

O DOMÍNIO PÚBLICO E A REDE ELÉCTRICA NACIONAL

Pelo Dr. Rui Chancerelle de Machete

I — Considerações prévias

O instituto moderno do domínio público, tal como se afirmou no ordenamento jurídico francês, e por irradiação deste, nos direitos espanhol, italiano e português, constitui, no campo político, uma clara manifestação da autoridade do Estado, e, no domínio económico, evidencia a cautela em, através da inalienabilidade, preservar a ambição da “bourgeoisie conquérante”, face a bens que são de todos ou devem poder ser utilizados por todos.

Do ponto de vista doutrinal, foram certamente os autores mais sensíveis à perspectiva da Administração como poder, cuja actividade a lei disciplina mas de que não elimina a inicial liberdade criadora — Maurice Hauriou em França, Otto Mayer na Alemanha — quem mais longe levou a defesa da especificidade do domínio público face ao direito de propriedade civilista. O conceito de propriedade pública representa uma das concretizações mais nítidas do propósito de duplicar no direito administrativo os institutos do direito privado ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sobre os direitos reais administrativos, ver o que dizemos adiante. No que respeita a Otto Mayer, para além do capítulo fundamental que dedica ao Direito Público das Coisas (“Das oeffentliche Sachenrecht”) no “Deutsches Verwaltungsrecht”, 3.^a ed., Berlin, 1923 (reimpressão de 1061), Tomo II, págs. 1-134, vejam-se as considerações de M. Fioravanti, “Otto Mayer E La Scienza del Diritto Amministrativo”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, 1983, pág. 600 e segs., esp. pág. 634 e segs..

Marcello Caetano pode considerar-se, entre nós, o expoente máximo da orientação que vê na supremacia da Administração, no “Mehrwert” do Estado na relação geral com os administrados, a nota mais característica do Direito Administrativo, e, no privilégio da execução prévia, uma prerrogativa necessária e constante da Administração pública e dos seus actos de autoridade. A defesa da propriedade pública far-se-á, segundo o Mestre de Lisboa, sempre por medidas de polícia, estando excluídas as acções possessórias do Código do Processo Civil.

Os tempos mudaram e a realidade do Estado e da sua Administração é diferente da época dos grandes construtores do Direito Administrativo. É natural que, também por isso, a percepção que hoje se tenha do domínio público e da sua problemática seja bem outra.

A acção administrativa já não pode entender-se como uma actividade livre nos limites traçados pelo direito. Na estrutura constitucional portuguesa, essa actividade funda-se na lei, que não constitui apenas um seu limite externo, mas a norma que a justifica, sustenta e anima.

O declínio do Estado-Nação ⁽²⁾, por um lado, a abertura da economia ao exterior com a cada vez mais intensa pressão da globalização e a premente necessidade do melhor aproveitamento dos bens públicos e privados, por outro, impõem a flexibilidade e agilização das velhas regras do domínio público.

A absoluta incomercialidade dos bens públicos é nefasta à sua utilização eficiente no processo produtivo. A recente dificuldade de enquadramento dos financiamentos por “leasing” na compra de submarinos e de outro material de guerra para as nossas Forças Armadas, representa um exemplo das limitações que a concepção dominial tradicional enfrenta e dos constrangimentos que coloca aos novos processos de aquisição de bens e nos investimentos em infraestruturas públicas ⁽³⁾.

⁽²⁾ Veja-se, v.g., o admirável ensaio de Juergen Habermas, “The Postnational Constellation and the Future of Democracy” in “The Postnational Constellation – Political Essays, tradução da edição alemã de 1998, Cambridge, Mass., 2001, pág. 58 e segs..

⁽³⁾ Veja-se, por exemplo, Jorge Costa Santos, “Sobre a locação financeira pública de Equipamento Militar”, in “Estudos De Homenagem Ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez”, vol. II, Coimbra, 2000, pág. 585 e segs..

Não pode dizer-se que a matéria do domínio público depois da formulação dada por Marcello Caetano no seu “Manual de Direito Administrativo”, tenha sido completamente negligenciada pelos juspublicistas portugueses (4). Mas as transformações político-económicas que referimos e a própria reflexão exigida pela evolução interna do sistema do Direito Administrativo forçam a proceder a uma revisão dogmática profunda, que requer estudos de amplo fôlego. No presente trabalho limitamo-nos a proceder a uma análise sectorial, incidente sobre a rede eléctrica nacional, a qual, nos termos da doutrina portuguesa dominante, é considerada como integrando o domínio público da circulação. Trata-se de procurar averiguar em que medida a evolução político-económica geral e a especificamente registada no sector podem ainda, no domínio jurídico, ser explicadas nos moldes tradicionais habituais.

Teve-se em particular atenção a necessidade de compatibilizar o regime dos bens públicos que compõem a rede eléctrica com a sua mobilização como garantes dos vultosos financiamentos que a construção das grandes infraestruturas de produção, transporte e distribuição de energia exigem. O direito não pode alhear-se das realidades da vida económica sob pena de contraditoriamente se tornar nocivo ao bem comum que visa proteger.

Apesar do objecto da nossa investigação ser circunscrito, o exame a que procedemos permite evidenciar as dificuldades das posições doutrinárias e abre perspectivas que julgamos promissoras. Será, assim o esperamos, uma modesta contribuição para o necessário grande exercício de revisão da dogmática das coisas públicas no Direito Administrativo português.

(4) Sem pretender ser exaustivo, devemos recordar a monografia de Diogo Freitas do Amaral sobre “A Utilização do Domínio Público pelos Particulares”, Lisboa, 1965, e o “Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico” que escreveu em colaboração com José Pedro Fernandes, Coimbra, 1978; vejam-se também os artigos de José Pedro Fernandes, “Domínio Público – Mitologia e Realidade” in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, 1975, pág. 48 e segs. e “Domínio público” in “Dicionário Jurídico da Administração Pública”, vol. IV, pág. 178 e segs., de Afonso Queiró e José Gabriel Queiró, “Propriedade Pública e direitos reais de uso público no domínio da circulação urbana”, in “Direito e Justiça”, 1995, pág. 231 e segs.; e de José Luís Ramos, “As Coisas Públicas nos Finais do Século XX” in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez”, cit., vol. I, pág. 547 e segs..

II — Introdução

1. A rede eléctrica, como infraestrutura indispensável à produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, constitui um elemento estrutural do instrumentário que a Electricidade de Portugal, EDP, SA., tem de dispor para a realização dos seus fins societários, os quais são também fins de interesse público. Por isso mesmo as empresas que antecederam a Companhia Portuguesa de Electricidade, CPE, SA., eram empresas concessionárias e a CPE preparou um projecto de concessão única no momento da nacionalização, e depois com a transformação em empresa pública, discutiu-se sobre a vantagem ou mesmo a possibilidade de as relações da EDP com o Estado serem disciplinada por uma concessão, e, quando, a partir de 1995, por influência das novas orientações em matéria de serviço público, a figura da concessão só se manteve em relação ao transporte, sendo substituída na produção e na distribuição pela autorização, nem por isso a rede eléctrica passou a ter um papel menos importante. A vida empresarial designadamente no que concerne ao financiamento e suas garantias e quanto à alienabilidade em geral de partes significativas do património gerido pela EDP, suscitam as questões de saber qual é, ou quais são as partes do património que devem ser consideradas como integrando o domínio público e quais são os poderes que a empresa detém em relação a esses bens e correspondentes limitações.

Procuraremos assim responder às seguintes questões:

- A) No que concerne à produção, transporte, e distribuição de energia eléctrica, que bens utilizados pelo Grupo EDP devem ser considerados como dominiais?
- B) Que poderes e limitações resultam para a EDP em função das fontes legislativas ou negociais que lhe atribuíram poderes sobre esses bens e que limitações derivam da sua dominialidade?

2. Os problemas postos parecem à primeira vista poder ser resolvidos por forma rápida e isenta de dúvidas desenvolvendo um processo de dilucidação em duas fases: primeiro cabe averiguar se a chamada rede eléctrica nacional é um bem do domínio público e, em caso afirmativo, proceder em seguida à pesquisa das notas

características dos bens dominiais, em particular do sentido e consequências da sua in comerciabilidade.

Tendo esclarecido ambas as questões, as respostas principais estariam dadas, havendo, quando muito, alguma zona de fronteira carecida de esclarecimentos complementares em relação a certos bens de qualificação dominial mais duvidosa.

Veremos, porém, que o problema adquire contornos mais complexos, insusceptíveis de se reconduzirem a uma metodologia tão simples e linear como a exposta. É que a temática dos bens do domínio público, para além da sua diversidade, resultante da história particular de cada ordenamento jurídico, sofre ainda na sua complexidade da circunstância da sua matéria pertencer ao direito administrativo económico e ao direito administrativo das infraestruturas e de o tratamento dogmático que lhe é dado ser tributário da maior ou menor utilização de um instrumentário pandectístico relativamente insensível a novas necessidades funcionais. São tudo motivos que dificultam o enquadramento dos diversos institutos, muito embora acresçam ao seu interesse.

Seja como for, o exame das posições da doutrina clássica e das soluções tradicionalmente adoptadas no direito português constituem um ponto de partida indispensável à análise a que vamos proceder.

III — A Rede Eléctrica Nacional

3. A Lei dos Aproveitamentos Hidráulicos anexa ao Decreto n.º 12 559, de 27 de Outubro de 1926, dispunha, na sua Base I, que: «o conjunto das linhas de transporte de energia no País que seja objecto de comércio em espécie constituirá uma rede com o nome de Rede Eléctrica Nacional e abrangerá não só as linhas destinadas a efectuar o transporte de energia eléctrica das regiões produtoras para as consumidoras, qualquer que seja o modo de produção e qualquer que seja o destino, consumo ou uso da energia e as linhas de equilíbrio ou de compensação, mas ainda as linhas colectoras de energia produzida pelas centrais e as linhas ou redes de distribuição regional».

Por seu turno, a Base II da mesma lei referia que «as linhas classificadas como fazendo parte da rede eléctrica nacional serão consideradas de utilidade pública e de interesse nacional para o efeito da sua construção e exploração, e serão objecto de concessão, sendo-lhes aplicável a parte útil do disposto nos artigos 52.º, 53.º, e 56.º da lei das águas.».

As centrais produtoras de energia não estavam ainda abrangidas na definição — Bases IV e V da Lei dos Aproveitamentos Hidráulicos e artigo 1.º do Decreto n.º 14 772, de 22 de Dezembro de 1927.

A Base I da Lei n.º 2002, de 26 de Dezembro de 1944, repete e alarga o conteúdo do conceito dizendo que «a rede eléctrica nacional abrange o conjunto de instalações de serviço público destinadas à produção, transporte e distribuição de energia eléctrica», e o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960, que desenvolveu aquelas Bases, veio dizer o que deve entender-se por rede eléctrica nacional e por rede eléctrica primária em concordância com as noções já dadas na anterior Lei quanto à primeira, e no parágrafo único do artigo 1.º do Decreto n.º 40 698, de 23 de Julho de 1956, quanto à segunda. O citado artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 43 335 procede mesmo a uma enumeração, embora não exaustiva, das partes componentes de cada um dos conjuntos, discriminação desses elementos componentes que é, depois, mais pormenorizada, quando, no artigo 13.º daquele diploma, se indicam as instalações sujeitas ao regime das concessões.

O facto do legislador conceber claramente as redes eléctricas como sistemas dotados de unidade funcional e não como uma mera soma de coisas atomisticamente consideradas, levou Marcello Caetano a tratar as redes como universalidades, mais exactamente como universalidades públicas ⁽⁵⁾.

