoteleiros em domínio público marítimo, prestação de serviços de apoio à navegação fluvial, instalação de lojas e postos de combustíveis nas auto-estradas).

Pode, ao invés, suceder que a utilização privativa seja realizada por uma entidade pública diversa da entidade a quem é atribuída a titularidade do bem dominial para o desenvolvimento de funções administrativas ou, como é muito frequente, surgir associada ao desenvolvimento de actividades de serviço público ou de realização de obras públicas por entidades privadas no contexto de concessões mistas. Na verdade, a concessão de uso privativo pode revelar-se indispensável para efeitos do desenvolvimento de uma actividade pública, caso em que estaremos perante uma concessão mista, de uso privativo do domínio público e de gestão de uma actividade pública. É o caso da actividade de movimentação de carga em terminais portuários em parcelas do domínio público marítimo, que é qualificada por lei como uma actividade pública e que requer a celebração de

11. Nos termos previstos na alínea x) do n.º 1 do artigo 2º do Código de Registo Predial a “concessão em bens do domínio público” está sujeita a registo.

12. Cfr. Acórdão do STA, de 27.02.2002, Processo n.º 47405 e Acórdão do STA, de 21.01.2003, processo n.º 4740.

um contrato de concessão de serviço público, a que acresce a necessidade de um título de utilização privativa de recursos hídricos.

Cumpra ainda realçar que o artigo 32.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio (Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo) prevê que o “Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais podem celebrar contratos de concessão ou conceder licenças de uso privativo de bens que integrem o seu domínio público, designadamente para efeitos de utilização, exploração ou gestão de infraestruturas urbanas e de espaços e equipamentos de utilização coletiva”. Não foi, contudo, até agora, aprovada a lei que deveria, nos termos do n.º 2 do referido artigo 32.º, estabelecer “as regras a observar quanto ao prazo de vigência da concessão, à fixação dos critérios para o pagamento de taxas pelo concessionário, às obrigações e aos direitos do concessionário, aos bens afetos à concessão, às garantias a prestar, ao sequestro, ao resgate e à responsabilidade perante terceiros”.

2.3. Distinção da utilização privativa de outras figuras afins, mormente, da concessão de exploração de bens dominiais

A concessão de utilização privativa do domínio público não se confunde com a concessão de exploração ou gestão do domínio público, constituindo uma figura que implica apenas a atribuição ao interessado de um direito delimitado à utilização e aproveitamento de um determinado bem dominial. O traço distintivo essencial entre a ‘concessão de utilização privativa do domínio público’ e a ‘concessão de exploração do domínio público’ reside no facto de na primeira o concessionário ser um mero utilizador de um bem dominial que continua a ser gerido pela administração concedente, enquanto na ‘concessão de exploração’ se opera a transferência para o concessionário dos poderes públicos de gestão e administração do bem dominial (nunca da sua titularidade), ocupando este a posição anteriormente exercida pela administração.

O concessionário de exploração do domínio público é um gestor do bem ou parcela do domínio público por via de uma delegação de funções públicas: “o concessionário actua em nome e em lugar da administração pública, nos termos com esta pactuados e sob a sua fiscalização”¹³. Exerce a actividade pública de gestão e administração dos bens do domínio público, assistindo-se à transferência, designadamente, da competência de autorização de uso comum extraordinário e de atribuição de títulos de utilização privativa do domínio público a terceiros (n.º 2 do artigo 30º do RJPIP), bem como dos poderes de auto-tutela e de defesa dos bens dominiais

Assim se compreende que a concessão de exploração do domínio público, que pode ser atribuída por acto ou contrato administrativo (ou, como por vezes sucede, por diploma legislativo, quando é atribuída a entidades públicas) seja

13. Cfr. MARCELLO CAETANO, “Algumas notas para a interpretação da lei n.º 2015” *in* *O Direito*, Ano XCIII, 1961, p. 96.

configurada como um ‘*plus*’ relativamente à concessão de uso privativo. Com efeito, confere não apenas o direito à utilização e aproveitamento económico dos bens mas também os direitos secundários relativos à sua gestão dominial, mantendo-se apenas na esfera da administração concedente os poderes primários, próprios e exclusivos da titularidade dominial, *i.e.*, “aqueles que apenas podem ser exercidos pelo titular dominial, sob pena de não se assegurar o fim público a que direta e permanentemente estão destinados”, como, por exemplo, os poderes de desafecção dominial¹⁴.

Os contratos de exploração do domínio público podem existir autonomamente ou vir associados a outros contratos, sejam contratos de concessão de serviço público, sejam contratos de concessão de obra pública. Exemplo de contratos autónomos são os contratos de exploração de recursos naturais, como a extracção e a produção de petróleo, a exploração de minas ou de recursos hidrominerais e geotérmicos. O concessionário está adstrito ao pagamento de taxas como contrapartida da atribuição da gestão e administração exclusiva destes bens (n.º 1 do artigo 30º do RJPIP), que não são usados directamente pelo público e remunera-se pela exploração económica do bem.

As concessões de exploração de bens dominiais são frequentemente acessórias de contratos de concessão de obras públicas, como sucede quando a obra a construir seja um bem do domínio público (*v.g.* estradas nacionais ou regionais, portos de recreio ou marinas de interesse público). Surgem também associadas a contratos de exploração de serviços públicos, como é o caso da exploração e gestão das infra-estruturas portuárias e aeroportuárias.

Distinta da concessão de utilização privativa de bens dominiais é ainda a figura dos (i) *direitos genéricos de acesso a determinados bens dominiais que constituem redes abertas* por configurarem infra-estruturas essenciais para o desenvolvimento de actividades submetidas à concorrência do mercado (*v.g.* o direito de uma empresa de transporte ferroviário a aceder e a prestar serviço em uma dada infra-estrutura dominial ferroviária nacional, previsto no artigo 20º e 21º do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro) bem como a dos (ii) *direitos de ocupação do domínio público para a instalação ou funcionamento de actividades de serviço público* (*v.g.* utilização do subsolo para a instalação da rede de distribuição da energia eléctrica pelas entidades responsáveis pela gestão dessa rede). Em ambos os casos, os direitos de acesso ou de ocupação são conferidos directamente por acto legislativo, sem qualquer delimitação espacial específica, com base em pressupostos vinculados fixados por lei¹⁵.

14. Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 315/2014, de 15 Maio, processo n.º 408/12, para uma distinção entre poderes primários e secundários sobre os bens dominiais.

15. Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público”, pp. 309 e ss., com citação de doutrina nacional e estrangeira com posições bastante diferenciadas.

3. A concessão de direitos de utilização privativa e de exploração de bens do domínio público em benefício de entidades públicas

O facto de o RJPIP disciplinar a utilização privativa e a exploração do domínio público na secção II e IV do Capítulo II, relativas à “utilização por particulares” e de o artigo 30º definir o contrato de exploração por referência à transferência da gestão e exploração de bens do domínio público “para particulares” poderia suscitar a dúvida sobre a aplicabilidade destes institutos como modo de atribuição de direitos de uso e gestão em benefício de entidades públicas. Todavia, é inteiramente pacífico na doutrina que as concessões dominiais (concessões de utilização privativa do domínio público e concessões de exploração do domínio público) podem ser atribuídas não apenas a particulares mas também a entidades públicas.

Aliás, no caso das entidades que integram a administração pública organizada sob formas jurídico-privadas, a dúvida nem se coloca, tendo esta solução perfeita correspondência verbal na expressão “particulares”, na acepção de pessoas de Direito privado, sendo certo que as empresas públicas ou fundações de direito privado são dotadas de personalidade de Direito privado e, de harmonia com o princípio da congruência entre formas de organização privadas e a aplicação do Direito privado, devem estar sujeitas, por regra, a este ramo do Direito. Legislação especial frequentemente prevê a utilização privativa de bens dominiais por parte de entidades com personalidade de direito público. Assim, a título exemplificativo, o n.º 3 do artigo 28º do Decreto-Lei n.º 276/2003, de 4 de Novembro, expressamente disciplina a atribuição de concessões de uso privativo parcial ou integral de instalações ou imóveis do domínio público ferroviário “a favor de entidade pública ou a empresa em que exista uma participação pública maioritária”.

