



ASSUNTO:	Da possibilidade de constituição de direito de superfície sobre terreno da freguesia	
Parecer n.º:	INF_DSAJAL_LIR_3351/2019	
Data:	05.04.2019	

Pelo Ex^o Senhor Presidente de Junta de Freguesia foi solicitado parecer acerca da possibilidade de constituição do direito de superfície sobre um terreno da freguesia.

Em concreto, foi apresentada a seguinte situação:

“A freguesia de (...), tem a oportunidade de captar investimento privado no domínio do Turismo da Natureza de cerca de um milhão de euros com a inerente criação de postos de trabalho.

O investidor privado necessita que a Freguesia lhes disponibilize um terreno rústico, sua propriedade, de forma a que em conjunto com outro terreno propriedade do investidor possa acolher o investimento.

A forma encontrada para viabilizar o investimento foi a constituição do direito de superfície por trinta anos recebendo a freguesia em contrapartida uma renda simbólica de quinhentos euros /anuais.

Porque alguns dos membros da Assembleia de Freguesia questionaram a legalidade do ato...”.

Na sequência de uma solicitação desta Direção de Serviços, com intuito de ser questionado “o Município de (...) sobre as condicionantes legais que incidem sobre o terreno no qual se pretende constituir o direito de superfície”, veio o Senhor Presidente alegar que as “questões urbanísticas e de ordenamento do território, nomeadamente as restrições ao local associadas, são questões que paralelamente o promotor está a resolver, tendo já submetido a parecer da CCDRN-núcleo de (...), uma proposta de projecto de execução, proposta que mereceu um parecer técnico, já foram apresentadas as correcções solicitadas, e está em apreciação, aguardando-se a todo o momento a sua aprovação. Também o município de (...) está a acompanhar a situação e aprovará o projecto quando todas as Entidades Exteriores se pronunciarem favoravelmente nos termos da lei. De resto, não pode ser de outra forma. A freguesia de (...) não concluirá o procedimento se o promotor não obtiver todos os pareceres para que o projecto possa ser executado em conformidade com a lei.

O pedido de parecer jurídico tem como objectivo, apenas, saber se o procedimento que se iniciou está conforme com a legislação em vigor, não relevando para o caso as condições em que se encontra em termos de ordenamento do território.”

Face a esta informação, confirmámos que o promotor formalizou o pedido de parecer relativo ao referido projeto, junto da competente Estrutura Sub-regional desta Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional.

Cumpra, pois, informar:

I – Os números 1 e 3 do art.º 238º da CRP estabelecem que as “*autarquias locais têm património e finanças próprios*” e que as “*receitas próprias das autarquias locais incluem obrigatoriamente as provenientes da gestão do seu património e as cobradas pela utilização dos seus serviços.*”

Nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 7º do anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro¹, as freguesias dispõem de atribuições, designadamente, nos domínios do equipamento rural e urbano, educação, cultura, tempos livres e desporto, desenvolvimento, ordenamento urbano e rural e proteção da comunidade.

No entanto, para levarem a cabo estas atribuições, são conferidos aos órgãos da freguesia - assembleia e junta - um conjunto de poderes funcionais, sendo-lhes vedada a prática de atos que não se enquadrem nas competências previstas expressamente nas normas constantes desta Lei (ou de legislação avulsa).

Assim, teremos de verificar se a situação em análise se insere nas competências que estão cometidas aos órgãos das freguesias no anexo I à Lei n.º 75/2013 e, em concreto, se alguma norma acolhe a possibilidade de constituição do direito de superfície. Ora:

a) As regras que presidem à aquisição, alienação e oneração de bens imóveis estão previstas na alínea e) do n.º 1 do art.º 9º² e nas alíneas c) e d) do n.º 1 do art.º 16º³ do anexo I à Lei n.º 75/2013;

b) O art.º 16º n.º 1, alínea ii), estabelece como sendo competência da junta de freguesia a administração e conservação do património da freguesia, cabendo à assembleia de freguesia estabelecer, para o efeito, as

¹ Alterada pela Lei n.º 25/2015, de 30 de março, pela Lei n.º 69/2015, de 16 de julho, pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro e pela Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto.

² Que determina que compete à assembleia de freguesia, sob proposta da junta de freguesia “*autorizar a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis de valor superior ao limite fixado para a junta de freguesia e definir as respetivas condições gerais, podendo determinar o recurso à hasta pública.*”

³ Que estabelecem como competência da junta de freguesia, respetivamente, “*adquirir, alienar ou onerar bens imóveis de valor até 220 vezes a remuneração mínima mensal garantida (RMMG) nas freguesias até 5000 eleitores, de valor até 300 vezes a RMMG nas freguesias com mais de 5000 eleitores e menos de 20 000 eleitores e de valor até 400 vezes a RMMG nas freguesias com mais de 20 000 eleitores*” e “*alienar em hasta pública, independentemente de autorização da assembleia de freguesia, bens imóveis de valor superior aos referidos na alínea anterior, desde que a alienação decorra da execução das opções do plano e a respetiva deliberação tenha sido aprovada por maioria de dois terços dos membros da assembleia de freguesia em efetividade de funções*”

necessárias normas gerais (cfr. alínea b) do n.º 2 do art.º 9.º), tendo presentes os princípios da boa administração, da equidade, da concorrência, da transparência, da proteção, da colaboração e da responsabilidade, constantes dos artigos 3.º, 5.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º e 11.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP), aprovado pelo DL n.º 280/2007, de 7 de agosto⁴.