Aquele Autor define as universalidades públicas como «complexos de coisas pertencentes ao mesmo sujeito de direito público e afectadas ao mesmo fim de utilidade pública que a ordem jurídica submete ao regime administrativo como se tratasse de coisas públicas simples.».

(5) "Manual de Direito Administrativo", 9.ª ed., tomo II, Lisboa, 1972, págs. 865-867.

O conceito de universalidade pública de Marcello Caetano aplicado às redes de energia eléctrica envolve duas consequências relevantes para o nosso problema: o carácter dominial das redes e de todas as coisas simples que as integram e a sua pertença necessária a um sujeito de direito público. São dois aspectos que merecem uma análise mais pormenorizada.

4. O domínio público do Estado encontrava-se, ao tempo em que Marcello Caetano escrevia, especificado na Constituição de 1933, artigo 49.º, e no Decreto-Lei n.º 23 565, de 15 de Fevereiro de 1934, que mandou proceder ao cadastro dos bens dominiais. Nesse inventário deviam figurar, nos termos do artigo 1.º, alínea *b*), as redes de distribuição pública de energia eléctrica, suas obras e canalizações. Com a definição dada pelo Decreto-Lei n.º 43 335 da rede eléctrica primária e a utilização do conceito de universalidade, o domínio público da circulação no campo da electricidade passou também a abranger as centrais electroprodutoras, as subestações, os edifícios e demais obras afectas às concessões, etc.

Essa construção técnica de Marcello Caetano, mas com importantes consequências práticas decorria da posição de carácter mais geral sobre a natureza de domínio público que defendia e que passou a ser a dominante. As teses do Professor de Lisboa nunca foram contestadas nem pela jurisprudência, nem pela doutrina, a não ser em desenvolvimentos irrelevantes para o nosso estudo. Na actividade quotidiana das empresas titulares de concessões no âmbito da rede eléctrica primária, porém, observa-se o regime dos bens affectos às concessões consignado no Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960, regime que pressupõe a sua não dominialidade.

O inventário dos bens dominiais foi reorganizado pelo Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, o qual, no seu artigo 4.º, alínea *a*) repete a fórmula do Decreto-Lei n.º 23 565, e, na alínea *d*) do mesmo preceito, menciona ainda as barragens de utilidade pública. A Constituição de 1976, por sua vez, procede, após a Revisão de 1989, a uma enumeração parcial das categorias de bens que pertencem ao domínio público, prevendo que a essas acresçam outros bens como tal classificados por lei (artigo 84.º, 1).

No que se reporta à titularidade dos bens, a Constituição de 1976 parece inculcar um regime jurídico material em que só os chamados entes públicos de população e território podem ter bens do domínio público ⁽⁶⁾.

A uma primeira análise, clarificados assim estes dois aspectos da questão, e aceitando a doutrina dominante, restar-nos-ia analisar as notas típicas do regime do domínio público: a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a insusceptibilidade de serem constituídos sobre os bens dominiais direitos reais de gozo ou de garantia, a exclusão da posse privada, e a impossibilidade de serem objecto de execução forçada ou de expropriação por utilidade pública. Desta forma estariam respondidas as principais interrogações formuladas, cabendo, quando muito, averiguar mais desenvolvidamente a natureza dos direitos de carácter público exercidos sobre os bens dominiais e qual o seu regime.

5. Esta impressão é, porém, falaciosa. Começemos por recordar que a extensão da dominialidade às centrais geradoras de energia de origem hídrica e às centrais térmicas resultou da construção do conceito jurídico de universalidade pública e da sua utilização para explicitar o conteúdo do regime das concessões referido no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 43 335. Não há um preceito que directamente qualifique as centrais como bens do domínio público. A sua caracterização como tal assenta no facto de pertencerem à rede, à coisa composta que é qualificada como pública. De per si, as centrais não teriam tratamento jurídico autónomo, sendo vistas como coisas simples que integram uma universalidade; a sua publicidade não é “ex vi lege”, mas resulta da doutrina. Esta atribuição de uma eficácia preceptiva à construção jurídica constitui um claro exemplo de jurisprudência dos conceitos, o que pode envolver um desvio metodológico grave. Impõe-se, desde logo, a verificação dos resultados alcançados pela construção abstracta dos conceitos em face dos dados fornecidos pelo ordenamento e das necessidades concretas dos dias de hoje.

(6) Vejam-se, v.g., Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pág. 413.

Depois, a evolução registada na regulamentação do sector eléctrico, em particular pela influência das directivas comunitárias, com a passagem do regime jurídico das concessões para o das autorizações no que concerne à produção e distribuição de energia, vem reforçar a convicção de que a opinião dominante na doutrina e na jurisprudência carece de ser reexaminada. Mas, essa evolução legislativa verificada a partir de 1995, e a que teremos oportunidade de aludir com mais pormenor adiante, precisa de ser situada no contexto mais vasto das mutações ideológicas e científicas do direito administrativo nestes últimos vinte anos, por sua vez reflexo e, em alguns casos, motor das alterações estruturais do próprio Estado. O direito da dominialidade pública era tradicionalmente um direito centrado na conservação, é hoje um direito virado para a exploração e aproveitamento das potencialidades económicas dos bens classificados como públicos.

Antes de nos debruçarmos mais em pormenor sobre as questões do domínio público no ordenamento português, convirá traçar um breve panorama do regime das coisas públicas nos principais ordenamentos jurídicos europeus de Administração executiva, isto é, que fizeram do acto administrativo o conceito central dos seus sistemas jurídico-administrativos. Aí colheremos as novas preocupações que animam legisladores e doutrina no tratamento dos bens públicos.

IV — O Domínio Público Em França

6. No “Ancien Régime”, a teoria do domínio da Coroa não distinguia entre “res publicae” e “res fiscali”, muito embora alguns grandes juristas, como Loyseau e Domat, tentassem discriminar entre os bens afectos ao uso do público — v.g. as vias de comunicação e outros tipos de bens, incluindo coisas incorpóreas, tais como o monopólio do tabaco ou das pólvoras. Na Revolução Francesa, a Assembleia Constituinte através do seu “Comité du Domaine” procurou adaptar o domínio da Coroa ao novo princípio de soberania nacional. A Lei de 22 de Novembro/1 de Dezembro de 1790 transformou o domínio da Coroa no domínio da Nação. É, assim, que no seu artigo 8.º se refere que “o domínio nacional e os direitos que dele dependem são e permanecem inalienáveis sem

o consentimento ou o concurso da Nação, mas poderão ser vendidos ou alienados... por força de um decreto formal do Corpo legislativo sancionado pelo Rei”.

O “Code Civil” de 1804 consagra à matéria apenas quatro artigos — artigos 538.º a 541.º — mas não dá nenhuma definição de domínio público, porque se esperava que fosse publicado em breve um Código de direito público. Limita-se, assim, a dizer que são coisas ou dependências do domínio público, os bens que não são susceptíveis de uma propriedade privada.

Com a legislação revolucionária consagra-se o princípio da inalienabilidade que muitos já consideravam ter sido consignado no “Édit de Moulins” registado pelo Parlamento em 13 de Maio de 1566, embora se permita, agora, manifestar a inalienabilidade por vontade do legislador; consagra-se, também, a Nação como proprietária do domínio, e excluem-se do seu âmbito os direitos ou coisas incorpóreas.

A distinção entre domínio público e domínio privado deve-se à doutrina, de um modo particular, a Victor Proudhon, “doyen” da Faculdade de Direito de Dijon, no seu monumental “Traité du domaine public” (1833-1834), em cinco volumes. Com base no artigo 538.º do Código Civil, Proudhon vulgarizou e utilizou aqueles conceitos, servindo-se, aliás, das categorias romanistas de coisas no comércio e fora do comércio jurídico (“res extra-commercium”).

Ontem, como hoje, continua a não existir em França, nem uma enumeração legislativa das coisas que pertencem ao domínio público, nem uma definição legal do que seja o domínio público. Os princípios que permitem definir o domínio público e o seu regime não são de origem legal, mas doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial (7).

7. A concepção de dominialidade pública como limitada aos bens insusceptíveis de propriedade privada e afectos ao uso de todos, reunindo em termos sintéticos duas ideias diferentes, a extracomercialidade ou insusceptibilidade de propriedade privada

(7) Sobre a distinção histórica entre o domínio público e privado, vejam-se, por todos, Jean Dufour, “Le Domaine Public”, tomo I, 4.ª ed., Paris, 1993, pág. 13 e segs.; André Laubadère, Yves Gaudemet, “Traité de Droit Administratif”, tomo II, 11.ª ed., Paris, 1998, pág. 19 e segs..

e a afectação desses bens ao uso de todos os membros da colectividade, foi principalmente desenvolvida por Berthélemy no seu “*Traité Élémentaire*” (8).

Esta tese antiproprietária, entendia assim existir um domínio público por natureza a que acrescia uma dominialidade por determinação da lei: obras militares, objectos de arte dos museus, etc.. A crítica a um domínio público por natureza — em rigor não existe nenhum bem ou coisa que não possa ser apropriado pelo homem, tudo dependendo, afinal, da opção do legislador —, fez sublinhar a afectação a certas utilizações como o critério determinante. Mas a afectação ao uso por todos tornava-se demasiado restritiva. Havia que estender o conceito de afectação dos bens não apenas ao uso de todos, mas ao uso público directo — vias públicas de comunicação, cursos de água, praias e a orla marítima —, e à afectação a um serviço público — vias férreas, obras militares, mas também edifícios públicos, em que se encontram instalados tribunais ou serviços administrativos. Este último sentido de afectação, ainda que exigindo que haja adaptações particulares ou especiais que tornem os edifícios adequados à finalidade particular do serviço — v.g. escolas, transportes, etc. —, estendeu enormemente o âmbito da dominialidade pública (9).

8. Ao longo do Século XIX, a ideia prevalecente foi a de que o domínio público nada tinha a ver com a propriedade. Os direitos reais e, em particular, o direito de propriedade, eram entendidos em termos de direito privado. Essa foi a posição de Ducrocq e de Berthélemy. Essa foi também a posição do epígono da escola realista de direito público, Léon Duguit e do seu discípulo Gaston Jèze. Para Duguit, a ideia de afectação ou de património-fim são os conceitos que explicam o domínio público. O património do Estado é um património-fim. Os agentes do Estado, os agentes públicos são competentes para praticar em relação ao domínio todos os actos conformes com a afectação. O domínio do Estado é concebido unitariamente, sem distinção entre público e privado, mas há uma

(8) “*Traité Élémentaire de Droit Administratif*”, 13.ª ed., Paris, 1933, pág. 472 e segs..

(9) Cf. J. Morand-Deville, “*Cours de Droit Administratif des Biens*”, Paris, 1999, pág. 31 e segs..

escala de dominialidade, isto é, o regime jurídico do domínio não é uniforme, mas comporta diversas regras de protecção, graduadas em função das necessidades das diversas dependências dominiais ⁽¹⁰⁾.

É Maurice Hauriou quem, desde a 1.ª edição do seu “Précis de Droit Administratif” em 1892, vem sustentar que as pessoas colectivas públicas de população e território têm um verdadeiro direito de propriedade sobre o seu domínio público. Este direito de propriedade não é, porém, idêntico ao direito de propriedade quiritário ou civil. É o que Hauriou designa como uma “propriedade administrativa”. Tal como acontece com o conceito de contrato administrativo em relação ao contrato de direito civil, trata-se, no caso de propriedade administrativa, de uma categoria transportada do direito civil, que mantém certas características comuns, mas outras que exorbitam claramente do regime de direito privado em todos os casos em que seriam incompatíveis com a afectação a que a propriedade pública está adstrita ⁽¹¹⁾.