Prima facie, poderá parecer dificilmente concebível o caso de um uso privativo por entidades com personalidade de direito público que integram o sector clássico da administração pública uma vez que estas prosseguem sempre o interesse público e não meros interesses privados. A verdade é que, nestes casos, estará sempre em causa um uso para fins de interesse público mas para um fim de interesse público diverso daquele que justificou a submissão de um determinado bem ao estatuto da dominialidade. A título de exemplo, pode justificar-se que um município sediado na zona costeira pretenda edificar uma obra num terreno à beira-mar ou o Ministério da Saúde tenha necessidade de obter um título de uso privativo do domínio público municipal para instalar num passeio público um quiosque para efeitos de divulgação de prospectos de sensibilização sobre questões de saúde¹⁶.

O uso privativo do domínio público consente aos concessionários os “poderes exclusivos” de uso e fruição (n.º 1 do artigo 28º), excluindo ou limitando

16. Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, “Direito do domínio público”, p. 164; ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos interadministrativos*, Almedina, 2001, pp. 297-298.

o seu aproveitamento por terceiros. Como se afirma no Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º CA00122016O, de 15.09.2016, “o que a concessão dominial proporciona é a exclusividade do específico uso sem a concorrência de terceiros, de modo a sustentar a viabilidade económica dos investimentos necessários”.

Deste direito de utilização exclusiva decorrem para a administração uma série de deveres: (i) o dever de entregar o bem objecto da concessão; (ii) o dever de abstenção de quaisquer actuações materiais ou jurídicas que perturbem ou impeçam os poderes de fruição do concessionário; (iii) o dever de protecção do concessionário, defendendo os seus poderes de fruição exclusiva contra ingerências ilícitas de terceiros; (iv) o dever de indemnização por responsabilidade civil¹⁷.

Por sua vez, o concessionário fica constituído nos deveres acessórios de conservação do bem dominial, no dever de submeter a autorização prévia a transmissão ou oneração do direito de utilização privativa ou das obras edificadas (n.º 3 do artigo 28º do RJPIP) e no dever de pagamento de uma taxa (n.º 1 do artigo 28º do RJPIP). Pode o concessionário ainda estar adstrito, nos termos do título concessório ou de legislação especial, a outros deveres, tais como o dever de utilização efectiva do bem dominial, o dever de pagamento de rendas devidas por uso e ocupação de bens que não integrem o domínio público e o dever de prestar caução.

O dever de pagamento de uma taxa dominial não apenas se compagina com o princípio geral da onerosidade da ocupação de bens (artigo 4º do RJPIP), indispensável a uma boa gestão dos bens da administração e à sua rentabilização, como deve ser reconduzido ao dever de pagamento de taxas na sua acepção fiscal, que se assume como contrapartida da atribuição do direito de utilização privativa do bem dominial (n.º 2 do artigo 4º da Lei Geral tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro). O seu fundamento radica no princípio da igualdade: se o uso comum dos bens do domínio público é tendencialmente gratuito por ser disponibilizado a todos os cidadãos, a sua utilização privativa, envolvendo direitos de fruição exclusiva, deve, face ao diverso e especial aproveitamento pessoal e directo do bem atribuído ao concessionário, ser sujeita ao pagamento de uma taxa. O que justifica que na definição do montante da taxa se tenha em consideração não apenas o valor objectivo do uso do bem concessionado como também todas as vantagens económicas ou de outra natureza auferidas pelo concessionário. A taxa não corresponde, assim, ao simples pagamento de um serviço prestado pela administração calculado em função do seu custo – que até pode ser quase inexistente – mas antes constitui uma receita resultante da rentabilização de um bem dominial, a contrapartida das vantagens que resultam da atribuição de um direito exclusivo de utilização privativa.

17. Cfr. para maiores desenvolvimentos e identificação dos meios administrativos e contentiosos vocacionados para assegurar o cumprimento destes deveres, ANA RAQUEL MONIZ, “Direito do domínio público”, pp. 179 e ss.

4. A distinção entre a licença e a concessão de utilização privativa do domínio público e a sua natureza jurídica

O artigo 27º do RJPIP estabelece que os “particulares podem adquirir direitos de uso privativo do domínio público por licença ou concessão”, dispondo o n.º 1 do artigo 28º que através “de acto ou contrato administrativos podem ser conferidos a particulares, durante um período determinado de tempo, poderes exclusivos de fruição de bens do domínio público, mediante o pagamento de taxas”.

Cumpra, assim, distinguir a titulação da utilização privativa de uma parcela dominial por licença por contraposição à concessão (artigo 27º do RJPIP) e articular esta dicotomia com a dualidade de formas que pode revestir: acto ou contrato (n.º 1 do artigo 28º do RJPIP).

Na vigência da legislação avulsa sobre a utilização privativa do domínio público anterior ao RJPIP, *maxime*, do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, que estabelecia o regime de utilização privativa dos terrenos do domínio público e, na ausência de um regime geral, era considerado pela doutrina como um repositório dos princípios basilares do domínio público resultantes da legislação anterior, distinguia-se a atribuição do uso privativo do domínio público por acto administrativo - que constituía, então, a regra - da atribuição por instrumento contratual (contrato de concessão e contrato de arrendamento).

A atribuição unilateral revestia, por sua vez, a designação de ‘licença’ quando constituísse um título precário, susceptível de revogação a todo o tempo sem que o particular tivesse direito a qualquer indemnização, ou de ‘concessão’, quando configurasse um acto administrativo constitutivo de direitos¹⁸. A outorga por contrato administrativo de concessão de utilização privativa dominial ou por contrato administrativo de arrendamento¹⁹ correspondia, naturalmente, a

18. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual II*, pp. 938-939, p. 942 e p. 945. No mesmo sentido, cfr. FREITAS DO AMARAL, *A utilização*, pp. 166 e ss, em que distingue títulos unilaterais (licença e acto de concessão) e títulos bilaterais (contrato de concessão e contrato de arrendamento) de utilização privativa do domínio público.

19. O tradicional ‘arrendamento de bens dominiais públicos’, regulado na legislação anterior à Constituição de 1976, constituía uma das modalidades legalmente previstas para titular o uso privativo do domínio público. Tendo por objecto bens do domínio público, pese embora a designação de arrendamento, tratava-se de um contrato administrativo, e, como tal, não lhes era aplicável o regime do arrendamento civil ou comercial, nem sequer a título supletivo. Neste sentido, cfr. FREITAS DO AMARAL, *A utilização*, 1972, pp. 169 e ss. No Decreto n.º 8, de 1 de Dezembro de 1892 e regulamento de 19 de Dezembro, relativos à ‘organização dos serviços hidráulicos’ distinguia-se o ‘arrendamento’, que titulava a simples ocupação de um terreno dominial, sem realização de quaisquer obras, e a ‘licença’, que comportava a realização de obras novas ou a modificação dos edifícios e infra-estruturas existentes, o que implicava muitas vezes a necessidade de obtenção de dois títulos. Mais tarde, porém, assistiu-se a uma uniformização deste regime para evitar desnecessárias duplicações e o uso privativo do domínio público passou a ser titulado em qualquer dos casos por licença, que permitia a ocupação do terreno assim como a realização de obras, caducando, portanto, os arrendamentos anteriormente celebrados. Também no Decreto n.º 32 842, de 11 de Junho de 1943, relativo às utilizações de terrenos dominiais afectos à gestão das administrações portuárias, se distinguiram as licenças, que desempenhavam um papel residual para aqueles casos de utilização de terrenos em períodos muito curtos (algumas semanas ou meses) dos arrendamentos e das concessões, títulos de utilização

um título dotada de maior estabilidade do que a licença, tendo presente a sua natureza consensual, só podendo ser objecto de resolução por razões de interesse público e mediante o pagamento de uma justa indemnização.