II – No caso presente, pretende-se constituir o direito de superfície sobre terrenos da titularidade da freguesia a favor de uma investidora privada, a fim de que esta proceda “à criação de estacionamento público, manutenção do polidesportivo existente, requalificação do edifício dos balneários, criação e manutenção de zonas de estar, parque infantil, parque de merendas, espaço lúdico, relvado e acesso ao parque de campismo/caravanismo.”

Ora, o artigo 1524.º do Código Civil (CC) estabelece que “o direito de superfície consiste na faculdade de construir, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”. Por seu turno, o art.º 1527.º do CC estatui que “o direito de superfície constituído pelo Estado ou por outras pessoas colectivas públicas em terrenos do seu **domínio privado** fica sujeito a **legislação especial** e, subsidiariamente, às disposições deste código”. (negritos nossos)

Por conseguinte, no caso presente, a resposta à questão colocada pressupõe que se indague se o terreno sobre o qual se pretende constituir o direito de superfície se insere no domínio público ou no domínio privado da freguesia (e, dentro deste, no domínio privado disponível ou indisponível), o que desconhecemos, sendo que as dúvidas que se nos levantam decorrem, desde logo, do facto de o terreno confinar com um ribeiro e com um caminho público e ainda da circunstância de se tratar de um terreno adquirido pela Junta de Freguesia em 1999, qualificado como “Parque (...)” e que, segundo alguns membros da assembleia de freguesia, se encontra dotado de “caraterísticas naturais de exceção”, possuindo desde então “grande atividade, nomeadamente, na promoção de atividades lúdicas, recreativas e desportivas”, embora “nos últimos cinco anos não lhe” tenha sido “dada grande importância para a dinamização das diversas atividades da freguesia”.⁵

Assim, o n.º 1 do art.º 84.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) determina que pertencem “ao domínio público:

⁴ Alterado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro; Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro; DL n.º 36/2013, de 11 de março; Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro e Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

- a) **As águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos;**
- b) As camadas aéreas superiores ao território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário;
- c) Os jazigos minerais, as nascentes de águas mineromedicinais, as cavidades naturais subterrâneas existentes no subsolo, com excepção das rochas, terras comuns e outros materiais habitualmente usados na construção;
- d) **As estradas;**
- e) As linhas férreas nacionais;
- f) **Outros bens como tal classificados por lei.”**

Ora, da conjugação do consignado na alínea f) do n.º 1 e n.º 2 do art.º 84º e na alínea v) do n.º 1 do art.º 165º da CRP com o art.º 14º do RJPIP (aprovado pelo já referido DL n.º 280/2007, de 7 de agosto) decorre que são imóveis do domínio público os “classificados pela Constituição ou por lei, individualmente ou mediante a identificação por tipos.”⁶

⁵ In ata da assembleia de freguesia, de 21 de fevereiro de 2019.

⁶ Vd. ainda o DL n.º 477/80, de 15 de outubro, que criou o inventário geral do património do Estado e é “aplicado com as necessárias adaptações às autarquias locais”, elencando no seu artigo 4.º os bens que integram o domínio público.

Conforme se defende no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (PGR) P000071999, publicado no DR de 02/12/1999: «As autarquias têm (...) património próprio, isto é, «gozam de capacidade para adquirir e fruir de bens, móveis ou imóveis (autonomia patrimonial). O património tanto pode incluir bens sujeitos ao domínio privado como ao domínio público (bens do domínio público das autarquias).» Por outro lado, que concerne à definição e características dos bens integrados no domínio público, o Conselho Consultivo da PGR, no Parecer n.º P000102006, de 16-06-2008, publicado no DR, IIª série, de 21-07-2008⁶, defende o seguinte: “É a seguinte a **definição de domínio público** que, numa aceção objectiva, nos é dada por JOSÉ PEDRO FERNANDES[7]: **«conjunto das coisas que, pertencendo a uma pessoa colectiva de população e território, são submetidas por lei, dado o fim de utilidade pública a que se encontram afectadas, a um regime jurídico especial caracterizado fundamentalmente pela in comerciabilidade em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública».**

No regime de in comerciabilidade pelos modos próprios do direito privado[8] estão implicadas a **inalienabilidade, a impenhorabilidade e a “imprescritibilidade”** (esta no sentido de não serem susceptíveis de usucapião), **que constituem traços caracterizadores deste regime dominial e que decorrem da teleologia que lhe subjaz, ou seja, da afectação a fins de interesse público.**

A doutrina divide-se quanto à natureza jurídica dos poderes que a Administração exerce sobre os bens do domínio público, sendo maioritária a corrente que considera tratar-se de um direito de propriedade (pública); neste sentido, MARCELLO CAETANO[9] apontava-lhe os seguintes traços caracterizadores: «a) O sujeito de direito é sempre uma pessoa colectiva de direito público; b) O direito de propriedade pública é exercido para produção do máximo de utilidade pública das coisas que formam o seu objecto, conforme a lei determinar; c) O uso das coisas públicas traduz-se na utilização por todos ou em benefício de todos; d) A fruição nuns casos confunde-se com o uso, noutros é independente dele e consiste na faculdade de cobrar taxas pela utilização dos bens, ou na colheita dos seus frutos naturais; e) As coisas públicas são in comerciáveis como tais pelos processos de Direito Privado, mas comerciáveis segundo os processos de Direito Público; f) Relativamente a terceiros, o proprietário exerce o jus excluendi alios por meio de actos administrativos definitivos e executórios, isto é, usando a sua própria autoridade e independentemente de recurso a tribunais».(...)”.