Recusando a tese de assimilação da propriedade pública à privada sustentada por alguns (R. Capitant), esta é hoje a posição sufragada pela doutrina absolutamente dominante. Permite responder com simplicidade às questões sobre: quem tem de se encarregar de admitir e suportar as despesas de conservação do domínio? Quem responde pelos danos que o bem dominial possa ocasionar? Quem auferes os rendimentos que o bem produza ou o preço da sua venda se for desclassificado e vendido?

Pela sua relevância e actualidade, vale a pena que nos detenhamos um pouco mais na teoria de propriedade pública e dos direitos reais administrativos, tal como foi exposta por Hauriou.

9. Se é certo que os fundamentos da teoria da propriedade pública surgiram na doutrina da língua alemã a propósito da controvérsia sobre as fortificações da cidade de Basileia e foram depois desenvolvidos por Otto Mayer, a verdade é que o seu florescimento e afirmação se deram em solo francês, contrastando,

⁽¹⁰⁾ “Traité de Droit Constitutionnel”, 3.ª ed., Paris, tomo III, pág. 344 e segs..

⁽¹¹⁾ M. Hauriou, “Précis de Droit Administratif”, 11.ª ed., Paris, 1927, pág. 636 e

aliás, com o fracasso que aquela concepção registou na dogmática alemã posterior ao grande Mestre de Estrasburgo.

Cabe a Maurice Hauriou o mérito de ter dado à doutrina da propriedade pública uma formulação ampla e sintética que ainda hoje, nos seus traços gerais domina a doutrina francesa.

Hauriou sustenta, contra as teses que vêem o domínio público como uma massa objectiva e única de “*res nullius*” deixada à guarda e superintendência do Estado, que, na época actual, “as dependências do domínio público constituem propriedades administrativas formalmente afectadas à utilidade pública (seja ao uso directo do público, seja ao uso do serviço público) e que, em consequência dessa afectação, são inalienáveis, imprescritíveis e protegidas pelas regras penais da polícia dos caminhos (“*voirie*”) (12).

O critério da dominialidade reside assim na afectação da coisa à utilidade pública, quer porque haja uso directo ao público, quer porque a utilidade pública resulta da afectação a um serviço público.

A demonstração em favor da tese proprietarista desenvolve-se numa série de argumentos tendentes a evidenciar a sua capacidade explicativa muito superior à teoria do direito de custódia e de vigiância. Começa por se referir que qualquer dependência do domínio público, uma vez desafectada, pode ser validamente alienada como qualquer outra coisa objecto do direito de propriedade. A desafectação não pode ter a virtualidade de constituir o objecto de direito de propriedade e o próprio direito de propriedade. Esta qualidade já preexiste à afectação; a própria inalienabilidade do domínio público não teria essa designação significativa se não se tratasse de coisas que não pudessem ser alienadas, se não houvesse uma proibição legal que o impedisse.

A Administração, para reprimir as tentativas de apossamento das dependências do domínio público, tem também o direito de exercer a acção de reivindicação e as acções possessórias. A Administração beneficia também dos frutos do domínio público bem como das contrapartidas das concessões que outorga. O domínio público, para além da superfície, abrange igualmente o subsolo

(12) “*Précis de Droit Administratif*”, cit., pág. 638 e segs..

correspondente ⁽¹³⁾. Tal como a propriedade privada, a propriedade pública, que não reveste uma natureza diferente daquela, compreende o “usus”, o “fructus” e o “abusus”. Toda a domínialidade repousa, como já dissémos, sobre a ideia de afectação administrativa das coisas à utilidade pública. A inalienabilidade e a imprescritibilidade constituem consequências imediatas da afectação e estão subordinadas a esta: uma e outra só existem enquanto durar a afectação. Daí que a regra da inalienabilidade não se oponha a uma alienação voluntária desde que tenha sido precedida de uma desafectação.

Mas, mesmo durante o período da afectação, a incomerciabilidade não é absoluta. É que é preciso distinguir entre um comércio público e um comércio privado, e só este último, consubstanciado no que os romanos designavam como “abusus”, é que é proibido, nos termos do artigo 538.º do Código Civil. Há assim todo um comércio público das coisas domíniais, que se traduz em operações livremente praticadas pelas diversas Administrações. Dentre estas últimas destacam-se os direitos reais administrativos, cujo modo normal de constituição se faz através das concessões. Os direitos reais administrativos caracterizam-se pela sua precariedade, são sempre temporários e de algum modo revogáveis, como o são, aliás, as concessões de onde derivam. Os direitos reais administrativos são por essas suas características compatíveis com a afectação das coisas sobre que incidem, sendo a precariedade a garantia de que a afectação não será posta em causa.

Hauriou considera que as mutações domíniais, mesmo quando envolvem a transferência de titularidade do direito de propriedade pública de uma pessoa colectiva a favor de outra, não infirmam a sua doutrina, pois que nesses casos deverá existir uma indemnização ao anterior titular pela perda de um direito ⁽¹⁴⁾.

10. A teoria do domínio público de Hauriou, que se tornou o núcleo central da doutrina maioritária francesa nesta matéria e que foi no essencial, adoptada entre nós pelo Professor Marcello Caetano no seu “Manual de Direito Administrativo”, desenvolve-se

⁽¹³⁾ Cf. “Précis” cit., pág. 638 e segs..

⁽¹⁴⁾ “Précis” cit., pág. 654 e segs..

posteriormente ao longo de duas vertentes principais: a teoria da gestão dominial, e a concepção dos direitos reais administrativos. Ambas as vertentes nos interessam porque melhor nos elucidam sobre como a jurisprudência e os administrativistas franceses procuraram resolver as dificuldades postas pela rigidez das categorias doutrinárias ao aproveitamento económico do domínio público, sobretudo face à evolução da técnica e da própria teoria económica. Dos caminhos que em ambos os casos foram seguidos também se retiram ensinamentos e sugestões para o ordenamento jurídico português, neste capítulo tão influenciado pelas leis e pela doutrina francesas, embora, entre nós, nunca se tenha alargado o conceito de coisas dominiais ao ponto de nelas se incluírem as que são utilizadas, ainda que com algum arranjo especial, no funcionamento de um serviço público, como, v.g., os hospitais, as escolas ou os palácios de justiça.

11. No que concerne aos actos de gestão dominial, o sentido principal de evolução foi o da sua separação dos actos de polícia. Hauriou colocava em paralelo com os “direitos da autoridade pública (*“puissance publique”*) propriamente ditos, os direitos dominiais de autoridade pública que se exercem através de operações pecuniárias. A lenta e gradual afirmação dessa distinção é particularmente nítida quanto à utilização do domínio público de circulação, designadamente em matéria de estacionamento e de transportes colectivos ⁽¹⁵⁾.

V — Os Direitos Reais Administrativos. A Flexibilização da Incomerciabilidade.

12. No que respeita aos direitos reais administrativos, Planiol já tinha observado que as concessões sobre o domínio público “têm a maior analogia com os direitos reais...” ⁽¹⁶⁾, mas é ao Mestre de Toulouse que cabe o mérito da “invenção” da noção de direito real

⁽¹⁵⁾ Veja-se a muito elucidativa síntese de Philippe Yolka, “La Propriété Publique”, Paris, 1997, pág. 211 e segs..

⁽¹⁶⁾ “Traité Élémentaire de Droit Civil”, tomo I, Paris, 1900, pág. 656.

administrativo para traduzir a situação subjectiva de ocupação estável do domínio público, de modo a distingui-la da utilização colectiva e anónima desse mesmo domínio. Enquanto para Duguit as duas categorias de utilizadores se encontram na mesma posição ⁽¹⁷⁾, Hauriou transpôs para o direito público a figura do direito real menor, qualificando-o como direito real administrativo.

O conceito de direito real administrativo apresenta vantagens explicativas importantes, sobretudo no lado externo do direito real, na oponibilidade em relação a terceiros, concedendo ao seu titular a possibilidade de exercer acções possessórias. No que respeita às relações entre o particular e a Administração, o direito real administrativo, que é um direito real compatível com a afectação, sem garantir uma estabilidade à situação jurídica que ponha em causa a sobredita afectação, confere no entanto um título que legitima o recurso contra actos expropriativos não conformes com a lei e, sobretudo, garante uma indemnização se for violado ou se a sua extinção se não fizer de acordo com o legalmente estabelecido ⁽¹⁸⁾.

O desmembramento do direito de propriedade em direitos reais menores — para usarmos uma terminologia corrente embora incorrecta — e a sua transmissão a terceiros facilitam igualmente o aproveitamento económico de propriedade pública ⁽¹⁹⁾. É certo que a afectação constitui um conceito de extensão variável — é assim que a Lei, relativa às concessões de energia hidráulica, de 16 de Outubro de 1919, admite que os direitos resultantes da concessão, mesmo os que tenham por objecto correntes de água integradas no domínio público, sejam susceptíveis de hipoteca —, mas a orientação legislativa e jurisprudencial tem sido no sentido da progressiva negação ou eliminação de direitos reais civis sobre o domínio público. Tal não tem obstado a que se suspendam certos institutos, como o da acessão, quando se admite a continuação da propriedade privada de construções feitas sob o domínio público por empreiteiros e concessionários. Mas, já, porém, no que respeita à criação de servidões sobre o domínio público a constituir depois da incor-

⁽¹⁷⁾ "Traité..." cit., tomo III, pág. 346.

⁽¹⁸⁾ Cf. L. Sfez, "Essai Sur La Contribution du Doyen Hauriou au Droit Administratif Français", Paris, 1966, pág. 161 e segs. e pág. 439 e segs..

⁽¹⁹⁾ Cf. P. Yolka, "La Propriété Publique" cit., pág. 384 e segs..

poração naquele dos prédios que passariam a ser servientes, a posição de rejeição absoluta tem-se mantido firme.

Poderemos dizer que qualificando ou não as situações como direitos reais menores de carácter administrativo, tem-se firmado em França uma orientação favorável a conceder indemnizações por todas as violações ou cessações antecipadas de situações estabelecidas sobre o domínio público, acompanhada da atribuição de meios judiciais possessórios ou petitórios de defesa dessas situações face a terceiros.

13. A necessidade de facilitar e garantir o investimento sobre ou em bens dominiais tem sido também resolvida através de autorização aos credores de se subrogarem na posição dos devedores titulares de situações de ocupação do domínio público. Dá-se assim uma garantia patrimonial importante aos credores de empréstimos destinados a obras de valorização de parcelas dominiais. Alguns dos desenvolvimentos legislativos franceses a propósito do domínio municipal — empréstimos enfitêuticos da Lei de 5 de Janeiro de 1988 —, e do domínio portuário, depois extensivo a todo o domínio artificial — Lei de 25 de Julho de 1994 —, pelo interesse que suscitaram, mesmo no estrangeiro, e por algumas perspectivas que abriram em matéria de comercialidade dos bens dominiais, merecem-nos uma atenção especial.

14. A inalienabilidade do domínio público impede a constituição de direitos reais menores de natureza civil ou privada sobre o domínio público. Daí serem, em princípio, proibidas as hipotecas, a enfiteuse e as servidões sobre parcelas do domínio público (vimos, contudo, que a Lei de 16 de Outubro de 1919 admitia a hipoteca dos direitos resultantes das concessões de energia hidráulica). A Lei de 5 de Janeiro de 1988, conhecida como a Lei “d’amélioration de la décentralisation” veio introduzir uma primeira excepção significativa: autoriza as colectividades locais a fazer arrendamentos enfitêuticos (“baux emphytéotiques” sobre o domínio público).