No ordenamento francês a ocupação ou utilização privativa de um bem dominial está sujeita a obtenção de uma ‘autorização’ (artigo L. 2122-1 do *Code général de la propriété des personnes publiques*²⁰, doravante, CGPPP), que só pode ser concedida a título temporário (L.2122-2 do CGPPP), mediante o pagamento de uma contrapartida pecuniária (L.2125-1 do CGPPP) e se caracteriza por ser “precária e revogável” (L.2122-3 do CGPPP), no sentido de que a sua extinção pode ser determinado a todo o tempo por razões de interesse público, independentemente de qualquer incumprimento por parte do seu titular. Esta autorização pode revestir a forma de acto administrativo (as designadas *permissions de voirie* e as *permissions de stationnement*²¹) ou de contrato administrativo (*concession de voirie*).

Perpassa da legislação especial que regula os diversos tipos de utilização privativa do domínio público que a distinção entre a atribuição unilateral ou contratual assenta nas maiores garantias jurídicas e económicas associadas ao contrato de *concession de voirie*, designadamente, o que concerne a uma enumeração fechada dos fundamentos que justificam a extinção e ao direito a uma indemnização em caso de resolução por razões de interesse público. Este direito a uma indemnização, por sua vez, não é reconhecido em caso de revogação da licença que é considerada precária, por definição, e não constitutiva de direitos, com ressalva das situações em que envolva a atribuição de direitos reais de propriedade temporária sobre as obras construídas²².

No sistema jurídico espanhol, a utilização privativa do domínio público igualmente postula a atribuição de um título jurídico-administrativo, de duração

reservados para a construção de obras em bens do domínio público portuário que envolvessem avultados investimentos financeiros. O traço distintivo entre as duas figuras contratuais era o de que os contratos de arrendamento tinham um prazo máximo de 10 anos, enquanto as concessões podiam ter um prazo até aos 30 anos.

20. O *Code général de la propriété des personnes publiques* foi aprovado pela *ordonnance* n.º 2006-460, de 21 de Abril de 2006 e objecto de sucessivas alterações. A versão actualmente em vigor bem como a versão resultante da última alteração datada de 6 de agosto de 2018, que só entrará em vigor a 1 de Julho de 2022, estão disponíveis in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20180928>. Este Código deve ainda ser articulado com o *Code général des collectivités territoriales*, aprovado pela Lei n.º 96-142 de 21 de Fevereiro de 1996, cujo Livro III da parte I contém disposições sobre o os bens das colectividades territoriais, seus estabelecimentos e agrupamentos disponível in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006389019&idSection-TA=LEGISCTA000006164464&cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20180928>.

21. As *permissions de voirie* distinguem-se das *permissions de stationnement* por envolverem uma ocupação do domínio público com realização de trabalhos de transformação da parcela dominial, mormente, com a instalação de fundações no solo, estando frequentemente relacionadas com a utilização do domínio público de circulação rodoviário e ferroviário enquanto as segundas não implicam qualquer modificação (v.g. colocação de mesas e cadeiras numa via pública).

22. Cfr. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 155 e ss.; GUETTIER, *Droit*, pp. 124 e ss.; AUBY *et al.*, *Droit*, pp. 124 e ss.

limitada, mediante o pagamento de uma taxa. Reveste sempre a forma de acto administrativo embora se distinga a atribuição unilateral por ‘autorização’ ou ‘concessão’ em função do tipo de uso e de critérios tais como a duração e a natureza das instalações e obras²³. O acto de concessão está reservado para uma utilização privativa que envolva a realização de obras ou a montagem de instalações fixas (artigo 86.3. da *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*²⁴, doravante, LPAP), cuja duração seja superior a 4 anos (artigo 86.2 da LPAP), com o limite máximo geral de 75 anos (artigo 93.3 LPAP). A autorização, por sua vez, será concedida quando a utilização privativa se efectue exclusivamente com instalações desmontáveis ou bens móveis (artigo 86.2. da LPAP) e tem um prazo máximo, incluindo quaisquer prorrogações, de 4 anos (artigo 92.3 da LPAP). O acto administrativo de concessão é configurado como um título jurídico que outorga ao particular um direito real administrativo sobre as obras, construções ou instalações fixas implantadas sobre uma parcela do domínio público. Ao invés, o acto administrativo de autorização não confere qualquer direito real mas apenas um conjunto de faculdades possessórias.

Uma das características da autorização é que é sempre concedida a título precário e, por conseguinte, pode ser revogada unilateralmente por razões de interesse público (artigo 92.4. da LPAP), sem direito a qualquer indemnização, solução legal que tem sido criticada pela jurisprudência do Tribunal Supremo²⁵. Com efeito, esta linha jurisprudencial tem matizado a consagração legal da natureza precária e livremente revogável da autorização, preconizando uma distinção entre a precariedade de 1.º grau - que afecta uma situação jurídica que, pelas suas próprias características, é de carácter permanente e duradouro, pelo que configuraria uma precariedade relativa ou mesmo puramente nominal ou semântica, que se manifesta na admissibilidade de revogação ou modificação do acto, sem, porém, exonerar do dever de justa indemnização - e a precariedade de 2º grau, que se reporta a situações não dotadas de estabilidade²⁶.

Também em Itália, a utilização privativa de bens do domínio público pressupõe a atribuição de um título jurídico que reveste sempre a natureza jurídica de concessão, embora por vezes as concessões de menor importância sejam designadas como licenças, sem que tal ponha em causa a sua natureza concessória²⁷. A utilização privativa de bens dominiais, que é sempre titulada por concessão, caracteriza-se pela duração temporária e pela possibilidade de revogação *ad nutum* por razões de interesse público, bem como pela discricionariedade que preside à sua atribuição²⁸. Tradicionalmente assistia-se a uma certa resistência

23. Cfr. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La rentabilización*, pp. 200 e ss.; BERMEJO VERA *et al.*, *Derecho administrativo, Parte especial*, 6º edição, Thomson, Civitas, 2005, pp. 373 e ss.;

24. Aprovado pela Lei n.º 33/2003, de 3 de novembro, disponível in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20254>

25. Cfr. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La rentabilización*, p. 205.

26. Cfr. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La rentabilización*, p. 205.

27. Cfr. SANDULLI, “Benni pubblici” in *Enciclopedia del Diritto*, V, Giuffrè Editore, Milão, 1959, pp. 288 e ss.

28. A autorização é o acto administrativo que viabiliza o uso especial, que corresponde em larga medida ao uso comum extraordinário, o qual requer a obtenção prévia de uma permissão que se limita a garantir a compatibilização do uso por determinadas pessoas ao interesse públi-

em configurar a concessão de utilização privativa de bens dominiais como um contrato, o que justifica que seja concebida frequentemente, na esteira da teoria alemã dos dois níveis (*Zweistufentheorie*), como uma ‘concessão-contrato’, *i.e.*, uma *factispecie* complexa resultante da articulação e convergência de um acto administrativo unilateral – o acto administrativo de concessão – com um contrato integrativo do seu conteúdo, de natureza privatística (*v.g.* contrato de locação), de que emerge uma relação contratual, fonte de obrigações recíprocas entre a entidade concedente e o particular concessionário. O desenvolvimento dogmático da figura do contrato substitutivo do acto administrativo, aliado à influência do Direito comunitário que impôs a submissão à concorrência das concessões, levou à formação de uma orientação favorável à configuração da concessão em termos contratuais, embora mantendo o seu enquadramento publicista²⁹.

Na nossa ordem jurídica, hodiernamente a doutrina pacificamente reconhece que a atribuição do direito de uso privativo configura sempre uma *concessão*, *i.e.*, uma forma de actuação jurídica de Direito público que tanto pode ser unilateral (acto administrativo) como bilateral (contrato administrativo)³⁰.

Com efeito, de um ponto de vista técnico-jurídico, seja a atribuição da utilização privativa titulada por acto administrativo seja outorgada mediante a celebração de um contrato de concessão estaremos sempre perante uma concessão³¹ e não perante um simples acto permissivo, contrariamente ao que poderia induzir a utilização da expressão “licença” no artigo 27º do RJPIP e em legislação avulsa relativa à utilização de determinados bens do domínio público ou de “autorização” no Direito comparado. A clarificação dos conceitos técnico-jurídicos de concessão, de autorização e licença é relativamente recente, tendo presente que no século XIX e até à segunda metade do século XX eram utilizados quase indistintamente e que, apesar de a emergência do Estado social de direito ter posto em causa os conceitos tradicionais e imposto a sua reformulação, a tradição por vezes perpetuou o emprego de expressões dogmaticamente desajustadas³².