De facto, tal como defende Ana Raquel Gonçalves Moniz⁷, o domínio público é composto pelas “coisas submetidas, com fundamento em determinado critério, a um regime distintivo jurídico-publicístico”, sendo caracterizado pela “insusceptibilidade (...) para constituir objeto de relações jurídicas privadas.”

No entanto, a mesma Autora refere⁸ que “nem todos os bens da Administração Pública integram o domínio público. Se (...) o domínio público é definido de forma positiva, o domínio privado assume natureza residual: numa palavra, integram o domínio privado todas as coisas da propriedade da Administração pública que se não incluem no domínio público (ou, se preferirmos, não estão submetidas ao estatuto da dominialidade).”⁹

Assim, o n.º 2 do art.º 84º da CRP determina que a “lei define quais os bens que integram o domínio público do Estado, o domínio público das regiões autónomas e o domínio público das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites.”

Nesta conformidade, ao “reconhecer a existência de um domínio público local, a Constituição assume, sem margem para hesitações, que cabe às autarquias locais a satisfação de determinadas utilidades públicas que justificam a aplicação do regime dominial aos bens que permitem essa satisfação.”¹⁰

Embora a doutrina não seja unânime neste aspeto, tem-se entendido que são bens do domínio público das freguesias os que se inserem no seu domínio hídrico¹¹ e de circulação/rodoviário¹², abrangendo ainda os cemitérios públicos¹³ da titularidade desta autarquia.

⁷ In *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume V, pág. 14 e 135 .

⁸ Ob. cit. pág. 17.

⁹ Bernardo Azevedo, in “*Tratado de Direito Administrativo Especial*”, Almedina, 2010, Vol. III, pág.46, refere que o “domínio privado é formado pelo conjunto de bens pertencentes a entidades públicas que estão, em princípio, ainda que não exclusivamente, sujeitos ao regime de propriedade estatuído na lei civil e, conseqüentemente, submetidos, sem prejuízo das derrogações de direito público em cada caso aplicáveis, ao comércio jurídico privado.”

¹⁰ Como explicou Jorge Pação na ação de formação que decorreu em novembro de 2018 no IGAP, sobre “*Domínio público e domínio privado das autarquias locais*” (cfr. PowerPoint apresentado sobre o domínio público).

¹¹ De acordo com o art.º 2º da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro (retificada pela Declaração de Retificação n.º 4/2006, de 11/01 e alterada pela Lei n.º 78/2013, de 21/11, pela Lei n.º 34/2014, de 19/06 e pela Lei n.º 31/2016, de 23/08), o domínio público hídrico compreende o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas, sendo que o domínio público hídrico pode pertencer ao Estado, às Regiões Autónomas e aos municípios e freguesias.

Assim, acordo com o mesmo diploma, o domínio público marítimo pertence ao Estado. Por seu turno, em matéria de “*Titularidade do domínio público lacustre e fluvial*”, o art.º 6º esclarece:

1 - O domínio público lacustre e fluvial pertence ao Estado ou, nas regiões autónomas, à respetiva região.

2 - Sem prejuízo do domínio público do Estado e das regiões autónomas, pertencem ainda:

a) Ao domínio público hídrico do município os lagos e lagoas situados integralmente em terrenos municipais ou em terrenos baldios e de logradouro comum municipal;

b) Ao domínio público hídrico das freguesias os lagos e lagoas situados integralmente em terrenos das freguesias ou em terrenos baldios e de logradouro comum paroquiais.”(negritos nossos)

Por último, os art.ºs 7º e 8º do mesmo diploma acrescentam:

Artigo 7.º

Domínio público hídrico das restantes águas

O domínio público hídrico das restantes águas compreende:

- a) Águas nascidas e águas subterrâneas existentes em terrenos ou prédios públicos;
- b) Águas nascidas em prédios privados, logo que transponham abandonadas os limites dos terrenos ou prédios onde nasceram ou para onde foram conduzidas pelo seu dono, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas;
- c) Águas pluviais que caem em terrenos públicos ou que, abandonadas, neles corram;
- d) Águas pluviais que caem em algum terreno particular, quando transpuserem abandonadas os limites do mesmo prédio, se no final forem lançar-se no mar ou em outras águas públicas;
- e) Águas das fontes públicas e dos poços e reservatórios públicos, incluindo todos os que vêm sendo continuamente usados pelo público ou administrados por entidades públicas.

Artigo 8.º

Titularidade do domínio público hídrico das restantes águas

1 - O domínio público hídrico das restantes águas pertence ao Estado ou, nas Regiões Autónomas, à Região, no caso de os terrenos públicos mencionados nas alíneas a) e c) do artigo anterior pertencerem ao Estado ou à Região, ou no caso de ter cabido ao Estado ou à Região a construção das fontes públicas.

2 - Sem prejuízo do domínio público do Estado e das regiões autónomas, **o domínio público hídrico das restantes águas pertence ao município e à freguesia conforme os terrenos públicos mencionados nas citadas alíneas pertençam ao concelho e à freguesia** ou sejam baldios municipais ou paroquiais ou consoante tenha cabido ao município ou à freguesia o custeio e administração das fontes, poços ou reservatórios públicos.