Estes contratos que permitem o financiamento através de “leasing” (“crédit-bail”) destinam-se exclusivamente a possibilitar o recurso ao crédito para a construção de equipamentos da respon-

sabilidade das colectividades locais. Não pode assim aplicar-se a empresas públicas, como por exemplo aos investimentos de S.N.C.F. — que é hoje um “établissement public à caractère industriel et commercial” — como foi sublinhado pelo Conseil d’État a propósito da construção do “TGV Sud-Est — Avis de la Section des Travaux Publics” de 30 de Março de 1989; tão pouco pode ser este o meio utilizado para o financiamento do investimento sobre bens dominiais do Estado ⁽²⁰⁾.

15. Com anterioridade à Lei de 1988, já o arrendamento financeiro com opção de compra tinha sido utilizado no financiamento das infraestruturas em matéria de telecomunicações, através da criação das “Sociétés de Financement des Télécommunications (SFT)” a que se atribuiu o estatuto das sociedades financeiras autorizadas a fazer “leasing”, as “Sociétés Immobilières pour le Commerce et l’Industrie”, as “SICOMI”. O “modus operandi” das SICOMI foi, depois, mediante a Lei 80-531, de 15 de Julho de 1980, estendido ao sector da energia e do ambiente, constituindo-se as chamadas “Sociétés de Financement des Installations ou Matériels Destinés à l’Économie de l’Énergie” (as SOFERGIE), abrangendo também os transportes ferroviários. As técnicas utilizadas envolviam, ou o atraso da incorporação das infraestruturas mediante a prolação da data de afectação, ou a desafectação de uma parte do domínio público, eventualmente com a constituição de um direito de superfície ou de uma servidão, e a sua oneração por um direito real de garantia ⁽²¹⁾.

16. As necessidades colocadas pelo financiamento de infraestruturas e as limitações das técnicas usadas: — nem sempre é possível atrasar a afectação ou antecipar a desafectação e é ilógico fazê-lo quando os bens, objecto do financiamento, se destinam precisamente ao uso de um serviço público —, conduziram o legislador a permitir com maior largueza a constituição de direitos reais de carácter civil sobre o domínio público. Foi esse o objec-

⁽²⁰⁾ Cf. Laubadère et Alii, “Traité...”, tomo II, cit., pág. 132 e segs..

⁽²¹⁾ Veja-se, por todos, J. Ph. Chanut, “Possibilités et perspectives de financement des équipements publics de domaine”, in “Le Financement des Équipements Publics de Domaine”, Paris, Economica, 1986, pág. 363 e segs..

tivo da Lei de 25 de Julho de 1994, depois reproduzida no Código do Domínio do Estado, artigos L.34.1 a L.34.9. Concebidos inicialmente para as obras portuárias, os preceitos, ou disposições legais que citámos, alargaram-se ao conjunto do domínio público artificial do Estado e dos seus estabelecimentos públicos.

De acordo com a Lei de 1994, é reconhecido aos titulares de uma autorização de ocupação dominial, direitos reais oponíveis “*erga omnes*”, mas limitados na sua duração, que, tal como a concessão ou autorização, não poderão exceder 70 anos, caducando nessa data. O titular de uma ocupação dominial, nos casos previstos na lei, e mediante autorização constitutiva específica, possui um direito de propriedade com a duração coincidente com a do título de ocupação concedido. Durante esse período, e salvo limitações específicas, o ocupante poderá onerar o domínio e as infraestruturas que construir com hipotecas ou outras garantias reais. Podem também os titulares de direitos reais assim constituídos recorrer ao “*crédit-bail*” desde que não seja para financiar a construção de instalações de serviços públicos ou empreitadas de obras públicas (estas, pela não aplicação da acessão, já pertenceriam às concessionárias autorizadas) ⁽²²⁾.

17. Apesar do entusiasmo de alguns autores ⁽²³⁾, os esforços de flexibilização do direito dominial francês e da correspondente doutrina são ainda relativamente modestos, pelas limitações que a inalienabilidade e relativa in comerciabilidade envolvem e pelas próprias incertezas conceptuais e quanto ao âmbito de aplicação. Essa é a posição da doutrina maioritária, de que é bem representativo o “*Traité*” de Laubadère que já várias vezes citámos. As dúvidas e incertezas a propósito da consistência e conteúdo das situações subjectivas dos autorizados a utilizar o domínio público, as divergências sobre a natureza dos direitos do concessionário e de alcance de construção dos direitos reais administrativos, agora em face da Lei de 1994, são apenas alguns aspectos salientes dessas dificuldades.

⁽²²⁾ Cf. Laubadère et alii, “*Traité...*”, tomo II, cit., pág. 133 e segs..

⁽²³⁾ Veja-se, por exemplo, o livro de Ruiz Ojeda, “*Domínio Público Y Financiamiento Privado de Infraestructuras Y Equipamientos*”, Madrid, 1999, e dos trabalhos franceses aí referidos.

A experiência francesa aponta, contudo, alguns caminhos a explorar, particularmente interessantes para um ordenamento jurídico, como o português, onde a elaboração doutrinal e legislativa tem sido mais escassa, e onde a necessária flexibilização do domínio público, em ordem a facilitar os investimentos nas infraestruturas públicas se encontra muito atrasada.

Dois pontos, aliás interrelacionados, oferecem pistas particularmente sugestivas: a flexibilização do regime de domínio público, com a admissibilidade da constituição de direitos reais de garantia e de direitos reais menores por um período razoável de tempo e a utilização dos contratos de locação financeira, o “leasing”. Já em matéria de “project finance”, a experiência francesa é menos rica. Questão que merece atenção é o facto de em França a titularidade do domínio público só ser possível em relação ao Estado e a pessoas colectivas de direito público. Essa nota que constitui um aspecto comum aos ordenamentos que conhecem a instituição dominial merecerá consideração especial para se apurar que consequências terá a privatização de pessoas colectivas públicas titulares, “proprietárias” de importantes sectores ou parcelas do domínio público.

VI — O Domínio Público Em Itália

18. A história legislativa e dogmática do domínio público e dos bens públicos em Itália dá-nos a medida da transição gradual das concepções francesas para perspectivas mais próximas das germânicas, mas sobretudo que obviam a alguns dos impasses que observámos nas leis e literatura gaulesas.

Vale a pena referir sucintamente a história dogmática do conceito de domínio público além dos Alpes. Poderemos considerar três períodos. Num primeiro período, até final dos anos sessenta do século XIX, o conceito de domínio público encontrava-se intimamente relacionado com o conceito de soberania. O Estado como sujeito exerce uma série de poderes de vigilância, conservação e

(24) Veja-se, por todos, L. Meucci, “Istituzioni di Diritto Amministrativo”, Turim, 1892, pág. 344.

custódia sobre um conjunto de “res nullius” ou de “res communes omnium” (24).

Na segunda fase, do primeiro Código Civil ao Código de 1942, domina o conceito de propriedade pública, como forma específica do conceito genérico comum de direito real de propriedade (25).

O Código Civil de 1942, que tanta influência teve na elaboração do nosso Código Civil de 1966, indica no artigo 822.º, de um modo que se pretende taxativo, diversos bens pertencentes ao domínio público. O Código manteve também a distinção do direito anterior entre património disponível e indisponível — veja-se o artigo 826.º. O trabalho mais significativo de toda esta segunda fase é certamente o clássico “Il Demanio” de Enrico Guicciardi, publicado em Pádua, o ano de 1934, onde se acentua, como requisito da dominialidade, a função específica do bem, ou melhor, a qualidade do bem de servir para o exercício de uma função exclusiva da entidade pública (26).

Na terceira e última fase, marcada pela consagração constitucional de normas sobre a propriedade pública e privada — artigo 42.º, 1 da Constituição Italiana —, os bens do domínio público são sobretudo encarados na perspectiva da sua utilização e capacidade para produzir riqueza. Compreende-se, por isso, a sua articulação com o urbanismo, mas também com a tutela do ambiente, a protecção da paisagem e a defesa do solo (27).

Na doutrina deste último período, a obra porventura mais marcante é a de Sabino Cassese, “I Beni Pubblici — Circolazione E Tutela”, publicada pela Giuffrè de Milão, em 1969. Aí se defende, partindo da interpretação das normas constitucionais italianas, que o domínio público, melhor, os diversos tipos de propriedade pública, assentam na reserva absoluta ou relativa da legitimidade da apropriação dos bens públicos por parte dos sujeitos

(25) Vejam-se os artigos 426.º e 432.º do Código Civil de 1865 e o trabalho de G. Zanobini, “Il Concetto di Proprietà Pubblica E Requisiti Giuridici Della Dominialità”, de 1923, reproduzido nos “Scritti Vari Di Diritto Pubblico”, Milão, 1955, pág. 165 e segs..

(26) Obra citada, págs. 70-75.

(27) Cf. a síntese de Massimiliano Arsi, “I Beni Pubblici” no “Trattato di Diritto Amministrativo”, dirigido por Sabino Cassese, Parte Especial, tomo II, Milão, 2000, pág. 1265 e segs..

privados. Esta óptica que nega a existência de uma propriedade pública de natureza diferente da privada — o conceito de propriedade é sempre o mesmo —, introduz grande ductilidade no regime dos bens públicos, incluindo os bens indisponíveis que integram o domínio público e confere o necessário relevo à funcionalidade económica dos bens. Aproxima também a doutrina italiana e em última análise, o ordenamento italiano de soluções baseadas nas limitações quanto ao uso dos bens, que é a posição dominante na doutrina alemã. Dando conta dos diversos regimes de propriedade existentes quando o seu titular é uma pessoa pública, evita as ambiguidades da construção dos direitos reais administrativos de Hauriou, entre nós adoptada, pelo menos até à penúltima edição do “Manual”, por Marcello Caetano.

O regime de direito público, em Itália como em Portugal — aliás como em França, mas aí a situação está sedimentada por uma longa tradição jurídica e pela prática judiciária — encontra-se na disponibilidade do legislador ordinário e é profundamente influenciado, nas amplas zonas lacunares existentes, pela doutrina. Compreende-se, por isso, a atenção que nos deve merecer o ordenamento jurídico e a doutrina italiana, ainda para mais tendo em conta a consagração constitucional do instituto dominial e influência que o Código Civil de 1942 exerceu sobre o legislador português.

VII — O Ordenamento Jurídico Alemão

19. No direito alemão, com o inêxito da tese de Otto Mayer sobre a propriedade pública como instituto de direito público paralelo ao de direito privado mas autónomo, prevalece a tese do direito sobre uma coisa pública como um direito real limitado, como um direito que condiciona ou limita a propriedade privada sobre a coisa, a qual se mantém. As limitações do direito derivam do acto de afectação (“Widmung”). Há autores que consideram também que a publicidade exige ainda, para além da “Widmung”, uma manifestação do poder organizatório, um acto administrativo de organização que enquadre a coisa na instituição (Stern). Seja como for, resulta que ao lado do conjunto das normas de BGB que continuam a ser aplicadas à coisa enquanto objecto de direitos

reais, a mesma é sujeita a normas de direito público em função sobretudo da sua utilização, normas que condicionam o direito civil que determina o seu regime de base. Discutível é se a aceitação da utilidade da coisa como nota conformadora do seu regime permite que os conceitos de coisa pública e de direito de natureza real pública limitativo dos direitos privados sejam verdadeiramente unitários. Em qualquer circunstância, o regime das coisas públicas — sendo o elenco das coisas públicas muito similar ao francês e ao italiano — é muito dúctil e dominado inteiramente pela ideia da utilidade que é possível obter das referidas “oeffentliche Sachen” (28).