Efectivamente, a figura da concessão, conquanto susceptível distintas e múltiplas aplicações com conteúdos muito variados e regimes bastante diversos, apresenta como denominador comum constituir um instrumento de Direito público de

co, enquanto a concessão implica uma ampla margem discricionária na decisão de subtração de um bem ao uso comum e sua atribuição, em exclusividade, a um determinado sujeito. Cfr. NICOLA CENTOFANTI, *I beni pubblici: tutela amministrativa e giurisdizionale*. Il diritto privato oggi, Giuffrè Editore, 2007, pp. 245-246.

29. FABRIZIO FRACCHIA, “Concessioni, contratti e beni pubblici” in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione atti del convegno di studi, Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*. A cura de Aristide Police, Giuffrè editore, 2008, p. 493 e ss.

30. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, pp. 85 e ss.; ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público*, pp. 467 e ss.

31. Cfr. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público*, pp. 467 e ss.; ANA GOUVEIA MARTINS, Comentário ao artigo 27º in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 162 e ss.

32. Cfr. FERNÁNDEZ-ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 129 e ss. Sobre a evolução da distinção entre autorização e concessão, cfr. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, pp. 71 e ss.

atribuição ao concessionário de um direito que deriva de um poder ou direito prévio da Administração, conhecendo duas modalidades fundamentais: a “atribuição do direito de utilização privativa de bens públicos” - como sucede no presente caso - e a “atribuição do direito de exploração, gestão ou exercício de actividades públicas”, de que constitui exemplo paradigmático a celebração de um contrato de concessão de obra pública e de um contrato de concessão de serviço público³³.

Ora, a autorização e a licença são actos permissivos do desenvolvimento de actividades privadas (e não de actividades públicas reservadas à administração pública ou do uso privativo de bens públicos³⁴) que se encontram submetidas a controlo da administração. No caso de a autorização, esta limita-se a remover um obstáculo, um limite ao exercício de um direito preexistente na esfera do particular, enquanto a licença configura uma permissão para o exercício de uma actividade privada que é, por lei, relativamente proibida (por vezes designada de autorização constitutiva).

A concessão apresenta como elementos essenciais (i) a constituição *ex novo* na esfera jurídica do seu destinatário de um direito; (ii) que deriva de um direito ou de uma situação jurídica pública activa prévia de que é titular a administração pública e que está subtraída à liberdade de iniciativa económica privada (no primeiro caso, a propriedade pública da entidade administrativa, no segundo caso, a responsabilidade pela execução da obra ou serviço público); (iii) direito atribuído por um acto jurídico de Direito público, neste caso, por via da prática de um acto administrativo ou da celebração de um contrato administrativo; (iv) inexistência de um direito à concessão, que só se constitui com a atribuição do título de direito público que comporta uma ampla margem de livre apreciação e decisão administrativa (discricionariedade); (v) que tipicamente implica o reconhecimento de um direito de exclusivo, a fixação de um prazo de caducidade do direito e a titularidade de poderes e prerrogativas de autoridade da administração concedente, tais como a possibilidade de extinção da concessão por motivos de interesse público antes do decurso do prazo fixado³⁵.

A atribuição de direitos de uso privativo de bens dominiais apresenta todas as referidas características, pelo que seja titulada por acto ou outorgada por contrato reveste sempre natureza concessória.

33. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, pp. 50 e ss., em especial. p. 55.

34. Assim sendo, afigura-se constituir uma grave entorse a possibilidade admitida de “ocupação” do “espaço público, entendido como a área de acesso livre e de uso colectivo afecta ao domínio público das autarquias locais”, para fins, mormente, de instalação de esplanadas, toldos, vitrine e expósitos e suportes publicitários (artigo 10º do Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de Abril, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16.01, que aprovou o regime de Licenciamento zero, doravante, LZ) através de “mera comunicação prévia” (n.º 1 do artigo 12º do LZ) ou “autorização” (n.º 4 do artigo 12º do LZ), sem recurso à técnica concessória. Cfr. , neste sentido, ANA RAQUEL MONIZ, “Direito do domínio público”, pp. 175-176. Retirando consequências da natureza materialmente concessória, cfr. ANA GUEVEIA MARTINS, Comentário ao artigo 27º in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 164-165.

35. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, pp. 68 e ss.

A razão de ser da designação de um acto materialmente concessório como *licença* está enraizada na tradição jurídica portuguesa e prende-se com o objectivo de enfatizar o eventual especial estatuto de precariedade da titulação da concessão por acto administrativo em determinados regimes especiais do domínio público por confronto com as maiores garantias de estabilidade proporcionadas pela celebração de um contrato de concessão de utilização privativa do domínio público. Este estatuto de maior precariedade da licença pode-se manifestar em três vertentes: a fixação da duração de um prazo mais curto do uso privativo, a recusa de qualquer indemnização ao concessionário titular da licença em caso de extinção antecipada do título de utilização privativa e a obrigação de demolição e/ou remoção das instalações instaladas³⁶.

É indubitável, porém, que o regime geral de utilização privativa do domínio público consagrado no RJPIP não consagra, rompendo com a experiência legislativa portuguesa anterior e com a própria tradição sedimentada em ordenamentos que acolheram a figura da atribuição de direitos de utilização privativa, um estatuto de menor estabilidade da licença por contraposição ao contrato. Pelo contrário, da análise do regime fixado no artigo 28º e o artigo 29º do RJPIP, que disciplinam o conteúdo da utilização privativa e a extinção, resulta que se estabelece um regime que se aplica à concessão, sem que se distinga se é titulada por um acto administrativo ou um contrato (n.º 1 do artigo 28º).

A conclusão pela natureza concessória da atribuição do direito de utilização privativa do domínio público apresenta, assim, inegáveis consequências práticas de relevo, tendo presente que os n.ºs 2 e o n.º 3 do artigo 28º estabelecem o regime jurídico do prazo e da oneração do direito de utilização privativa e o artigo 29º regula a sua extinção reportando-se sempre à “concessão”. O que suscita a questão de saber se este conceito é utilizado numa acepção restritiva correspondente à utilizada no artigo 27º do RPIP, reportando-se única e exclusivamente à atribuição do título de utilização privativa por outorga de *contrato de concessão (ou por acto de concessão)*, em contraposição à noção de *licença*, ou se, ao invés, deve ser entendido na sua acepção ampla.

A dúvida suscita-se, em particular, em virtude de o regime da extinção da concessão estabelecido no n.º 1 do artigo 29º vir consagrar e positivar como regra geral o reconhecimento de um direito à indemnização do concessionário em caso de extinção da concessão antes do decurso do prazo, direito indemnizatório que tradicionalmente se considerava exclusivo do uso privativo titulado por contrato ou acto de concessão, por contraposição à licença de uso privativo, que se distinguiria pelo seu estatuto de maior precariedade traduzido, tipicamente, pela recusa de qualquer indemnização no caso de extinção antecipada da licença.

Consideramos, porém, que por *concessão* deve entender-se tanto a concessão de utilização privativa de um bem dominial titulada por *licença* (acto administrativo de concessão) como por *concessão* (contrato de concessão), conceitos utilizados

36. Para uma distinção do prazo e dos efeitos extintivos e indemnizatórios das concessões de utilização privativa titulada por acto e contrato na legislação especial, cfr. Comentários ao artigo 28º e artigo 29º do RJPIP in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 175 e ss.

no artigo 27º do RJPIP mas que, conforme demonstrámos, se reconduzem ambos do ponto de vista dogmático à técnica concessória. Uma interpretação restritiva da expressão “concessão” empregue nos artigos 28º e 29º como se reportando apenas aos contratos teria por efeito a detecção de uma lacuna de regulação da matéria da sujeição a prazo, transmissão e oneração e extinção das concessões de uso privativo tituladas por acto. Na ausência de legislação especial que estabeleça o regime jurídico dos usos privativos, seria aplicável o regime geral dos actos administrativos previsto no Código do Procedimento administrativo, o que não se compagina com o regime jurídico que enforma a figura da concessão.