¹² Conforme se defende no Parecer da CCDR Centro DSAJAL 51/16, de 09/03/2016: “os caminhos vicinais são os que normalmente se destinam ao trânsito rural e se encontram a cargo das juntas de freguesia dos locais onde se situem (artigo 7.º, als. b) e c), do Decreto-Lei n.º 34593 e n.º 10 do artigo 253.º do Código Administrativo [norma que nada diz se deva entender como revogada]). Porque o Decreto-Lei n.º 34593 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 380/85, de 25 de Setembro (2º Plano Rodoviário Nacional) e, como se diz no Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 20 de Novembro de 2014^[16], porque a matéria dos caminhos vicinais se encontrava omissa no diploma revogatório, por despacho de 4-2-2002 do então Secretário de Estado da Administração Local foi entendido o seguinte:

Apesar de o Decreto-Lei n.º 34593, de 11 de Maio de 1945 (cujo artigo 6º classificava os caminhos públicos em municipais e vicinais) ter sido expressamente revogado pelo D.L. n.º 380/85, de 29/9, que aprovou o Plano Rodoviário Nacional (e que foi por sua vez revogado pelo D.L. n.º 222/98, de 17 de Julho), resulta da aplicação do Decreto-Lei n.º 42271, de 31 de Maio de 1959 (o “plano das estradas municipais”) e do Decreto-Lei n.º 45552, de 30 de Janeiro de 1964 (o “plano das estradas municipais”), e através de um argumento “a contrario sensu”, que deverão ser considerados vicinais, e portanto sob jurisdição das respetivas Juntas de Freguesia, todos os caminhos públicos que não forem classificados como municipais.

Temos assim, portanto, tal como se sustenta nesse acórdão, ainda que relativamente a uma situação ocorrida em 1993, mas que nem o decurso do tempo nem as posteriores alterações legislativas tornaram desactual, a actividade de administrar, dispor e desafetar (por motivos de interesse público) os caminhos públicos vicinais (...) [cabe] às freguesias e não aos municípios – pelo que qualquer alteração que a eles se refira (...) deverá correr seus termos não na câmara municipal mas sim na junta de freguesia e respectiva assembleia.”

No sentido da “inexistência de um domínio público rodoviário da freguesia”, vd. Ana Raquel Gonçalves Moniz, ob. cit. pág.80.

¹³ No Acórdão da Relação de Guimarães, de 11-09-2012, relativo ao processo 29/09.3TBVVD.G1¹³, pode ler-se o seguinte: “ (...) No acórdão do STA de 06.03.202, Procº 046143, www.dgsi.pt, refere-se que os **cemitérios públicos são bens integrados no domínio público possuídos e administrados** pelos municípios e **freguesias** encontrando-se afectos ao uso directo, imediato e privativo das pessoas e a afectação desse uso faz-se através de actos ou **contratos de concessão** daí resultando direitos reais administrativos os quais, porque se encontram subordinados ao direito administrativo, não são susceptíveis do uso, fruição e disposição próprias dos direitos reais privados (cfr ainda acórdão do STA de 15.11.2000, Procº 046025, e do STJ de 09.02.2006, Proc nº JSTJ000, www.dgsi.pt).” Vd. ainda Ana Raquel Gonçalves Moniz (ob.cit.pág.103 e seguintes) que defende que: “Não existe qualquer disposição legislativa que, de forma expressa, qualifique os cemitérios como bens do domínio público, o que não tem impedido a doutrina (...) e a jurisprudência (...) portuguesas de os tratar como coisas públicas, na titularidade das autarquias locais – em termos de, ousaríamos dizer, se reconhecer uma norma consuetudinária nesses sentido -, sem prejuízo da existência de cemitérios privados [cf. artigo 11º, nº 2, alínea b9 do Decreto-lei nº 411/98, de 30 de dezembro(...)]. E mais adiante conclui no sentido de nos depararmos, neste âmbito com um “exemplo característico de domínio público das autarquias locais

Resta-nos acrescentar que no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, relativo ao processo n.º 0239/15, de 9.11.2017¹⁴, se defende que a “dominialidade foi tratada na doutrina à luz dos critérios da “classificação” [sustenta Freitas do Amaral que a mesma se traduz no “ato pelo qual se declara que uma certa e determinada coisa reúne os caracteres próprios de cada classe legal de bens dominiais ...” in: “Dicionário Jurídico da Administração Pública”, 2.ª edição, vol. II págs. 439 e segs.] e da “afetação” [implicaria quer um ato, quer uma prática consagrando o bem à efetiva produção de utilidade].

IX. Nas palavras de Marcello Caetano deve “notar-se preliminarmente que a classificação de uma coisa como pública depende da lei. Só são coisas públicas as coisas assim classificadas pela lei” e de que “as coisas públicas são as coisas submetidas por lei ao domínio de uma pessoa coletiva de direito público e subtraídas ao comércio jurídico privado em razão da sua primacial utilidade coletiva”, sendo que a “... **atribuição do caráter dominial depende de um, ou vários, dos seguintes requisitos: a) existência de preceito legal que inclua toda uma classe de coisas na categoria do domínio público; (...) b) declaração de que certa e determinada coisa pertence a essa classe; (...) c) afetação dessa coisa à utilidade pública. (...) Não é forçoso que concorram estes três requisitos: um só pode bastar (...).** Na verdade: (...) - há bens cuja dominialidade depende apenas da genérica disposição da lei, completada, ou não, por meras operações de delimitação da parte sobre a qual se exercerão os direitos dominiais (ar atmosférico, águas marítimas ...); (...) - há coisas que entram no domínio depois de se verificar, por lei ou ato administrativo, possuírem o atributo típico da classe genericamente considerada dominial (classificação de uma via férrea como de interesse público, de uma água como mineromedicinal, de um museu como nacional, etc.); (...) - finalmente, quanto outras coisas pertencentes a uma categoria que a lei considera do domínio público, a integração em cada caso concreto depende de um ato especial de afetação, isto é, de **aplicação do imóvel ao fim de utilidade pública justificativo da dominialidade** (abertura ao público do uso de uma estrada ou de uma linha telegráfica). (...) **A afetação não é incompatível com a classificação: muitas vezes à classificação segue-se, completadas as obras necessárias, a afetação ao uso público, por ato administrativo ou por mero facto, dos bens classificados ...**” [in: ob. cit., págs. 880/881 e 921].