VIII — A Evolução Do Domínio Público Em Portugal

20. Após esta rápida digressão pelos principais ordenamentos jurídicos europeus com Administração executiva, estamos agora melhor preparados para analisar o caso português. Podemos dividir a evolução do domínio público e do seu regime em Portugal em quatro períodos: um primeiro período anterior ao Código Civil de Seabra; um segundo período do Código de Seabra até à Constituição de 1933; um terceiro período, correspondente à vigência da Constituição de 1933, mas abrangendo também os anos de 1974 até 1989, data da revisão constitucional que introduziu na nossa actual Lei Fundamental um preceito sobre o domínio público; finalmente, o período actual, de 1989 em diante.

Antes do Código Civil de 1867, seguiu-se fielmente a tradição romanista, sobretudo como vem exposta nas “Institutiones” de Gaio e nas de Justiniano. É decalcando Justiniano que Melo Freire fala nas suas “Institutiones” em “res communes”, nas “res universitatis” e nas “res singulorum” — Livro III, Título I, § VIII; também Coelho da Rocha, nas “Instituições de Direito Civil” escrevia “os

(28) “Cf. para além dos trabalhos sobre “Die oeffentliche Sachen” de W. Weber e de K. Stern, in “Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer”, n.º 21, Berlim, 1964, respectivamente pág. 146 e segs. e pág. 183 e segs., Hans Juergen Papier, “Recht der Oeffentlichen Sachen” in “Allgemeines Verwaltungsrecht” dirigida por Badura et Alii, vol. I, 11.ª ed., Berlim, 1988, pág. 573 e segs..

bens, considerados quanto à pessoa que os possui, são nacionais, municipais, dos estabelecimentos públicos e particulares” (29).

No Código Civil de 1867 não se seguiu a proposta do Visconde de Seabra — que considerava do domínio público as coisas que pertencem ao Estado ou à Nação, podendo pertencer ao Estado em propriedade plena “ou somente em propriedade se o seu uso é permitido aos cidadãos — artigos 391.º e 392.º do Projecto.

O artigo 370.º do Código de 1867 declara fora do comércio as coisas que não podem ser objecto de apropriação. Por sua natureza, estão fora do comércio as coisas que não podem ser apropriadas por algum indivíduo; por disposição da lei aqueles que a mesma lei declara insusceptíveis de propriedade particular — art. 372.º. Sob a designação de coisas públicas e coisas comuns, os artigos 380.º e 381.º enumeram as dependências do domínio público, ainda que a expressão domínio público propriamente dita só seja utilizada no § 4 do artigo 380.º.

Ao lado portanto das coisas que pertencem ao Estado, são também coisas públicas as de uso público, embora os usuários não sejam delas proprietários (30).

Neste período o tratamento da matéria foi feito basicamente por civilistas, sendo a excepção, no fim do período, a dissertação do Professor Carlos Moreira, dando já conta das contribuições de alguns administrativistas, mas ainda muito chegada à análise romanista das coisas objecto dos direitos feita pelos civilistas.

O terceiro período é marcado pela enumeração das coisas do domínio público feita pelo artigo 49.º da Constituição de 1933 e pelo Decreto-Lei n.º 23 565, de 15 de Fevereiro de 1934, que mandou proceder ao cadastro daqueles bens e pelos desenvolvimentos doutrinários nas várias edições do “Manual de Direito Administrativo” do Professor Marcello Caetano. Tal como é sublinhado pelo referido Mestre, “o preceito constitucional teve unicamente por fim estabilizar como valor supra-legal, o carácter de certas categorias de bens, impedindo o legislador ordinário de lho tirar, e não substituir os preceitos das leis anteriores” (31). É assim que se

(29) Coelho da Rocha, in “Instituições de Direito Civil”, tomo I, pág. 57.

(30) Sobre a matéria pode ver-se Guilherme Moreira, “As Águas”, vol. I, pág. 10 e segs. e José Carlos Moreira, “Do Domínio Público”, Coimbra, 1931, pág. 72 e segs..

(31) “Manual...”, 9.ª ed., tomo II, Lisboa, 1972, pág. 873.

manteve em vigor a classificação das águas constante da Lei das Águas de 1919, aliás reafirmada pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24 859, de 7 de Janeiro de 1919.

O facto dos direitos constantes da Declaração de Direitos do artigo 8.º da Constituição de 1933 não ser de aplicação imediata, não dispensando para a sua concreta eficácia a “interpositio” do legislador ordinário, não permite que se retirem da consagração constitucional do direito de propriedade e do domínio público consequências similares às que a doutrina italiana, pela mão de Cassese, infere no que respeita à legitimidade para a aquisição do direito de propriedade e de outros direitos reais.

O domínio público hídrico continua assim a ser indicado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 5787-III, de 10 de Maio de 1919, confirmado pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro. No que concerne especificamente ao aproveitamento das águas fluviais para produção de energia eléctrica, vale a pena ter em atenção que o n.º 3 do artigo 49.º da Constituição de 1933, expressamente referia pertencerem ao domínio público, “os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos ou alveos, e bem assim os que, por direito especial, forem reconhecidos de utilidade pública como aproveitáveis para a produção de energia eléctrica, nacional ou regional, ou para irrigação”.

O Decreto-Lei n.º 468/71, como mais pormenorizadamente se dirá adiante, veio clarificar e agilizar a utilização do domínio público, ao regular a transmissibilidade das licenças e concessões, ao autonomizar o direito de propriedade privada sobre as edificações e obras construídas em parcelas de domínio público e ao permitir, mediante autorização, a hipoteca das mesmas — artigo 25.º.

IX — A Doutrina De Marcello Caetano Quanto Ao Sector Eléctrico. Sua Crítica.

21. Mas, no campo doutrinal, regista-se nesta fase uma viragem muito importante, passando com Marcello Caetano o acento tónico em matéria de domínio público a pertencer aos administra-

tivistas e não aos civilistas como, com a excepção do Professor Carlos Moreira, até aí acontecera. Vale a pena resumir o essencial do pensamento do Autor do "Manual" tal como foi formulado na última edição onde a questão é tratada, o tomo II da 9.^a edição de 1972, págs. 855-935, mas especialmente págs. 862-896.

Para Marcello Caetano, do artigo 49.º, n.º 8 da Constituição e do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 23 565, de 15 de Fevereiro de 1934, retira-se que os bens do domínio público são os expressamente enumerados na lei e que a lei só manda incluir no cadastro, para além dos expressamente indicados, "os demais bens que estejam no uso directo e imediato do público".

As coisas que têm utilidade pública natural ou inerente devem ser apropriadas por pessoas colectivas, tendo-se como públicas. A utilidade pública inerente revela-se por via de índices. Deste modo, o carácter público das coisas resulta da lei — critério de enumeração específica — ou, ainda, quanto aos bens do Estado, por um índice evidente cuja existência envolve necessariamente publicidade, o uso directo e imediato pelo público.

As redes eléctricas não são, obviamente, passíveis de uso directo pelo público. Carecem de um serviço que faculte a sua utilização pelos utentes.

Marcello Caetano acrescenta depois uma outra forma de extensão da dominialidade através do conceito de universalidade definido no artigo 206.º, n.º 1 do Código Civil de 1966, embora não restrinja a pluralidade de coisas, pertencendo à mesma pessoa e com destino unitário, às coisas móveis. Universalidades públicas são assim "complexos de coisas pertencentes ao mesmo sujeito de direito público e afectadas ao mesmo fim de utilidade pública, que a Ordem jurídica submete ao regime administrativo como se se tratasse de coisas públicas simples". Marcello Caetano dá como exemplo, entre outros, de universalidade pública, a linha férrea objecto da concessão da C.P. (Base X anexa ao Decreto-Lei n.º 38 246, de 9 de Maio de 1951).

O Administrativista que vimos citando, considera depois, seguindo Hauriou, haver uma comerciabilidade de direito público, paralela à comerciabilidade das coisas patrimoniais de direito privado e completamente autónoma em relação a esta. Daí criticar o artigo 1304.º do Código Civil actual que sujeita as coisas públicas

ao disposto nos preceitos de direito civil “em tudo o que não for especialmente regulado e não contrarie a natureza própria daquele domínio”. Acrescenta que a comercialidade de direito público é susceptível de diversos graus, desde o domínio eminente sobre o espaço aéreo ou o espaço marítimo territorial até a um direito de propriedade pública ou administrativa. O proprietário das “res publicae” exerce o “jus excludendi alios” por meio de actos administrativos definitivos e executórios, isto é, através de autotutela administrativa. Afasta-se, assim, neste ponto específico do ensinamento de Hauriou, com base no conceito do privilégio de execução prévia que defende e do âmbito material vastíssimo em que aplica este instituto.

No que respeita especificamente às redes de distribuição pública de energia eléctrica, suas obras e canalizações, estas como rede constituem uma universalidade pública. Marcello Caetano entende porém que “para ser considerada dominial uma central, linha ou subestação se torna necessário: 1.º — que haja sido construída por pessoa colectiva de direito público ou em consequência de concessão por ela outorgada; 2 — que esteja afecta ao serviço público (32).

Freitas do Amaral, embora defendendo posições próprias quanto às situações jurídicas do utilizador do domínio público, aceita a construção base de Marcello Caetano (33).

22. O Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, que substitui o Decreto-Lei n.º 23565, repete o preceituado neste último diploma quanto às redes de distribuição pública de energia e ainda acrescenta, no artigo 4.º, alínea *d*) as barragens de utilidade pública, na lógica da disciplina da dominialidade das correntes de água navegáveis e flutuáveis, reafirmada e modernizada pelo Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro.

23. A revisão constitucional de 1989 veio introduzir profundas mudanças legislativas. Com efeito, não só reintroduz no nível cons-

(32) “Manual...”, tomo II, cit., 9.ª ed., pág. 887.

(33) “A Utilização do Domínio Público pelos Particulares” cit., pág. 147 e segs. e pág. 253 e segs..

titucional, um preceito sobre o domínio público — artigo 84.º —, o qual passará a ter que ser interpretado em conjugação com o direito de propriedade — artigo 62.º, n.º 1 —, como ainda eliminou a proibição da iniciativa privada se desenvolver em outros sectores até aí reservados às pessoas colectivas empresariais de natureza pública e autorizou as privatizações. No sector da electricidade estava aberto o caminho para que a EDP admita capital privado e para que passem a ser produtores ou distribuidores de energia, sociedades privadas.

24. Passemos agora a debruçarmo-nos mais especificamente sobre o sector de produção, transporte de energia eléctrica para procurar responder às questões que formulámos.

A questão inicial que se põe é a de saber se os bens afectos à produção, transporte e distribuição em alta e baixa tensão são bens do domínio público. Em caso afirmativo, importa ainda averiguar qual o regime jurídico a que estão submetidos e em que medida estão subtraídos ao comércio jurídico privado; em caso negativo, importa também indagar se a sua pertença a um serviço público não implica limitações à sua comerciabilidade. Por razões de ordem prática e uma vez que Marcello Caetano se pronunciou afirmativamente sobre a dominialidade das redes eléctricas como universalidades, embora com a limitação de pertencerem a uma pessoa pública ou pelo menos de se encontrarem no âmbito de uma concessão outorgada por uma pessoa pública e de se encontrarem afectas a um serviço público, começemos por examinar a tese deste Professor, aceitando as premissas da doutrina que defende a natureza da propriedade pública da dominialidade. Indagaremos, posteriormente, se a própria teoria básica do domínio público de Marcello Caetano e seus seguidores, que se inspira fundamentalmente na doutrina de Hauriou, não deve ser substituída por uma teoria mais explicativa. Em estrito rigor, esta última parte deveria preceder a aplicação ao sector eléctrico da doutrina de Marcello Caetano e a sua avaliação crítica a que procederemos. Mas a índole predominantemente funcional deste trabalho destinado inicialmente a responder a uma consulta com a segurança desejável mesmo perante determinadas incertezas doutrinárias, aconselha a proceder como indicámos.