Por conseguinte, consideramos que o artigo 28º e o artigo 29º disciplinam unitariamente a relação jurídico-administrativa emergente da atribuição do direito de utilização privativa do bem dominial, independentemente de o título revestir a forma de acto administrativo ou de contrato. O que não prejudica que, em legislação especial, seja frequente que se conforme esta relação jurídico-administrativa de forma distinta e diferenciada consoante tenha por fonte um acto ou um contrato. Contudo, na ausência de uma norma que especificamente discipline a utilização privativa em termos diversos consoante a atribuição seja realizada por acto administrativo ou contrato administrativo, aplicar-se-á o regime geral previsto nos artigos 28º e 29º do RJPIP.

O contrato de utilização privativa é um contrato público, que está sujeito ao regime geral da contratação pública consagrado na Parte II do Código dos Contratos públicos, sem prejuízo da existência de regimes especiais, regime esse que se deve ter ainda por aplicável quando a concessão revista a forma de acto unilateral, embora com as devidas adaptações, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 1º do mesmo Código. O contrato de concessão de utilização privativa reveste a natureza de contrato administrativo, sendo aplicável o Título I da Parte III do Código dos Contratos públicos, que consagra o regime substantivo dos contratos administrativos que não são objecto de uma disciplina especial (*v.g.*, eficácia, invalidade, modificação, cessão da posição contratual e subcontratação, (in)cumprimento e extinção das relações jurídico-administrativas contratuais)³⁷.

5. O prazo da concessão de utilização privativa

O direito de utilização privativa do domínio público, quer seja titulado por acto, quer revista a forma de contrato, caracteriza-se pela sua *limitação temporal* em virtude da fixação de um prazo constituir uma das características identitárias da figura concessória.

37. Sobre o âmbito aplicativo do regime da contratação pública estabelecido na Parte II do CCP, que pressupõe uma distinção entre os contratos que tenham por objecto bens do domínio privado ou bens do domínio público, assim como convoca especiais dificuldades consoante o tipo de entidades adjudicantes em causa, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, Comentário ao artigo 27º e artigo 30º do RJPIP in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 167-168 e pp.192 e ss. Sobre a natureza administrativa do contrato de concessão e regime aplicável, cfr. *idem*, pp. 169-170.

O n.º 1 do artigo 28º do RJPIP enfatiza que a atribuição, através de acto ou contrato administrativos, de poderes exclusivos de fruição de bens do domínio público é realizada “durante um período determinado de tempo”, o que pressupõe a fixação de um prazo, o qual, nos termos previsto no n.º 2 da mesma disposição, “salvo estipulação em contrário devidamente fundamentada, não pode ser prorrogado”.

Na legislação especial que regula os prazos da concessão de utilização privativa de bens dominiais é comum que os *actos administrativos de concessão* (frequentemente designados *licenças*) permitam apenas o uso e fruição do bem do domínio público num prazo especialmente curto, por contraposição aos *contratos de concessão* que pressupõem um prazo mais alargado. Assim, por exemplo, na Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, a licença de utilização privativa do domínio hídrico confere ao seu titular o direito a exercer as actividades para os fins e com os limites estabelecidos no respetivo título e nas condições estabelecidas por lei ou regulamento (n.º 1 do artigo 67º da Lei da Água), devendo na sua fixação atender-se ao tipo de utilização pretendida e ao período necessário para a amortização do investimento, dentro do limite máximo de 10 anos (n.º 2 do artigo 67º da Lei da Água). Já o prazo do contrato de concessão é notoriamente mais amplo, estando prevista uma duração máxima de 75 anos (n.º 6 do artigo 68º da Lei da Água), sendo o prazo fixado tendo em consideração a natureza e a dimensão dos investimentos associados, bem como a sua relevância económica e ambiental (n.º 2 do art. 25º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, que estabelece o regime de utilização dos recursos hídricos).

A fixação do prazo da concessão titulada por acto ou por contrato comporta uma margem de livre decisão (discricionariedade criativa) mas condicionada pela sua finalidade: a determinação do tempo necessário e adequado para a amortização e remuneração dos capitais investidos pelo concessionário. É por esta razão que se veda a prorrogação da concessão, “salvo estipulação em contrário devidamente fundamentada” no título da concessão (n.º 2 do artigo 28º do RJPIP). Com efeito, a prorrogação pura e simples da concessão constitui a atribuição de uma vantagem indevida ao concessionário, sendo que o prazo da concessão é comumente considerado como um elemento essencial do contrato, cuja modificação, sem fundamento legítimo, consubstancia uma modificação substancial do contrato vedada pelo princípio da concorrência e da igualdade de oportunidades no acesso a bens escassos.

Legislação especial admite, porém, a prorrogação dos títulos de utilização privativa. A título de exemplo, o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 102/90, de 21 de Março, que estabelece o regime jurídico da ocupação e utilização privativa dos terrenos e edificações e o exercício de actividades na área dos aeroportos e aeródromos públicos (domínio público aeroportuário), estabelece que as “licenças são outorgadas por prazo certo até ao limite de cinco anos, podendo ser sucessivamente prorrogadas por períodos inferiores ou superiores àquele limite” (n.º 1), sendo que o prazo global de vigência “não pode ser superior a 20 anos” (n.º 2). Admite-se que as “licenças que envolvam a realização de investimentos significativos pelos seus titulares na implantação de construções, instalações

ou equipamentos necessários às actividades licenciadas ou no exercício de actividades de especial complexidade, cuja amortização exija um prazo superior a 5 anos podem ser outorgadas por um prazo inicial até 40 anos” (n.º 3 do artigo 5º), caso em que as licenças podem ser “sucessivamente prorrogadas, por um ou mais períodos, não podendo aquele prazo e respectivas prorrogações exceder, em qualquer caso, o prazo de 50 anos” (n.º 4 do artigo 5º).

6. O estatuto jurídico das obras realizadas e das instalações implantadas em parcelas dominiais

Um dos principais dogmas do Direito francês consiste no princípio da proibição de constituição de direitos reais de natureza privada sobre parcelas integrantes do domínio público, concebido como um dos corolários do princípio da inalienabilidade dos bens do domínio público. A constituição de direitos reais civis sobre bens dominiais equivaleria a um desmembramento da propriedade pública, correspondendo a uma alienação parcial de um bem dominial. Os edifícios e obras construídas e as instalações implantadas num bem dominial pelo titular do direito de utilização privativa não eram, assim, susceptíveis, de integrar a sua propriedade privada nem, conseqüentemente, de ser objecto de qualquer tipo de oneração³⁸.

A necessidade de garantir a rentabilização dos bens do domínio público e se assegurar o interesse dos privados na realização de investimentos em parcelas dominiais, com um enquadramento jurídico adequado à obtenção do financiamento necessário e às necessidades práticas de gestão, conduziu, porém, ao paulatino reconhecimento de direitos reais sobre o domínio público artificial a partir de 1988, embora se continue a recusar a sua constituição sobre bens integrantes do domínio natural e esteja sujeita a pressupostos assaz restritivos e distintos consoante se trate de um bem da titularidade do Estado, das colectividades territoriais ou de estabelecimentos públicos de saúde³⁹.

Na nossa ordem jurídica, ao invés, desde há muito que se reconhece que sempre que a licença ou a concessão de utilização privativa envolva a realização de obras ou a montagem de infra-estruturas em domínio público (e o mesmo raciocínio se aplica aos contratos de concessão de exploração do domínio público hídrico) as construções efectuadas sobre ou sob a parcela dominial, como as instalações desmontáveis são objecto, em princípio, de um direito de propriedade privada do utente ou concessionário que as realizou durante o prazo da utilização privativa⁴⁰.

38. Cfr. AUBY *et al.*, *Droit administratif des biens*, p. 134. Em sentido crítico deste dogma do direito francês, cfr. GAUDEMET, «Les doits réels sur le domaine public,» in *Actualité Juridique en Droit administratif*, pp. 1094 e ss. Para uma análise da doutrina francesa e a identificação das controvérsias que ainda hoje se mantêm, cfr. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La rentabilización*, pp. 97 e ss.

39. Cfr. AUBY *et al.*, *Droit administratif des biens*, pp. 134 e ss.; GUETTIER, *Droit administratif des biens*, pp. 161 e ss.