X. Sustentou-se por seu turno no acórdão deste Supremo de 08.09.2011 [Proc. n.º 0267/11 - atrás citado] que “... **a atribuição do caráter público dominial a um bem resulta não da forma ou das circunstâncias da sua aquisição, mas da verificação de um dos seguintes requisitos: (I) da existência de norma legal que o inclua numa classe de coisas na categoria do domínio público,**

(município e freguesia), às quais compete a respectiva administração e gestão”, acrescentando ainda que “não existem dúvidas sobre a titularidade de cemitérios por parte da freguesia”, conforme decorre atualmente das alíneas gg) e ll) do n.º I do art.º 16º do anexo I à Lei n.º 75/2013.

¹⁴

Acessível

em

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a4c5f11c970cc965802581d9003564de?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,direito,de,superf%C3%ADcie#_Section1

(2) de ato que declare que certa e determinada coisa pertence a esta classe e (3) da afetação dessa coisa à utilidade pública, sendo que esta afetação tanto pode resultar de um ato administrativo formal (decreto ou ordem que determine a abertura, utilização ou inauguração), como de um mero facto (a inauguração) ou de uma prática consentida pela Administração em termos de manifestar a intenção de consagração ao uso público (...). (...) Todavia, o facto das coisas públicas não poderem ser objeto de contratos de direito civil, nem reduzidas à propriedade privada ou ser objeto de posse civil não significa que elas não possam ser subtraídas ao domínio público e integradas no domínio privado e que, na sequência desta alteração, não possam ser objeto de atos de comércio. Ou seja, a lei não impede a alteração do regime de dominialidade das coisas públicas, alteração que se fará através da desafetação do bem integrado no domínio público e da sua integração no domínio privado, mas neste caso essa alteração tem de obedecer às normas legais que a consentem, designadamente as que respeitam à competência do órgão para a fazer ...” [vide, igualmente, o Ac. deste Tribunal de 26.06.2014 - Proc. n.º 01174/12].” (negritos nossos)

Tendo em consideração o exposto, no caso presente, se estiverem em causa bens imóveis integrados **no domínio público** da freguesia¹⁵, os mesmos encontram-se excluídos do comércio jurídico-privado¹⁶ (cfr. art.º 18º do DL n.º 280/2007 e 202º n.º 2 do Código Civil), em virtude da sua primacial utilidade pública¹⁷, para além de estarem sujeitos aos princípios da imprescritibilidade (art.º 19º do DL n.º 280/2007), impenhorabilidade (art.º 20º do DL n.º 280/2007) e autotutela (art.º 21º do DL n.º 280/2007).

Assim, conforme já informou esta Direção de Serviços na Informação de 2005.01.II, relativa ao processo 2001.06.05.3251, reportando-se aos bens do domínio público: “Nesta condição, não podem estes bens ser objecto de qualquer tipo de contrato que diminua ou fragilize o seu destino fulcral, pelo que se encontra

¹⁵ O art.º 15º do DL n.º 280/2007 determina que a titularidade dos imóveis do domínio público pertence ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais e abrange poderes de uso, administração, tutela, defesa e disposição nos termos deste decreto-lei e demais legislação aplicável.

¹⁶ Porém, os bens integrados no domínio público podem, em abstrato, ser objeto de desafetação, conforme determina o art.º 17º do DL n.º 280/2007. De facto, tal como tem entendido esta Direção de Serviços, para “submeter ao comércio jurídico bens dominiais”, estes teriam “de ver previamente alterada a sua natureza - i.e., de perder a sua natureza pública e de adquirir natureza privada - mediante recurso à figura da desafetação, pela qual tal terreno passaria a integrar o património privado da freguesia. **A desafetação só poderá, no entanto, ocorrer como consequência do desaparecimento do fim de utilidade pública a que o terreno se encontrava destinado.**” (negritos nossos)

¹⁷ Marcello Caetano ensina que «a utilidade pública consiste na aptidão das coisas para satisfazer necessidade colectivas».

afastada desde logo a possibilidade de alienação de tais bens. **Igualmente será de arredar a hipótese de a freguesia ceder o direito de superfície sobre tal bem.**^{18/19}

É que, como é consabido e decorre do artigo 1524º do Código Civil, “o direito de superfície consiste na faculdade de construir, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”. Sendo certo que, nos termos do artigo 1527º do mesmo normativo, “o direito de superfície constituído pelo Estado ou por outras pessoas colectivas públicas em terrenos do seu domínio privado fica sujeito a legislação especial e, subsidiariamente, às disposições deste código”.

E a lei especial é a Lei dos Solos (...) que introduz especialidades no direito de superfície.”

Ora, a Lei dos Solos corresponde atualmente à Lei nº 31/2014, de 30 de maio^{20/21} que determina o seguinte, no que concerne a esta temática:

¹⁸ Negritos nossos.