25. Olhemos o problema da perspectiva do objecto dos direitos, do ponto de vista das coisas. De acordo com a teoria de Marcello Caetano, a dominialidade resulta ou de uma enumeração específica ou de um índice evidente de dominialidade, o uso directo e imediato do público. Esses critérios levam a considerar as redes de distribuição pública de energia e as barragens como bens dominiais, mas não já os centros produtores e, provavelmente, nem sequer as redes de transporte e as subestações. Tudo o que não é taxativamente enunciado não pode ser considerado como coisa pública, pois que não pode considerar-se como possuindo uma utilidade pública natural ou inerente. Por isso mesmo, Marcello Caetano é obrigado a construir o conceito de universalidade e a lançar mão de um critério novo, a afectação ao serviço público, que é também uma ideia de Hauriou, mas que não foi considerada no critério inicial de dominialidade do Professor de Lisboa.

O conceito de universalidade pública — que é uma mera construção doutrinal e que é dominado pelo aspecto funcional ou teleológico — leva a atribuir a qualidade pública a coisas que não foram nem enumeradas pela lei, nem susceptíveis de uso imediato pelo público. Não excluimos que a lei possa, ao enumerar as coisas públicas, servir-se do conceito de universalidade, mas este não pode ser construído e aplicado como uma categoria geral, sem que haja o apoio do dado legislativo em cada aplicação concreta, caso a caso. E o desmentido mais decisivo da aplicação sempre necessária do conceito de universalidade quando existe uma unidade funcional, é dado pelo próprio legislador, ao admitir, no artigo 25.º, n.ºs 2 e 4 do Decreto-Lei n.º 468/71, a autonomia das obras e edifícios construídos em terrenos do domínio público. Essas obras ou edifícios poderão reverter posteriormente para o Estado no fim da concessão, mas enquanto esta durar são bens privados objecto de propriedade privada, embora sujeitos a limitações resultantes das finalidades que os bens dominiais visam permitir alcançar. Essa era, aliás, a doutrina tradicional na matéria desde, pelo menos, o Decreto com força de lei n.º 5787 — III, de 10 de Maio de 1919 (Lei das Águas), artigo 52.º.

O regime previsto no Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960, para os chamadas bens afectos à concessão, tem também de ser claramente interpretado no sentido de uma

rejeição de publicização dos edifícios e demais instalações da concessão, que pelo contrário continuam a ser propriedade privada do concessionário, embora possam reverter para o Estado finda a concessão. São claras nesse sentido as disposições sobre resgates e requisição de concessão: — artigos 54.º, 55.º, 56.º, 57.º, 61.º, 62.º, 66.º —, e os preceitos sobre a exploração da concessão: — artigos 75.º, 76.º, todos do Decreto-Lei n.º 43 335. O artigo 86.º do mesmo diploma permite, mediante autorização do Governo, vender, trespassar, ceder, dar de arrendamento ou onerar a concessão, ou transformar por outrém, a sua exploração ou a utilização de instalações, dependências ou concessões que lhe estejam afectas. No mesmo sentido vai também o artigo 688.º, n.º 1 do Código Civil, o qual autoriza hipotecar o próprio direito constituído pela concessão. Freitas do Amaral propõe uma interpretação correctiva daquele preceito com base no artigo 25.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 468/71, a qual tem de ser conjugada com a afirmação de natureza pública dos direitos criados ou transferidos para o concessionário e do seu carácter de “res extra commercio” do seu objecto. O artigo 86.º do Decreto-Lei n.º 43 335 que acima citámos, não favorece essa interpretação restritiva.

Mas o ponto, muito relevante quanto à questão da natureza jurídica da domínialidade, é, neste específico problema da utilização do conceito da universalidade, irrelevante. O que interessa sublinhar é que se a universalidade fosse um conceito sempre aplicável quando se registasse um conjunto de coisas determinado por uma finalidade jurídica para que todos contribuissem, v.g. um serviço público como o da produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, os edifícios e demais equipamentos construídos pelos particulares em parcelas dominiais, deveriam “ipso facto” ser públicos. Mas é a própria lei que no caso do artigo 25.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 468/71 e, mais em geral, no artigo 688.º, n.º 1 do Código Civil, que rejeita o tratamento juridicamente unitário, impede o funcionamento do instituto de acessão e permite a sua autonomização e submissão ao comércio jurídico privado, embora com as limitações temporais impostas pela sua instrumentalidade em relação ao título que legitima a ocupação do domínio público.

26. A posição de Marcello Caetano assenta na construção do conceito de universalidade pública com excessiva extensão, for-

çando a sua aplicação de modo a abranger todo o instrumentário de um serviço público, e, sobretudo, o uso generalizado que faz da noção, sem o apoio de dados jurídicos concretos que legitimem o seu emprego num determinado sector, constitui um claro exemplo da jurisprudência dos conceitos, extraindo conclusões preceptivas de puras construções doutrinárias. No sector eléctrico, as centrais de produção de energia, sejam de origem hídrica ou térmica, as subestações e demais edifícios ou equipamentos que não sejam linhas eléctricas (de distribuição) ou barragens integrando a rede eléctrica primária (artigo 4.º, *b*) e *d*) do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro) não são bens de domínio público. Não há uma lei que os considere como tais e não é uma integração numa universalidade, com conceito doutrinário, que pode “produzir” essa consequência, aliás contraditada por preceitos do próprio ordenamento. Só quando o legislador adopta ele próprio o conceito de universalidade e daí extrai efeitos, como no caso da regulamentação da CP, se torna legítimo que a “*scientia juris*” aprofunde as implicações da categoria jurídica adoptada.

X — As Transformações Subjectivas No Sector Da Electricidade. Da CPE À EDP, SA.

27. Abandonando, agora, a perspectiva dos objectos imediato e mediato da relação jurídica e tomando o ponto de vista dos sujeitos, há que ter em atenção a evolução registada nas empresas titulares de concessões da rede eléctrica primária.

O Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, que procedeu à nacionalização das sociedades exploradoras do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica — artigo 1.º, n.º 1 —, procedeu também à transferência a título universal a favor do Estado dos patrimónios das anteriores sociedades, incluindo as suas posições de concessionárias — artigo 3.º, n.º 1 do referido diploma.

O Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, que criou a Electricidade de Portugal — Empresa Pública, EDP e nela fusionou todas as empresas do sector anteriormente nacionalizadas, operou

nova sucessão a título universal desta vez dos patrimónios autónomos na titularidade do Estado para a empresa pública agora constituída — artigo 5.º, 1, a), 2 e 3; 7.º, 8.º, 15.º, n.º 1.

A partir da nacionalização, mas particularmente depois da constituição da Empresa Pública EDP, questionou-se sobre a necessidade de existência de uma concessão única que disciplinasse as relações entre o Estado e aquela Empresa Pública. Recorde-se que embora tivesse sido constituído um grupo de trabalho, no tempo da CPE, nunca se chegou a reformular numa concessão única os anteriores títulos outorgados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960. Agora, a natureza pública da empresa permite claramente a dúvida sobre se esta não passa a ser titular do domínio público cuja utilização fora anteriormente concedida, dispensando um título de legitimação e sobre se não será desnecessário que uma entidade pública, sujeita a controlos estaduais apertados de acordo com os respectivos estatutos, tenha ainda de se sujeitar a uma autorização especial por parte do Estado (concessão) para exercer a principal actividade para que fora constituída. A ideia da regulamentação do serviço público a cargo da EDP e a prevista assinatura do contrato programa consignadas respectivamente no artigo 3.º, 1 e 4.º do Decreto-Lei n.º 502/76 constituíram argumentos importantes a favor deste ponto de vista. Outros juristas sustentavam que as matérias reguladas pelas concessões e a que se reportava o artigo 3.º, n.º 2 não podiam ser resolvidas por um regulamento de serviço público e, se nele fossem incluídas, nem por isso deixariam materialmente de ser questões do âmbito das concessões e não normas regulamentares (na reforma legislativa de 1995, voltou a haver formalmente concessão, mas, apenas, para a Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica). Para os efeitos do nosso trabalho, interessa, apenas dizer que, quer fosse o domínio público da titularidade do Estado e confiada a sua administração à EDP, E.P., ou estivesse na titularidade da própria Empresa, não se vislumbrava nenhuma dificuldade quanto à existência e qualificação dos bens dominiais como tal legalmente identificados nos termos em que já vimos — Decreto-Lei n.º 23565, de 15 de Fevereiro de 1934, hoje Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro. Enquanto a EDP se manteve como entidade pública, as mutações jurídicas que sofreu não tive-

ram consequências na qualificação dos bens afectos à sua actividade de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica.

O Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro, abriu a actividade económica de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica à iniciativa privada. A partir daí, podemos passar a ter sociedades privadas que integrem o sector de energia eléctrica, o qual, do ponto de vista empresarial, deixa de ser apenas constituído por entidades públicas. Bastará que o título jurídico requerido para o exercício da actividade deixe de ser a concessão, o que virá a acontecer, tempo depois, quanto à produção e à distribuição, para passarmos a ter instalações com posição funcional idêntica às da EDP — v.g. as dos produtores de energia hídrica, ou dos distribuidores em alta, umas propriedade ou administradas pelas entidades públicas, susceptíveis em termos da doutrina de Marcello Caetano, de serem qualificadas como bens dominiais, e outras instalações que, por serem propriedade de pessoas colectivas privadas, não podem ser consideradas como bens dominiais. Esta é uma incongruência que surge “a posteriori”, motivada pela evolução do sistema eléctrico, mas que reforça a inadequação da doutrina dominante.

Por outra parte, o Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de Janeiro, veio, nos termos autorizados pela Lei n.º 11/90, de 5 de Abril, alterar a natureza jurídica da Electricidade de Portugal (EDP), E.P., transformando-a de empresa pública, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Estatufu igualmente que o Conselho de Administração da EDP elaborasse um plano de criação de novas sociedades anónimas através de cisões simples. Posteriormente o Decreto-Lei n.º 131/94, de 19 de Maio, permitiu a constituição de novas sociedades cinditárias da EDP. Finalmente, o Decreto-Lei n.º 78-A/97, de 7 de Abril, veio aprovar a 1.ª fase do processo de reprivatização do capital social da EDP, Electricidade de Portugal, SA., transformando-a numa sociedade de capitais maioritariamente públicos, mas abrindo desde logo caminho para a possibilidade da privatização da maioria da titularidade do seu capital, o que veio posteriormente a ser autorizado.

Fora dos casos de enumeração taxativa, os bens afectos à produção, transporte e distribuição em alta tensão das sociedades do Grupo EDP, de REN e demais sociedades que têm por objecto a

produção e a distribuição de energia eléctrica, não são assim bens do domínio público.

XI — As Alterações No Serviço Público De Electricidade.