40. Cfr. FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público*, p. 205, em que sustentava que o utente do domínio era titular do direito de propriedade sobre as construções e instalações,

Em princípio, porquanto as infra-estruturas e as construções realizadas pelos titulares de direito de utilização privativa (ou concessionários de exploração) em terrenos que integrem o domínio público não podem ser qualificadas como bens dominiais, salvo a existência de uma disposição legal específica que preveja a sua classificação como tal.. Se, porventura, a obra realizada for classificada legalmente como um bem dominial domínio público, tal como sucede com “os portos artificiais e docas” “de interesse público” que são classificados como bens do domínio público infraestrutural portuário por opção legislativa (alínea e) do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, que estabelece o regime do inventário geral dos elementos constitutivos do património do Estado), a universalidade de bens, equipamentos e edifícios, resultantes da intervenção humana⁴¹, situados numa área marítima, fluvial ou lacustre destinadas à movimentação e circulação de mercadorias e passageiros, integra o domínio público portuário e não a propriedade privada do titular da utilização privativa do domínio público.

Por regra, porém, as instalações e obras realizadas numa parcela do domínio público não merecerem a classificação como bens dominiais e integram, portanto, o direito de propriedade do utilizador privativo, embora se trate de uma propriedade temporária. O momento de extinção da concessão (titulada por acto ou por contrato)⁴² coincide com o momento de extinção do direito de propriedade privada sobre as obras e instalações, emergindo na esfera do concessionário um dever jurídico directamente decorrente da lei de reconstituição natural do bem dominial objecto de utilização privativa (*restitutio in integrum*). Tal como se estabelece no n.º 2 do artigo 29º do RJPIP, a extinção da concessão tem por efeito o dever de reposição do imóvel ocupado “na situação em que se encontrava à data do início da concessão, com desmontagem ou retirada de bens” ou, em alternativa, a sua “perda a favor do concedente, caso a desmontagem ou

embora tal não fosse reconhecido expressamente pela lei, deduzindo-a da regra da reversão gratuita daquelas para a administração no termo do prazo do título de utilização privativa.

41. Importa distinguir os ‘portos artificiais e docas’, que integram o domínio público portuário, dos ‘portos naturais’ – parcelas de mar, rio ou lago contíguas às margens de terrenos que pelas suas características morfológicas e naturais permitem a ancoragem de embarcações - que se integram no domínio público hídrico, e, mais concretamente, quando contíguos ao mar, no domínio público marítimo. No acórdão n.º 654/2009, de 12.02.2010 (processo n.º 668/06), o Tribunal Constitucional rejeitou a tese de que os terrenos onde se localizam os cais e portos artificiais constituiriam bens da Região Autónoma da Madeira pelo facto de os portos e cais serem domínio público da Região e tais terrenos constituírem, em conjunto com eles, uma universalidade pública. Procedeu-se, assim, a uma interpretação restritiva do conceito de porto artificial e doca, circunscrevendo o domínio público portuário aos edifícios e infra-estruturas de apoio à actividade portuária, com exclusão dos terrenos em que tais edifícios assentam, que integram exclusivamente o domínio público marítimo, domínio público necessário da titularidade do Estado. Realce-se que se assiste aqui a uma sobreposição de estatutos dominiais: as margens e terrenos integram o domínio público marítimo, da titularidade do Estado, enquanto os portos e cais artificiais assentes nessas margens e terrenos, dada a tendencial titularidade regional dos bens do domínio público situados nas regiões autónomas, desde que não interessem à defesa nacional ou não que estejam afectos a serviços públicos não regionalizados, integram o domínio público portuário da Região Autónoma.

42. Sobre o regime da extinção do direito de utilização privativa por decurso de tempo e da extinção antecipada por razões de interesse público, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, Comentário ao artigo 29º do RJPIP in JOÃO MIRANDA e al., *Comentário*, pp. 179 e ss.

separação implique uma deterioração desproporcionada do imóvel ocupado”.

O concessionário está adstrito a demolir as construções edificadas e proceder à desmontagem e retirada das infra-estruturas implantadas na vigência do direito de utilização privativa (1ª parte do n.º 2 do artigo 29º do RJPIP). Se, porém, a respectiva demolição, desmontagem ou retirada implicar uma deterioração desproporcionada do imóvel ocupado, aquelas construções e infra-estruturas são ‘perdidas’ em favor da entidade concedente (1ª parte do n.º 2 do artigo 29º do RJPIP), que é o mesmo que dizer que reverterem gratuitamente para a entidade titular do bem dominial (ainda que esteja sob a administração e gestão de outra entidade).

Por conseguinte, no termo do prazo fixado no título de utilização pode ocorrer uma transferência da propriedade das construções e instalações desmontáveis para o titular do bem dominial sem que o concessionário tenha direito a uma qualquer compensação ou indemnização⁴³. O estatuto jurídico das obras e infra-estruturas após a transferência e reversão gratuita para a entidade concedente depende do regime jurídico aplicável, sendo certo, que, por regra, irão integrar o domínio privado do titular do bem dominial.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 150/2006, processo n.º 323/2005, já teve oportunidade de reconhecer a admissibilidade de uma sobreposição de estatutos: de domínio público sobre a parcela dominial objecto da concessão de utilização privativa e de propriedade privada sobre as instalações fixas colocadas sobre o bem dominial. Este entendimento logrou inclusive reconhecimento legislativo na legislação especial. A título de exemplo, o n.º 1 *in fine* do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio (regime de utilização dos recursos hídricos) expressamente estabelece que as obras e construções “se mantêm na propriedade privada do titular da licença ou da concessão até expirar o respectivo prazo”.

As obras, equipamentos e construções realizadas pelo titular do direito de utilização privativa de um bem dominial são objecto de um efectivo direito de propriedade inscrito na sua esfera jurídica, embora marcado pela sua sujeição a termo resolutivo (uma vez que se extingue no termo do prazo fixado no título de utilização privativo) e a condição resolutiva (no caso de extinção antecipada do título de utilização).

A propriedade temporária é uma figura sobejamente conhecida inclusive no âmbito do Direito civil, onde é admitida nos casos previsto na lei (n.º 2 do artigo 1307º do Código civil) e que está regulada, nomeadamente, a propósito do direito de superfície⁴⁴. Não constitui um mero acaso que a origem histórica do

43. A jurisprudência constitucional tem entendido que a reversão a título gratuito não implica qualquer inconstitucionalidade, por violação do direito de propriedade privada consagrado no n.º 1 e n.º 2 do artigo 62º da Constituição, por não se reconduzir a qualquer forma de expropriação ou requisição (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/2006, processo n.º 323/2005)

44. Cfr. ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, Almedina, 2016, pp. 585 e ss.

direito de superfície se filie na prática de atribuição de concessões perpétuas ou temporárias do direito de construção de edifícios em bens do domínio público do Estado⁴⁵. Aliás, o direito de superfície foi consagrada pela primeira vez na nossa ordem jurídica, precedendo o seu acolhimento e regulação no Código civil de 1966, no âmbito do Direito administrativo através da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, para efeitos de implementação de políticas públicas destinadas a promover a construção de edifícios para fins de habitação e uso comercial ou industrial e outros equivalentes em terrenos integrantes do domínio privado do Estado, das autarquias locais e das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa⁴⁶.

A figura do direito de superfície, como direito real menor face ao direito de propriedade, deve a sua autonomia à necessidade de viabilizar a sobreposição e coexistência de propriedades separadas sobre o mesmo prédio, impedindo a aplicação do regime da acessão, *i.e.*, a aquisição do direito de propriedade sobre o solo pelo titular do direito de propriedade da obra ou plantação de harmonia com o princípio clássico *superfície solo cedit*⁴⁷.