¹⁹ O mesmo sucederá, na prática, se se tratar de um imóvel inserido no domínio privado indisponível da freguesia. Na verdade, tal como tem entendido esta Direção de Serviços, em parecer que acompanhamos de perto, estes bens “estão afetos à prossecução do interesse público e desempenham um papel fundamental na satisfação das necessidades coletivas, encontrando-se afetos aos fins de utilidade pública, obedecendo a um regime próximo dos bens do domínio público. «A indisponibilidade significa que nenhum acto jurídico por ser validamente praticado com prejuízo da finalidade a que os bens por ela atingidos estiveram afetados – nem a alienação ou a oneração, pela Administração, nem a penhora, pelos Tribunais (...) com a indisponibilidade não se pretende conferir aos bens a condição jurídica de inalienáveis em virtude da sua própria utilidade pública, como no domínio público: pretende-se tão-somente evitar que sejam desviados da afetação ao fim de utilidade pública, exterior aos bens que eles são chamados a servir” (CAETANO, Marcello, op. cit., pp. 969 e 970).»

(...) Assim, não obstante estarem integrados no domínio privado, estes bens estão sujeitos a algumas restrições, designadamente quanto à possibilidade de alienação ou oneração.

Contudo, o critério distintivo relativamente à classificação de bens de domínio privado como indisponível prende-se, essencialmente, com o fim a que se destinam. **Estando afetos a fins de utilidade pública, são considerados bens de domínio privado indisponível.”**

²⁰ Diploma que aprovou a Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo e foi alterado pela Lei nº 74/2017, de 16 de agosto.

²¹ A este propósito, vd. ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 9934/13.IT2SNT-A.LI.SI, de 12.07.2018 – disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3ac0371da621e183802582c80047384b?OpenDocument> – nos termos do qual “Importa distinguir, contudo, se o direito de superfície é constituído por particulares – em superfície civil – ou pelo Estado ou pessoas colectivas de direito público em terrenos do seu domínio privado – em superfície administrativa –, uma vez que o regime legal aplicável não é o mesmo. Na verdade, no primeiro caso, aplica-se o estatuído no Código Civil, enquanto, no segundo caso, tem aplicação legislação especial e, só subsidiariamente, o Código Civil (artigo 1527º deste diploma).

A possibilidade de constituição da superfície administrativa, apareceu regulada na Lei nº 2030, de 22 de Junho de 1948, cujo artigo 22º estabelecia: «Só o Estado, as autarquias locais e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa podem constituir, em terrenos do seu domínio privado, o direito de superfície», dispondo no artigo 25º ser possível constar, entre o mais, do título de constituição do direito de superfície a dependência de autorização do proprietário do solo para a alienação daquele direito (nº 1 al. b)).

“Artigo 30.º

Direito de superfície

1 - O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais podem constituir o direito de superfície sobre bens imóveis integrantes do seu **domínio privado** para a prossecução de finalidades de política pública de solos, nos termos da lei.

2 - **O direito de superfície é, em regra, constituído a título oneroso.**” (negritos nossos)

Por conseguinte, ao abrigo deste normativo, para que seja constituído o direito de superfície²² nas autarquias locais, é necessário que estejam em causa **bens do domínio privado da freguesia**, o que desconhecemos se sucede no caso presente. Para além disso, dever-se-á destinar à “*prossecução de finalidades de política pública de solos*”, salvaguardando-se os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público (corporizado na necessidade de promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respetivas populações) e é, em regra, constituído a título oneroso.

Acerca da constituição do direito de superfície sobre imóveis do domínio privado do Estado, regem ainda os artigos 67º a 72º do DL nº 280/2007^{23/24}, normativos que, não sendo diretamente aplicáveis à

Posteriormente, veio a Lei dos Solos, aprovada pelo DL nº 794/76, de 5 de Outubro, consagrar no artigo 5º que:

«1. Os terrenos já pertencentes à Administração (...) não podem ser alienados, salvo a pessoas colectivas de direito público e empresas públicas, devendo apenas ser cedido o direito à utilização, mediante a constituição do direito de superfície, dos terrenos destinados a empreendimentos cuja realização não venha a ser efectuada pela Administração.»

E, regulando o regime especial da superfície administrativa no capítulo IV, veio estabelecer no artigo 20º que:

«1. Na constituição do direito de superfície serão sempre fixados prazos para o início e conclusão das construções a erigir e serão adoptadas as providências que se mostrem adequadas para evitar especulação na alienação do direito.

2. Para os fins do disposto na última parte do número anterior poderá convencionar-se, designadamente, a proibição da alienação do direito durante certo prazo e a sujeição da mesma a autorização da Administração.

3. A Administração gozará sempre do direito de preferência, em primeiro grau, na alienação por acto inter vivos (...).»

Revogada pela Lei nº 31/2014, de 30 de Maio, a referida Lei dos Solos (DL nº 794/76, de 5 de Outubro), manteve, neste particular, o regime legal assim estabelecido, apesar das subsequentes alterações nela introduzidas pelo DL nº 313/80, de 19 de Agosto, pelo DL nº 400/84, de 31 de Dezembro, e pelo DL nº 307/2009, de 23 de Outubro.

Esse regime legal especial tinha «subjacente a filosofia de que o Estado nunca deve alienar o solo de que seja civilmente titular mas apenas proporcionar o seu aproveitamento a particulares, quando não possa ou não queira ele próprio providenciar nesse sentido», como decorre do segmento final do nº 1 do transcrito artigo 20º e dá nota Menezes Cordeiro (loc. cit., pág. 718), citado no acórdão agora sob censura.”

²²“ Direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio”

²³ Bem como os artigos 1524º e seguintes do Código Civil.