28. Volvamos agora a nossa atenção para o campo de actividade do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. Antecipando a aprovação da Directiva 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, foram publicados em 27 de Julho de 1995, sete diplomas — Decretos-Leis n.º 182/95, 183/95, 184/95, 185/95, 186/95, 187/95 e 188/95 — que impulsionaram a liberalização do sector, de modo a que também Portugal se integrasse no mercado interno europeu de electricidade, um mercado que se pretende livre, transparente e concorrencial. Posteriormente, o “pacote legislativo de 1995” foi republicado com algumas alterações pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 27 de Julho (com excepção do Decreto-Lei n.º 187/95 revisto pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de Fevereiro e do Decreto-Lei n.º 188/95, de 27 de Julho, que foi revogado).

Com essa profunda alteração legislativa, o Sistema Eléctrico Nacional passou a assentar na coexistência de um Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP) e de um Sistema Eléctrico Independente (SEI). O SEP compreende a Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT), explorada em regime de concessão de serviço público e o conjunto de instalações de produção e redes de distribuição explorados mediante um regime de licença vinculada. Do ponto de vista subjectivo, o SEP é composto pelos titulares de licenças vinculadas de produção — a licença de exploração do centro eléctrico produtor é autónoma em relação à concessão de utilização do domínio hídrico, consoante dispõe o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Julho —, pela entidade concessionária de RNT e pelos titulares de licenças vinculadas de distribuição — artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 182/95. Esta estruturação do serviço público em que só o transporte está sujeito a concessão, enquanto o exercício das actividades de produção e de distribuição estão sujeitos a meras licenças, para já não falarmos do SEI, evidencia bem quão longe estamos de qualquer ideia de conceber

todos os bens instrumentais do serviço de electricidade como uma universalidade pública. Os regimes jurídicos são diferentes entre a produção e distribuição e o transporte, e ainda entre o Sistema Eléctrico de Serviço Público e o Sistema Eléctrico Independente. Mesmo na RNT, segundo aliás o que já estatuiu o Decreto-Lei n.º 43 335 (artigos 13.º, 54.º, 55.º, 56.º, 57.º), os bens afectos à concessão não são todos públicos ou todos privados, como facilmente se deduz da leitura das Bases VI, VIII e IX anexas ao Decreto-Lei n.º 185/95.

XII — Consequências Da Análise Feita Quanto À Dominialidade Dos Bens Do Grupo EDP

29. Poderemos assim concluir que, mesmo não pondo em causa a tese de propriedade pública defendida por Marcello Caetano, as soluções que este Autor defende baseado no conceito de universalidade pública em conjugação com o de serviço público não podem aceitar-se. Em primeiro lugar e como demonstrámos, Marcello Caetano tem de lançar mão da noção de serviço público por, no caso do sector eléctrico, emprestar unidade teleológica às diferentes fases de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, esquecendo que o próprio legislador as autonomiza, considerando categorias distintas de concessões para cada uma delas — Decreto-Lei n.º 43 335, artigo 5.º. Ao socorrer-se da noção de serviço público, junta uma nota nova no critério de definição de dominialidade que ele próprio apresentava.

Em segundo lugar, é o próprio legislador que considera autonomamente as instalações e edificações, mesmo que feitas em parcelas de domínio público, o que contraria a aplicação generalizada do conceito de universalidade pública e a publicização de todas as coisas interligadas por uma unidade funcional. O legislador desmente a construção doutrinal, que, aliás, constitui um claro exemplo dos perigos metodológicos da jurisprudência dos conceitos.

Em terceiro lugar, com a liberalização do serviço público operada pelo pacote legislativo de 1995 e com a criação do Grupo EDP e a sua privatização, as actividades de produção e de distribuição já não são autorizadas por concessão mas por licença,

podendo os titulares dessas licenças ser entidades públicas ou privadas. A própria EDP (“holding”) deixou de ser uma sociedade de capitais exclusivamente públicos, cessando até de ser uma sociedade de capitais maioritariamente públicos, isto é, abandonando o universo empresarial público concebido em termos estritos.

Do que foi dito, pode assim inferir-se que na tese mais favorável à publicidade dos activos corpóreos da EDP, a que sustenta que o domínio público tem a natureza de uma propriedade pública e que, para além da Constituição — artigo 84.º — o domínio público do Estado está enunciado no Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro sobre o domínio público hídrico e no Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, a propósito do inventário geral do património do Estado — só são bens do domínio público: os cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos e margens e os que forem reconhecidos por lei como aproveitáveis para a produção de energia eléctrica ou para a irrigação, as barragens e respectivas albufeiras e as redes públicas de distribuição de energia eléctrica.

De fora ficam as centrais produtoras de energia mesmo que de origem hídrica — o contrato de concessão de utilização do domínio hídrico é distinto da licença para o centro eléctrico produtor e processa-se segundo os termos do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, sendo concessionária a entidade concessionária da RNT que por sua vez subconcessiona à entidade que explora o centro electroprodutor, artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Julho —, todos os imóveis e móveis afectos à concessão da Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica e todo o restante equipamento necessário ao serviço de produção e transporte de energia eléctrica.

30. Mas, mesmo no que se reporta à distribuição de energia eléctrica, a situação alterou-se depois da publicação do “Pacote legislativo de 1995”, em especial do Decreto-Lei n.º 184/95, de 27 de Julho, diploma que veio estabelecer o regime jurídico do exercício de actividade de distribuição de energia eléctrica no âmbito do Sistema Eléctrico de Serviço Público e do Sistema Eléctrico Não Vinculado, quer a distribuição se faça em alta, média ou baixa tensões.

Na verdade, não contando as redes de distribuição pública de energia eléctrica de enumeração constitucional feita no artigo 84.º, a sua dominialidade assenta exclusivamente na da sua inclusão no cadastro dos bens do domínio público do Estado constantes do Decreto-Lei n.º 477/80.

A disciplina do exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica — deixando de parte a distribuição em baixa tensão no âmbito do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, que ainda regula os contratos de concessão outorgados pelos municípios, mas em que obviamente não há bens do domínio público, pois não estão incluídos no cadastro do Estado constante do Decreto-Lei n.º 477/80 -, em particular no que se refere à constituição de redes — artigo 4.º —, à transmissão dos bens e às indemnizações que forem devidas — artigo 28.º —, à transmissão de relações jurídicas, fundos e garantias — artigo 29.º — e ao inventário — artigo 30.º, todos do Decreto-Lei n.º 184/95, de 27 de Julho, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março —, evidencia claramente que as redes no sentido dado pelo artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 184/95 citado, não são bens de domínio público, mas têm um regime muito similar ao dos bens afectos às concessões previsto no Decreto-Lei n.º 43335, de 19 de Novembro de 1960. A circunstância de os titulares das licenças de produção poderem não ser pessoas colectivas de direito público e o título autorizativo ser uma licença e não uma concessão reforçam ainda a razão por que pensamos não existir dominialidade quanto às redes de distribuição pública de energia eléctrica. Não pertencem ao Estado, nem integram o domínio público, as redes de distribuição em alta, construídas por entidades particulares e ligadas ao SEP por uma licença vinculada.

31. Esclarecido ficou só pertencerem ao domínio público os bens do Grupo EDP que integrem o chamado domínio público hídrico, nos termos do Decreto-Lei n.º 467/71, de 5 de Novembro. A nova legislação distingue, porém, quando se trata de aproveitamentos hidroeléctricos, entre a autorização para exploração de centros electroprodutores e a concessão para a utilização do domínio hídrico. Com efeito, a concessionária da RNT tem um papel central na preparação e concretização dos planos de expansão de pro-

dução de energia eléctrica. No caso dos aproveitamentos hidroeléctricos no âmbito do SEP, a concessionária da RNT procede à aquisição do sítio onde será instalado o aproveitamento ou à obtenção da sua posse quando se tratar de bens do domínio público ou privado da Administração Pública — artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 183/95. O contrato de concessão de utilização do domínio hídrico é celebrado com a concessionária de RNT, que por sua vez procede a uma subconcessão a favor da entidade seleccionada para explorar o novo centro electroprodutor. O regime dos bens do domínio público hídrico abrangido pela concessão de utilização é o estipulado nos artigos 25.º e 26.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, o que em termos práticos significa possibilidade, desde que devidamente autorizada, de oneração ou de transferência da propriedade privada tendo por objecto as obras e demais construções efectuadas sobre as dependências do domínio hídrico, com ressalva de que esses direitos reverterão gratuitamente para o Estado no final da concessão.

XIII — Bens Privados Afectos Às Concessões

32. No que respeita aos restantes bens que integram o património de sociedades componentes do Grupo EDP teremos de distinguir, para efeitos de análise, entre aqueles bens que se considerariam segundo o regime do Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960, afectos às concessões, e os restantes.

Quanto a estes últimos, não existem especificidades por integrarem o património do grupo de sociedades EDP que os distingam dos bens das restantes sociedades, e deles não temos de nos ocupar. Quanto aos primeiros, há que proceder a um exame mais minucioso.

Para facilidade e maior clareza de análise vamos distinguir dois planos: o da vigência da disciplina sobre as concessões e sobre os bens às mesmas afectos, constante do Decreto-Lei n.º 43 335; o da duração e eventual caducidade das concessões de que eram titulares as sociedades que foram nacionalizadas pelo Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril e depois fusionadas pelo Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, ou ainda do regime dos bens afectos às

concessões consideradas autonomamente, e isto independentemente da vigência ou da aplicação do Decreto-Lei n.º 43 335.

O Decreto-Lei n.º 43335, de 19 de Novembro de 1960, foi sofrendo no decorrer do largo período de tempo decorrido até 1995, diversas revogações, sob forma tácita, de alguns dos seus preceitos. É, porém, com o pacote legislativo de 1995 que a maior parte do seu dispositivo é substituído; todavia, para evitar uma revogação geral total, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, “in fine” do Código Civil, o artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, teve o cuidado de dizer que se mantinham em vigor os preceitos do Decreto-Lei n.º 43 335 referentes à matéria coberta pelos regulamentos previstos naquele novo diploma, enquanto os mesmos não fossem publicados. Esses regulamentos, previstos e autorizados pelo artigo 63.º do Decreto-Lei n.º 182/95, já foram todos publicados, motivo por que, verificada a condição, o Decreto-Lei n.º 43 335 se tem de considerar finalmente revogado por inteiro.

Questão diversa é a de saber qual o destino das concessões outorgadas, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 43335, às empresas a que a EDP sucedeu a título universal. Problema ainda diferente será, se tal for útil, averiguar se subsistindo ou não as concessões, alguns aspectos do regime de bens afectos às concessões não devem considerar-se como de natureza regulamentar. Não ofendendo direitos adquiridos da concessionária, não deverão aqueles preceitos entender-se como substituídos por novo regime mais liberal, pelo menos a partir da revogação do Decreto-Lei n.º 43 335?

33. O problema da subsistência ou não das concessões é complexo e melindroso. Pensamos, porém, que a resposta deve ser decisivamente no sentido da extinção das concessões. Vejamos porquê.

Com o Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, a universalidade dos bens, direitos e obrigações que integravam o activo e passivo das sociedades que foram objecto de nacionalização foram transferidos para o Estado, embora nele se mantendo como patrimónios autónomos — artigo 3.º, n.º 1 daquele diploma. Esses patrimónios autónomos, pertencentes ao Estado mas administrados pelas empresas públicas nacionalizadas são, depois, a quando da constituição da EDP pelo Decreto-Lei n.º 502/76, transferidos para

a Electricidade de Portugal, Empresa Pública, EDP — artigo 5.º, n.º 1.