Quando o direito de superfície é constituído a título temporário, cumpre distinguir o 'direito de superfície' - que corporiza um direito real menor, que confere ao superficiário o poder de construir ou manter uma obra ou fazer e manter uma plantação 'sobre' ou 'sob' um imóvel - do 'direito de propriedade plena da obra ou plantação' - que resulta do exercício dos poderes conferidos pelo exercício do direito de superfície e se inscreve na esfera jurídica do superficiário como um direito de propriedade que é distinto e separado do 'direito de propriedade do solo'. Coexistem dois direitos de propriedade: o direito do proprietário do solo e o direito do superficiário sobre as obras e plantações. O direito de propriedade do titular do solo fica onerado com a constituição do direito de superfície mas não se extingue, sendo o estatuto de proprietário do solo o título que justifica o direito de exigir o pagamento da quantia convencionada como contrapartida da constituição do direito de superfície (o cânon superficiário) durante o prazo fixado e, no termo do prazo do direito de superfície, a aquisição do direito de propriedade da obra ou plantações por transferência *ope legis* determinada pela extinção do direito de superfície e consequente extinção do direito de propriedade temporária sobre a obra ou plantação.

O direito de utilização privativa de um bem dominial não pode nem deve ser assimilado ao direito de superfície uma vez que apresenta um conteúdo diverso ou mesmo mais amplo. Com efeito, pode traduzir-se no simples aproveitamento de um bem, sem realização de qualquer construção ou plantação ou sem utilização das infra-estruturas existentes, como sucede com o aproveitamento de água para rega, sendo neste ponto perfeitamente nítida a distinção entre o direito de utilização privativa e o direito de superfície. Pode ainda implicar direitos

45. Cfr. doutrina citada por ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, p. 688.

46. Sobre o direito de superfície sobre bens do domínio privado, cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, Comentário aos artigos 67º a 72º in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 295 e ss..

47. A acessão é um facto aquisitivo do direito de propriedade previsto na alínea d) do artigo 1317º e regulado nos artigos 1325º e ss. do Código civil.

e uso e fruição em condições de exclusividade que abrangem toda a parcela dominial que foi objecto de concessão, sem que se proceda necessariamente a uma distinção entre o solo (ou subsolo) e a superfície.

Todavia, a correcta compreensão do conteúdo do direito de utilização privativa de uma parcela dominial implica, à semelhança dos afinamentos dogmáticos mais recentes do direito de superfície⁴⁸, um claro e nítido recorte entre: (i) o direito de utilização privativa de um bem do domínio público; (ii) o direito de propriedade sobre as obras e equipamentos constituído no exercício da concessão de um título de utilização privativa; (iii) os direitos dominiais dos titulares do bem integrante do domínio público.

7. A transmissão e a oneração do direito de utilização privativa e sua distinção da transmissão e oneração do direito de propriedade sobre as obras, equipamentos e instalações e da transmissão da titularidade de bens dominiais

Afigura-se crucial proceder a uma distinção rigorosa entre a *transmissão do próprio bem dominial*, a *transmissão ou oneração do direito emergente da concessão* (o direito de utilização privativa do domínio público) e a *transmissão ou oneração das construções e obras* efectuadas pelos titulares de direitos de uso privativo da parcela dominial e que integram, como demonstrámos, a propriedade privada do concessionário durante o prazo fixado no título concessório.

A *transmissão de um bem classificado como bem do domínio público* apenas pode ser realizada através das figuras próprias do Direito administrativo, com subtracção ao comércio privado, por força do princípio da inalienabilidade consagrado no artigo 18º do RJPIP, que prescreve que “os imóveis do domínio público estão fora do comércio jurídico, não podendo ser objecto de direitos privados ou de transmissão por instrumentos de direito privado”. A sua oneração também está vedada, não sendo admitida a constituição de direitos pessoais (v.g. comodato e arrendamento) ou de direitos reais de gozo (v.g. usufruto e propriedade) nem a constituição de direitos reais de garantia sobre bens do domínio público, por negócio jurídico privado ou por acto administrativo, sob pena de nulidade⁴⁹.

48. Alguns autores grassam ainda em alguma confusão entre o direito de superfície, que tem por objecto um bem imóvel (um terreno ou construção, no caso particular da superfície de sobrelevação) e o direito de propriedade superficiária, que incide sobre as obras e plantações, confusão que se repercute no entendimento do alcance da oneração e transmissão relativamente aos dois direitos, quando devem analisadas de forma autónoma e separada consoante o que está em causa é a oneração do direito de superfície ou o direito de propriedade sobre as obras e plantações. Aderimos, assim, à posição preconizada por ALBERTO VIEIRA, *Direitos reais*, p. 693 e ss., afastando posições como as defendidas, nomeadamente, por PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II, 2ª edição, Coimbra editora, 1987, p. 602, em que a propósito da transmissibilidade do direito de superfície (artigo 1534º do Código civil) dão como exemplo o usufruto ou servidão sobre a construção realizada pelo superficiário, quando na verdade tal constitui uma oneração do direito de propriedade superficiária e não do direito de superfície.

49. Sobre o princípio da inalienabilidade e impenhorabilidade, cfr. FILIPE BRITO BASTOS,

Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma desclassificação legal ou de uma desafecção jurídica ou fáctica do bem em causa, caso em que este deixa de integrar o domínio público e de se sujeitar ao seu regime,⁵⁰ a transferência da titularidade de um bem dominial apenas pode efectivar-se através de uma ‘mutação dominial’. A *mutação dominial* consiste na transferência por lei, acto ou contrato administrativo da titularidade do bem em causa entre pessoas colectivas públicas com capacidade para serem titulares de bens dominiais (artigo 24º do RJPIP), a saber, o Estado, as Regiões autónomas ou as autarquias locais (artigo 15º do RJPIP). Poderá haver ainda lugar a uma transferência temporária de alguns dos poderes próprios do titular do bem dominial, sem que resulte afectada a titularidade do bem dominial, *maxime*, dos seus poderes de uso e fruição, no caso das *cedências precárias de utilização de bens dominiais* (artigo 23º do RJPIP) e das *concessões de utilização privativa do domínio público* (artigos 27º a 29º do RJPIP), ou mesmo de poderes de administração, defesa e disposição, que já pressupõem a transferência do exercício dos poderes de gestão dominial, apenas admissível no contexto da atribuição de concessões de exploração do domínio público (artigo 30º do RJPIP).

Distinta é a situação prevista no n.º 3 do artigo 28º do RJPIP, o qual estabelece que o “direito resultante da concessão pode constituir objecto de actos de transmissão entre vivos e de garantia real, de arresto, de penhora ou de qualquer outra providência semelhante desde que precedidos de autorização expressa da entidade concedente”. Como é evidente, não é o bem do domínio público que pode ser objecto destes actos de transmissão e oneração típicos do direito privado mas apenas e tão só o título que atribui o direito de utilização privativa do domínio público (acto ou contrato).

A alínea d) do artigo 688º do Código civil desde há muito que dispõe que pode ser hipotecado o “direito resultante de concessões em bens do domínio público, observadas as disposições legais relativas à transmissão dos direitos concedidos”⁵¹. Esta disposição, contudo, era interpretada por alguma doutrina como se referindo apenas à admissibilidade de hipotecar os edifícios e construções implantados em domínio público e não o próprio direito de uso privativo do domínio público⁵².

A verdade é que o n.º 3 do art. 28º do RJPIP é bem claro quando explicita que é o “*direito resultante da concessão*” que pode constituir objecto de actos de transmissão ou oneração nos termos gerais do Direito privado. Destarte, admite-se hodiernamente que o direito de uso e fruição do domínio público tem, em si mesmo, valor patrimonial, não existindo assim qualquer impedimento ao seu

Comentários ao artigo 18º e artigo 20º, in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 114 e ss e pp. 129 e ss., respectivamente.

50. Sobre a desclassificação legal e a desafecção, expressa e tácita, cfr. MARCO CAPITÃO FERREIRA/JORGE PAÇÃO, *Comentário ao artigo 17º*, in JOÃO MIRANDA *e al.*, *Comentário*, pp. 107 e ss.

51. Em termos análogos, a alínea d) do n.º 1 do artigo 668º do Código civil prevê a hipoteca do direito de superfície.

52. Cfr. neste sentido MARCELLO CAETANO, *Manual*, II, pp. 944-945.

tratamento como um bem de valor económico. A sua transmissão ou oneração não prejudica o princípio da inalienabilidade (artigo 18º do RJPIP) e o princípio da impenhorabilidade absoluta dos bens do domínio público (artigo 20º do RJPIP), uma vez que incide apenas sobre o direito de uso privativo do domínio público, titulado por acto ou contrato e não sobre o bem dominial.