²⁴ Vd. ainda o art.º 52º deste diploma legal que determina que a “*administração de bens imóveis compreende a sua conservação, valorização e rendibilidade, tendo em vista a prossecução do interesse público e a racionalização dos recursos disponíveis, de acordo com o princípio da boa administração*”, constituindo a constituição do direito de superfície, uma das formas de administração dos imóveis.

administração local, podem, contudo, ser “decalcados” em Regulamento administrativo, devidamente aprovado pela assembleia de freguesia, “no que não contrarie as normas de competência da Lei n.º 75/2013, nem os princípios do RJPIP”²⁵. Ora, a alínea b) do n.º 2 do art.º 67.º do DL n.º 280/2007²⁶ também regula no sentido de na constituição do direito de superfície se fixar a “*quantia devida pelo superficiário e os termos do pagamento*”. Acresce referir que, de acordo com Bernardo Azevedo²⁷, o “**procedimento pré-contratual a respeitar, com vista à celebração dos contratos destinados à constituição do direito de superfície, oscila entre os procedimentos de hasta pública e de ajuste directo, compreendendo, ainda, o de negociação, com publicação prévia de anúncio**, repousando na conformação do membro do Governo responsável pela área das finanças a escolha do procedimento mais ajustado em cada caso, em função das respectivas especialidades e da ponderação em concreto da melhor opção em ordem à prossecução do interesse público legalmente definido (art. 69.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto).”

No entanto, dos dados que nos foram facultados decorre que, na situação em análise - para além de não estar aclarada a questão prévia que se prende com a questão de saber se o terreno em causa se insere no domínio público ou no domínio privado - pretende-se constituir o direito de superfície por mera deliberação dos órgãos da freguesia, nada se referindo, designadamente, sobre a observância do referido **procedimento pré-contratual**.

Cumpramos referir, ainda, que o art.º 31.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio regula sobre a “**Cedência de utilização de bens do domínio privado**”, “para assegurar a prossecução de finalidades de política pública de solos”, nos seguintes termos:

“1 - O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais podem ceder, **a título precário e com carácter oneroso**, a utilização de bens do respetivo **domínio privado**, para assegurar a prossecução de finalidades de política pública de solos.

2 - A cedência é **devidamente fundamentada e procura garantir a conservação, a valorização e a rentabilização dos bens cedidos**.

²⁵ Neste sentido se pronunciou Jorge Pação, na ação de formação realizada em novembro de 2018, que decorreu no IGAP, sobre “Domínio público e domínio privado das autarquias locais” (cfr. PowerPoint apresentado sobre o domínio privado).

De facto, o DL n.º 280/2007, em matéria de gestão dos imóveis do domínio privado das autarquias locais, limita-se a estabelecer, no art.º 126.º, algumas regras sobre os contratos de arrendamento celebrados, existindo, conforme defendeu Jorge Pação, um “vazio normativo quanto aos procedimentos de gestão do domínio privado nas autarquias locais (aquisição, administração e alienação)”.

²⁶ Vd. ainda o art.º 1530.º do Código Civil.

²⁷ *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, 2010, Vol. III, pág. 93.

3 - A lei estabelece o **procedimento de cedência e as condições em que se realizam a fiscalização da atividade do cessionário e a restituição dos bens imóveis cedidos.**”

Ora, também resulta expressamente do n.º I deste preceito legal que, para além de incidir sobre **bens do domínio privado**, a cedência de utilização tem carácter oneroso e obedece a um determinado procedimento. Aliás, no mesmo sentido, regem ainda os artigos 53.º a 58.º do DL n.º 280/2007, que regulam sobre esta figura quando estão em causa bens do domínio privado do Estado, mas que, como vimos, poderão “*inspirar*” as autarquias locais em matéria de gestão e administração dos seus bens do domínio privado. De facto, o n.º I do art.º 54.º determina que a cedência “*obedece ao princípio da onerosidade*”, sendo de realçar que “*os beneficiários devem suportar as despesas de conservação e manutenção do bem, despesas de instalação e funcionamento (contratos de fornecimento de água, energia elétrica, segurança ou quaisquer outros necessários*” (vd. art.º 56.º) e que é possível a “*restituição por decisão do cedente, sem direito a indemnização*”²⁸ (vd. art.º 58.º n.º 2).²⁹ Por seu turno, o art.º 55.º estabelece qual é o procedimento a adotar, salientando-se que “*é formalizada por meio de auto de cedência e de aceitação, no qual ficam exaradas, designadamente, as condições da mesma.*”

Por último, mesmo que se conclua tratar-se de um bem do domínio público – sobre o qual não pode, portanto, incidir um contrato de constituição de direito de superfície - poderá ser analisada a hipótese de celebração de um contrato de concessão de utilização privativa ou de um contrato de concessão de exploração.

De facto, tal como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 0280/12, de 14.01.2015³⁰: “(...) o direito de superfície (isto é, a concessão para plantar ou edificar em terreno alheio) é um direito real inerente a um imóvel, na maioria dos casos um prédio rústico, e que, no caso vertente, teria necessariamente de incidir sobre a parcela de terreno do domínio público. E, como é sabido, os terrenos do domínio público não podem ser objecto de contratos de natureza privatística, designadamente de contratos de constituição de direito de superfície. Eles apenas podem ser objecto de contratos administrativos de concessão (...).”

Neste sentido, rege, aliás, o art.º 32.º da já referida Lei n.º 31/2014 que determina:

²⁸ Jorge Pação, na formação referida.

²⁹ Jorge Pação, na formação referida.

³⁰

“1 - 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.