Se é certo que enquanto não fosse publicada a regulamentação de serviço público a cargo da EDP, esta teria todos os direitos e ficaria sujeita a todas as obrigações que pelos cadernos de encargos das concessões ou por qualquer outro título regulador do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica fossem atribuídos ou impostos às sociedades nacionalizadas, e manteria todas as regalias garantidas, entre outros, pelo Decreto-Lei n.º 43335 — artigo 3.º, n.º 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 502/70, de 30 de Junho —, a verdade é que com a nacionalização e a integração no Estado como patrimónios autónomos, dos antigos patrimónios das sociedades nacionalizadas, as concessões cessam por confusão entre concedente e concessionários. Se bem que como resulta claramente do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 205-G/75, a fase dos patrimónios autónomos do Estado administrados pelas empresas nacionalizadas não foi mais do que um período de transição entre as sociedades privadas existentes antes das nacionalizações e a empresa pública EDP, os contratos administrativos de concessão entre o Estado e as empresas não puderam subsistir no período em que os patrimónios estavam, embora autónomos, na titularidade do Estado. A EDP, EP, recebeu esses patrimónios autónomos e os direitos e deveres em relação ao Estado foram “ressuscitados” “ex vi” dos citados artigos 3.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, mas os negócios jurídicos públicos não foram renovados, nem houve quaisquer novas manifestações de vontade contratual.

Esta cessação da vigência da concessão por confusão na mesma pessoa da posição de concedente e concessionário, não resolveu porém a situação jurídica dos bens anteriormente afectos à concessão por força da “ressurreição” dos direitos e obrigações e do seu regime operados pelos artigos 3.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 502/76, há pouco citados.

Poderá sustentar-se que, a quando da transformação da EDP em sociedade de capitais exclusivamente públicos pelo Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de Janeiro, ou, mais tarde, quando, após se ter procedido à avaliação do património da EDP, nos termos do artigo 8.º desse referido Decreto-Lei n.º 7/91, e às cisões reguladas

pelo Decreto-Lei n.º 131/94, de 19 de Maio e na medida em que a avaliação patrimonial não tenha reflectido as limitações impostas aos bens afectos às antigas concessões, esse regime tenha cessado. Essa avaliação foi muito importante por ter servido de base à aprovação da 1.ª fase do processo de reprivatização da EDP, realizada pelo Decreto-Lei n.º 78-A/97, de 7 de Abril. A partir daí, os resultados da avaliação serviram de base ao valor da alienação operada pelo Estado e este não poderá vir a pretender ser titular de situações jurídicas pretensivas face à EDP diferentes das que serviram de base à oferta pública das acções.

Mas, ainda com maior segurança se poderá dizer que esses direitos e obrigações terminaram com a regulamentação do serviço público feita pelo pacote legislativo de 1995 que cumpriu as condições previstas no artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 502/76, no sentido de se proceder a uma nova regulamentação de serviço público de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. A extinção das concessões em 1975 só serviu para tornar desnecessária a outorga de novas concessões ou a integração nas antigas de novos centros electroprodutores ou de novas linhas de transporte e distribuição em alta e média tensões. Mas, com a nova regulamentação de 1995, depois reconfirmada com pequenas alterações em 1997, as antigas obrigações da EDP, v.g. quanto ao resgate e rescisão das concessões, bem como os seus direitos, v.g. em relação ao equilíbrio económico das concessões, cessam. Os bens afectos às concessões deixam de estar sujeitos às anteriores limitações, com excepção dos resultantes das concessões de utilização do domínio hídrico em relação aos bens construídos sobre as respectivas dependências e aos bens afectos à RNT. O mesmo já não acontece com os bens afectos às concessões outorgadas pelos municípios e suas federações, visto que aquelas concessões continuam a subsistir, e assim também continua válido e eficaz o regime dos bens afectos a estas concessões.

34. Os resultados a que já chegámos sem infirmarem as bases da tese de natureza do direito de propriedade pública de domínio público, permitem-me responder com segurança às questões que nos propusemos. Mas, vale a pena porque dá uma visão mais explicativa do domínio público e das suas aplicações e é mais consen-

tânea com as normas constitucionais e os dados legislativos do nosso ordenamento, apresentar, ainda que muito sucintamente, a teoria do domínio público que consideramos mais ajustada. Essa teoria, dogmáticamente mais satisfatória, confirma inteiramente os resultados alcançados pela aplicação crítica da teoria tradicional dominante.

XIV — O Domínio Público Como Restrição Ou Proibição Da Legitimidade Dos Particulares Para Adquirirem O Direito De Propriedade Sobre Certas Coisas

35. A in comerciabilidade costuma ser apresentada como a nota característica essencial dos bens do domínio público. A imprescritibilidade, a impenhorabilidade são notas que igualmente acompanham aquelas, mas são dela derivadas. Mas as “res extracommercium” distinguem-se dos bens privados não pela sua natureza intrínseca — os autores distinguem entre um domínio público natural e artificial, tal como acontece nas coisas objecto de direitos privados — mas pela disciplina jurídica da sua apropriação.

A Constituição de 1976 consagra o direito de propriedade privada como um direito fundamental de carácter económico — artigo 62.º. Mas, é também um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias regulados no Título II da Parte I da Constituição — artigo 17.º. É por isso um direito directamente aplicável, que só pode ser restringido nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos — artigo 18.º, n.ºs 1 e 2.

O domínio público constitui um limite constitucional — artigo 84.º — a uma situação jurídica privada que tem um mínimo garantido na disciplina constitucional. Esse limite consubstancia-se na reserva de apropriação de determinados bens, proibindo que eles possam ser adquiridos pela generalidade das pessoas — reserva negativa — e autorizando outras, certas pessoas colectivas de direito público a acederem à sua titularidade — função positiva da reserva. Em rigor, privam-se certas pessoas da legitimidade para

aceder à titularidade de certos bens, ou melhor, de certos direitos reais que são sempre necessariamente identificáveis pelo seu objecto, embora também o possam ser por outras notas características.

Depois do enunciado feito no artigo 84.º, n.º 1 da Constituição, o seu n.º 2 autoriza o legislador ordinário a definir quais os bens que integram o domínio público do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites. Deste último preceito logo se infere que não há outras entidades públicas legitimadas a serem titulares do domínio público, sejam elas institutos públicos, empresas públicas, sociedades de capitais exclusivamente públicos ou associações públicas. Para além da enumeração dos tipos de domínio público, poderão também utilizar-se índices de publicidade, como o uso directo e imediato pelo público. Esses índices tanto resultam da indicação da lei como do costume. Não há aqui diferenças assinaláveis em relação à doutrina de propriedade pública de Hauriou e Marcello Caetano.

A ideia de que o domínio público consiste numa reserva da legitimidade para a aquisição da titularidade de certos bens permite explicar com facilidade não só os diferentes graus de comerciabilidade que Duguit oportunamente sublinhou, como os diferentes tipos de propriedade pública garantidos pela reserva a favor das pessoas colectivas de direito público indicadas na Constituição. Possibilita ainda dar uma explicação mais cabal do que a tese dos direitos reais menores de natureza administrativa proposta por Hauriou ou a dos direitos reais menores civis que convivem com a propriedade pública. Evita ainda a incongruência de se defender que a propriedade pública tem natureza diversa da da privada, para depois se admitir que na desafecção, a mesma propriedade, coexistindo com eventuais direitos reais menores sobre a mesma coisa, se transforma em propriedade privada. Tal como a personalidade jurídica constitui um conceito único, assim igualmente acontece com a propriedade. A construção aqui defendida que tem também implicações quanto aos meios de defesa do domínio público, designadamente os possessórios, aproxima-se da teoria das limitações de carácter público que incidem sobre as coisas existentes no comércio jurídico privado, mormente defendida na

doutrina germânica, sem, contudo, se confundir com ela, na medida em que o seu núcleo central base é a titularidade reservada a certas pessoas públicas. Não se afasta, antes acolhe muitos dos resultados da doutrina da propriedade pública, pois que a reserva de titularidade a favor de certas entidades não significa que estas não sejam titulares de um direito de propriedade, mas evita a duplicação dos conceitos propriedade pública, propriedade privada. Fornece ainda uma explicação mais razoável do que o “jus emnens” para a extracomercialidade do mar territorial ou do espaço aéreo superior ao território nacional, aí funcionando apenas a reserva negativa, e não havendo função positiva, pois que se trata em matéria de direito interno, de coisas inapropriáveis. Por último, evita a forçada construção de uma personalidade jurídica unitária do Estado de direito interno com carácter global, tendo por órgãos os órgãos de soberania; abre-se, deste modo, caminho para a construção da personalidade jurídica da Administração Pública que tenha por órgão o Governo.

A autonomia das construções e demais instalações feitas sobre o domínio hídrico, para darmos o exemplo mais importante para efeitos deste artigo, passam a ser não limitações precárias do domínio público, vistas de mau grado pelo legislador, mas direitos civis condicionados pela sua convivência com fenómenos de restrição da propriedade privada resultantes da reserva negativa na legitimidade para adquirir. Esses direitos de uso passam a ter, dentro dos limites impostos pelas suas relações com o direito de propriedade dominial, a protecção garantida pelo ordenamento jurídico aos restantes direitos reais civis, designadamente em relação a terceiros, e também naturalmente a transmissibilidade e a susceptibilidade de oneração compatíveis com a sua condição.

XV — Bens Públicos E Limites À Sua Oneração

36. Já concluímos que hoje, no âmbito das actividades de produção, transporte, distribuição e venda de energia eléctrica a que se dedicam as sociedades do Grupo EDP, só existem bens públicos da titularidade do Estado em relação ao chamado domínio público hídrico, isto é, aos aproveitamentos hidroeléctricos, incluindo as

barragens e albufeiras, realizados em rios navegáveis ou fluviáveis. Constatámos também que os bens que anteriormente eram afectos às concessões outorgadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 43335, de 19 de Novembro, deixam de estar sujeitos ao regime pela sua substituição pelo novo regime estabelecido pelo chamado pacote legislativo de 1995, se não mesmo antes, a quando da avaliação do património da EDP no momento da sua passagem a sociedade de capitais públicos. Exceptuamos também desta evolução as posições da EDP resultantes da sua situação de concessionária dos municípios ou das suas federações no que concerne à distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, que seguem um regime próprio assente na disciplina do Decreto-Lei n.º 43 335, visto ainda aí se manter o sistema e regime das concessões.

De tudo o que foi dito pode extrair-se como conclusão final que, de um modo geral, nos seus contratos de fornecimento internacional, como em todos os restantes actos e contratos praticados no âmbito da produção, transporte e distribuição em alta tensão de energia eléctrica, de que possam advir ónus ou encargos de natureza real, a EDP, melhor, as sociedades do Grupo EDP, gozam das mesmas faculdades de que usufruem as outras sociedades comerciais, com as inevitáveis limitações a que se encontram sujeitas devido às licenças necessárias à produção e sua distribuição, e às bases de concessão no que concerne ao transporte. Poderá assim constituir garantias reais, “leasings”, e mesmo alienar ou trocar bens desde que tal não perturbe a funcionalidade das licenças e concessões e das obrigações assumidas daí advenientes.

Por fim, no que se reporta às licenças de produção que envolvam também a concessão ou subconcessão de domínio público hídrico, as faculdades de constituição de direitos reais menores ou de direitos reais de garantia sofrem a limitação de caducarem ou de os direitos reverterem para o Estado no final da concessão de uso privativo. As suas posições como concessionárias da pequena distribuição de energia eléctrica da competência dos municípios continuam, como já dissemos, sujeitas ao regime jurídico dos bens afectos à concessão tal como foi traçado pelo Decreto-Lei n.º 43 335, pois a cessação da vigência deste não envolveu a revogação retroactiva dos limites e obrigações que se constituíram em resultado da sua aplicação no longo período da sua vigência.