Ainda assim, tendo presente a natureza *intuitus personae* das concessões dominiais e que aquelas operações acabam por ter repercussões no uso privativo de um bem dominial (v.g. no caso de transmissão entre vivos ou *mortis causa* afigura-se relevante aferir da capacidade técnica ou financeira do novo concessionário), estão sujeitas a autorização prévia da administração, sob pena de nulidade dos actos praticados (n.º 3 e n.º 4 do artigo 28º do RJPIP).

Esta conclusão é corroborada pela disciplina da transmissão dos títulos de utilização privativa de bens dominiais em legislação especial. Emblemática é a legislação sobre o domínio público hídrico, em que a “*transmissão dos títulos de utilização*” dos recursos hídricos é regulada no art. 72º da Lei da água (Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro) e no art. 26º do regime da utilização dos recursos hídricos (Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio). Estabelece-se que o título de utilização privativa é transmissível desde que se mantenham os requisitos que presidiram à sua atribuição, ficando por esse efeito o adquirente sub-rogado em todos os direitos e deveres do cedente enquanto durar o prazo do respectivo título de utilização (n.º 1 do artigo 26º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio). A transmissão do título de utilização privativa está, consoante os casos, condicionada a um *mero dever de comunicação* (o título de utilização é transmissível, como elemento da exploração agrícola ou do estabelecimento comercial ou industrial em que se integra no caso de *trespasse*⁵³ ou quando se verifique uma transmissão de participações sociais que assegurem o domínio de sociedade detentora do título, nos termos previsto no n.º 1 e n.º 2 do artigo 72º da Lei da água), a *prévia verificação ou registo*, quando se institua para certa bacia hidrográfica a possibilidade de serem transacionados títulos de utilização de água, tal como estabelecido no n.º 4 do artigo 72º da Lei da água ou, residualmente, nos restantes casos, a *autorização*, que veio a constituir a regra geral fixada no n.º 3 do artigo 28º do RJPIP.

Cumpre frisar que o artigo 72º da Lei da Água e o artigo 26º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007 não distinguem a transmissão da licença (acto administrativo) ou da concessão (contrato administrativo) da utilização privativa do domínio público, submetendo-a a um regime unitário, designadamente sujeitando a transmissão do título de utilização no contexto de *trespasse* de estabelecimento comercial, agrícola ou industrial a mera comunicação, sem necessidade de obtenção de autorização prévia. A verdade é que o regime geral dos contratos administrativos exige que a cessão da posição contratual seja objecto de uma autorização do contraente público (art. 319º do Código dos Contratos públicos, doravante,

53. Em nosso entender, como se explanará, quando se trate de uma simples locação de estabelecimento, por definição temporária, é de admitir a constituição de um direito real de gozo sem necessidade de transmissão do título de utilização privativa.

CCP). Ora, esta autorização só pode concedida se o cedente comprovar que o cessionário – o terceiro para o qual se pretende transmitir o título – possui as habilitações e a capacidade técnica e financeira que eventualmente foram exigidas ao cocontratante originário (n.º 1 do artigo 316º e n.º 1 do artigo 319º do CCP), pelo que se deve entender que a legislação dos recursos hídricos deve ser complementada com o regime previsto no CCP, afigurando-se necessária a obtenção de uma autorização para a celebração de um contrato de cessão da posição contratual emergente do título contratual de utilização privativa⁵⁴.

Uma terceira constelação de casos deve ser distinguida das duas anteriores. Quando esteja em causa a *transmissão ou oneração das construções e obras* efectuadas pelos titulares de direitos de uso da parcela dominial, essas operações, porquanto incidentes sobre edificações ou instalações que integram a propriedade privada do titular do direito de utilização privativa do bem dominial, estão no comércio jurídico civil e são regidas pelo regime de Direito privado. Durante o prazo de vigência do título de utilização privativa do domínio público as obras e instalações podem ser objecto de contratos de arrendamento e outras formas de alienação e oneração próprias do Direito privado, embora seja frequente que se estabeleçam alguns condicionamentos quanto à possibilidade da sua transmissão ou oneração por legislação especial. Retomando o exemplo do regime dos bens integrantes do domínio público hídrico, o n.º 7 do artigo 4º do Decreto-lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio (regime de utilização dos recursos hídricos) prescreve que as “obras e os edifícios construídos em terrenos dominiais não podem ser alienados, directa ou indirectamente, nem onerados ou hipotecados sem autorização da autoridade competente para o licenciamento da utilização dos recursos hídricos, sob pena de nulidade do acto de transmissão ou oneração (n.º 8 do artigo 4º). Em nosso entender, o n.º 3 e n.º 4 do artigo 28º do RJPIP, ao imporem a necessidade de prévia autorização expressa da entidade concedente, sob pena de nulidade dos actos de transmissão entre vivos e de garantia real, de arresto, de penhora ou de qualquer outra providencia semelhante que tenham por objecto “o direito resultante da concessão”, devem ser alvo de uma interpretação extensiva, abrangendo não apenas a transmissão e oneração do direito de utilização privativa titulado por acto ou contrato mas também a transmissão ou oneração das construções e obras efectuadas pelos titulares de direitos de uso da parcela dominial.

Uma questão relevante que se suscita é a de saber se a transmissão e oneração das obras e instalações pressupõe e implica necessariamente a transmissão do título de utilização privativo.

FREITAS DO AMARAL pronunciou-se em sentido afirmativo, à luz do regime anteriormente vigente estabelecido no Decreto-Lei n.º 468/71, uma vez que considerava que a utilização das construções implantadas em terrenos do domínio público hídrico não se distingue do próprio uso privativo do terreno dominial, não sendo possível dissociar a titularidade do acto ou contrato que concede o direito

54. Neste sentido, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, “A utilização do domínio público por particulares”, in AAVV, *Direito da água*, Faculdade de Direito de Lisboa e ERSAR, 2013, pp. 215.

de utilização privativa e a propriedade sobre as obras e instalações implantadas em domínio público⁵⁵.

Em nosso entender, impõe-se adoptar uma concepção menos rígida e mais favorável à rentabilização dos bens do domínio público. Não se vislumbra a razão para negar, por exemplo, em situações em que não se pretenda proceder ao trespasso do estabelecimento comercial ou industrial ou da exploração agrícola – conceito que pressupõe a transferência ‘definitiva’ do estabelecimento – a admissibilidade da transferência temporária e onerosa do gozo de um prédio ou de parte dele, em conjunto com a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado (figura jurídica designada de ‘Cessão de Exploração de Estabelecimento Comercial’, ou ‘Locação de Estabelecimento’, actualmente regulada no n.º 1 do artigo 1109º do Código Civil).

Existem razões legítimas e fundadas para sustentar que o titular originário da licença ou concessão de uso privativo pode ter interesse em que não se opere a transmissão do título de utilização privativa, continuando a ser responsável perante a administração concedente pelo pagamento das taxas e outras obrigações decorrentes daquele título. Considerar que a locação do estabelecimento envolve, como consequência necessária, a transmissão do título de utilização privativa equivale a impor que o locatário ocupe a posição do primitivo titular, que deixa de ter qualquer relação com o bem em causa ou a entidade competente (n.º 1 do artigo 26º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio). Ora, o titular originário pode ter um interesse legítimo na manutenção do estatuto de utente da utilização privativa, para efeitos, nomeadamente, de poder retomar, findo o termo da cessão de exploração de estabelecimento comercial, a exploração directa do estabelecimento ou eventualmente tornar a celebrar uma nova cessão de exploração.

Pronunciamo-nos, por conseguinte, pela admissibilidade de uma dissociação entre a titularidade do acto ou contrato que concede o direito de utilização privativa e a propriedade sobre as obras e instalações implantadas em domínio público. Se, porventura, a entidade concessionária considerar que existem razões de interesse público que obstam a essa dissociação, dispõe sempre do poder de recusar a autorização da transmissão ou oneração das obras e instalações para um terceiro desacompanhada da transmissão do título de utilização privativa do bem dominial, o que nos parece uma solução equilibrada para todos os interesses em presença.

55. FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público*, pp. 224 e 225 .