2 - A lei estabelece 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. “

Com efeito, tal como se pode ler no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 0280/12, de 14.01.2015³¹: “(...) o direito de superfície (isto é, a concessão para plantar ou edificar em terreno alheio) é um direito real inerente a um imóvel, na maioria dos casos um prédio rústico, e que, no caso vertente, teria necessariamente de incidir sobre a parcela de terreno do domínio público. E, como é sabido, os terrenos do domínio público não podem ser objecto de contratos de natureza privatística, designadamente de contratos de constituição de direito de superfície. Eles apenas podem ser objecto de contratos administrativos de concessão (...).”

Resta-nos acrescentar que a celebração de um contrato de concessão de utilização privativa obedece, ainda, ao consignado nos artigos 27.º a 29.º do DL n.º 280/2007 e a possibilidade de outorga de um contrato de concessão de exploração está regulada no art.º 30.º do mesmo diploma legal.

Salientamos, contudo que à celebração de qualquer deste tipo de contratos de concessão é aplicável o Código dos Contratos Públicos (CCP)³². De facto, tal como defende Ana Gouveia Martins³³, em anotação ao art.º 30.º do DL n.º 280/2007:

“V. O contrato de concessão de exploração do domínio público, tal como o contrato de utilização privativa do domínio público (cfr. comentário IV ao artigo 27.º), é um contrato administrativo por natureza (alínea c) do n.º I do artigo 280.º do CCP) e cuja administratividade decorre ainda da sua submissão a um regime substantivo de Direito público (alínea a) do n.º I do artigo 280.º do CCP) não apenas por força da sua regulação no artigo 30.º do RJPIP (cfr. comentário V ao artigo 27.º), mas pela determinação de aplicação subsidiária, com as devidas

³¹

Disponível

em

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d77eeb4bd4a7903680257dcf00594296?OpenDocument&ExpandSection=I&Highlight=0,direito,de,superf%C3%ADcie#_SectionI

³² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro e alterado pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (retificado pela Declaração de Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e pela Declaração de Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro).

adaptações, do regime específico dos contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas ex vi artigo 408º do CCP.

No que respeita ao regime substantivo aplicável, o “contrato de concessão de exploração do domínio público”, naquilo que não for expressamente regulado no artigo 30º do RJPIP ou em regimes especiais do domínio público rege-se subsidiariamente pelo regime específico destes tipos contratuais concessórios, previsto no capítulo II, do Título II da Parte III (artigos 407º a 430º do CCP), com as devidas adaptações, a que acresce a aplicação do regime geral dos contratos administrativos previsto no Título I, naquilo que não seja objeto de disciplina especial.”

Em conclusão

1. As autarquias locais dispõem de bens integrados no seu domínio público e de bens integrados no seu domínio privado (cfr. art.º 84º n.º 2 e art.º 238º n.º 1 da CRP), devendo ter presentes, na gestão do seu património, os princípios da boa administração, da equidade, da concorrência, da transparência, da proteção, da colaboração e da responsabilidade, constantes dos artigos 3º, 5º, 7.º 8º, 9º, 10º e 11º do DL n.º 280/2007, de 7 de agosto, na sua atual redação.

2. No caso presente, se estiver em causa um terreno integrado no domínio público da freguesia, o mesmo encontra-se excluído do comércio jurídico-privado (cfr. art.º 18º do DL n.º 280/2007, bem como art.º 202º n.º 2 do CC), não podendo “*ser objecto de qualquer tipo de contrato que diminua ou fragilize o seu destino fulcral*”, pelo que se encontra afastada a possibilidade de a freguesia constituir o direito de superfície sobre tal imóvel (a menos que fosse objeto de desafetação, nos termos do art.º 17º do mesmo diploma, o que não nos parece viável, pois a desafetação pressupõe o “*desaparecimento do fim de utilidade pública a que (...) se encontrava destinado*”).

3. De facto, só é admitida a constituição do direito de superfície ou a cedência de utilização de terrenos do domínio privado das autarquias (desde que se observem os pressupostos legais), ficando de fora, portanto, os bens de domínio público.

4. No caso presente, mesmo que se trate de bens imóveis do domínio privado disponível da freguesia, a pretendida constituição de direito de superfície, dever-se-á destinar à “*prossecação de finalidades de política pública de solos*” (salvaguardando-se os princípios da legalidade e da prossecação do interesse público, corporizado na necessidade de promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respetivas populações), mas não pode ser efetuada por mera deliberação dos órgãos da freguesia, devendo ainda

³³ In “*Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público, Domínio Público e Domínio Privado da*

resultar de um procedimento pré-contratual e cumprir o consignado no art.º 30º da Lei nº 31/2014, de 30 de maio e nos artigos 67º a 72º do DL nº 280/2007, de 7 de agosto, ambos na sua atual redação, sendo-lhe ainda aplicável supletivamente os artigos 1527º e seguintes do Código Civil.

5. Tendo em conta que o n.º I do art.º 32º da já referida Lei nº 31/2014 admite que as autarquias locais celebrem contratos de concessão de bens que integrem o seu domínio público - designadamente para efeitos de utilização, exploração ou gestão de espaços e equipamentos de utilização coletiva -, poderá, caso se reúnam todos os pressupostos legais, ser ponderada a hipótese de celebração de um contrato de concessão de utilização privativa (também previsto nos artigos 27º a 29º do DL nº 280/2007) ou de um contrato de concessão de exploração (regulado no art.º 30º do mesmo diploma legal), aos quais é aplicável o Código dos Contratos Públicos (CCP).