

Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Fernando Alves Correia

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

2023 · Volume I

Organização

Fernanda Paula Oliveira

Ana Raquel Gonçalves Moniz

Jorge Alves Correia

Pedro Costa Gonçalves

A subsistência e o exercício do direito de preferência para *arrendamento ou concessão da exploração* sobre imóveis supervenientemente integrados no domínio público

RUI MEDEIROS
AFONSO PATRÃO

I. Introdução – identificação do problema

Quando certa coisa imóvel integra o património privado do Estado, o seu proprietário – o Estado – pode sobre ele celebrar contratos e constituir direitos reais, observadas as respetivas restrições legais¹. Por essa razão, é comum entender-se que o propósito de uma gestão criteriosa do património público pode implicar a celebração de *contratos de arrendamento* sobre tais imóveis ou a sua *cedência a título precário*. Não sendo incomum, nesses casos, que o Estado se obrigue a atribuir ao particular um *direito de preferência* caso venha a decidir, futuramente, celebrar futuro contrato de *arrendamento ou de concessão de exploração* daquele bem.

Simplemente, o estatuto da coisa pode alterar-se, sendo possível a sua posterior integração no *domínio público*. Pense-se, por exemplo, na classificação do imóvel como *monumento nacional*, que implica a respetiva integração do *domínio público*, nos termos da alínea m) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro². Nessa medida, caso o Estado haja conferido ao

¹ Desde logo, as que constam do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, na versão que lhe foi conferida, por último, pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro.

² Como é sabido, a integração de certa coisa no domínio público depende sempre de classificação legal ou constitucional. Mas, a estas, pode revelar-se necessária uma *classificação administrativa*, o “*acto administrativo pelo qual se declara que certa e determinada coisa possui as características e traços identitários de um tipo legalmente definido de bens dominiais*” (ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 14.º”, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público – Domínio público e domínio privado da Administração*, Almedina, Coimbra, 2017, 80-90,

particular um direito de preferência em relação a *novo arrendamento ou concessão de exploração*, importa saber em que medida a superveniente sujeição do prédio ao domínio público afeta esse direito. O que assume particular relevância se o Estado vier, agora através das figuras jurídicas aplicáveis a bens dominiais, conceder o uso ou a exploração daquele monumento.

Com efeito, o direito *do arrendatário* e o direito de preferência *em novo arrendamento* pressupõem a integração do imóvel no património privado do Estado, enquanto coisas sujeitas ao comércio jurídico. Nessa medida, a superveniente incorporação no domínio público – designadamente pela classificação de certo prédio como *monumento nacional*, e independentemente de os poderes dominiais serem exercidos pelo Estado ou por outra entidade pública³ – suscita a questão de saber quais os respetivos efeitos na posição jurídica do particular.

É este o problema que visamos tratar. Ou, sob outra perspectiva, o que está em causa é a questão de saber quais os efeitos que podem reconhecer-se a um *direito de preferência num contrato de arrendamento ou de concessão de exploração* que o Estado haja validamente atribuído quando, posteriormente, o imóvel a que aquele respeita tenha passado a integrar o domínio público.

I. Extinção de todos os direitos de particulares em consequência da integração de imóveis no domínio público?

Pode desde logo questionar-se se a incorporação de certo imóvel no domínio público gera a impossibilidade legal de subsistência de quaisquer direitos de privados que o tenham por objeto. Tal efeito jurídico poderia ser inferido da *extracomercialidade* dos bens dominiais (n.º 2 do artigo 202.º do Código Civil) e, muito especialmente, do disposto no artigo 18.º do Regime Jurídico

p. 89). É justamente o que se passa com os prédios que venham a ser tidos como *monumentos nacionais*: o legislador determina como bens dominiais os “*monumentos nacionais*”, sendo depois necessário um ato da Administração a *classificá-lo* como tal, característica exigida pela lei para aplicação do regime da dominialidade pública – cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 1980, p. 922; JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Domínio Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991, 166-190, pp. 183 e 184.

³ Ensina ANA RAQUEL MONIZ (“Contrato público e domínio público”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, 2008, 831-892, p. 863) que, ainda que o artigo 30.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP) aluda apenas à celebração de *contratos de concessão de exploração a particulares*, é habitual a atribuição de poderes sobre bens dominiais do Estado a entidades públicas, através de decreto-lei (habitualmente, o que cria certa entidade pública).

do Património Imobiliário do Estado (RJPIP)⁴: “*Os imóveis do domínio público estão fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de direitos privados ou de transmissão por instrumentos de direito privado*”⁵. O que poderia fundar a conclusão de que é interdita a titularidade de quaisquer direitos de particulares sobre bens do domínio público, extinguindo-se inevitavelmente quando incidissem sobre coisa dominializada⁶.

A justeza de tal asserção depende das implicações que se retirem do regime jurídico da dominialidade – designadamente a *inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade*, enquanto seus princípios inspiradores⁷. Alterando-se o estatuto jurídico da coisa por efeito da sua absorção pelo domínio público (desaparecendo uma *coisa privada* e criando-se uma *coisa pública*)⁸ – inelutavelmente sujeita a um regime jurídico-administrativo que

⁴ Cf. Decreto-lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, na redação que lhe foi dada, por último, pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro.

⁵ Sublinhado aditado.

⁶ Cf. BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público: contributo para o seu estudo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 160-163: “*A sacralização da tríade de princípios – inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade – vertebradora da dominialidade pública (entendida esta em termos amplos) deu corpo a uma communis opinio, de acordo com a qual a consolidação de direitos reais de natureza jurídico-privatística tendo por objecto bens públicos repugnaria a sua ratio essendi e estaria em íntima contradição com o complexo de regras, exorbitantes do direito comum, aplicáveis a esta singular massa de bens*”.

⁷ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério e o regime jurídico da dominialidade*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 415. E que, de acordo com o Tribunal Constitucional, resultam diretamente do disposto no artigo 84.º da Constituição – cf. Acórdão n.º 136/2006.

Sem pôr em causa a sua vigência no direito positivado, note-se que a doutrina alerta para uma excessiva sacralização desta tríade, cujo alcance não é sequer desejável para o interesse público – cf. BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público...*, cit., pp. 160ss.

⁸ Note-se, pois, que a natureza cultural de um bem não implica necessariamente a sua sujeição ao domínio público. A lei admite expressamente que bens culturais possam ser da titularidade do Estado ou de outras pessoas coletivas públicas sem estarem sujeitos ao estatuto da dominialidade (cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 258), não podendo sobrepor-se sequer o património cultural à titularidade pública (cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Noção e âmbito do direito do património cultural”, *RevCEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano III, n.º 2, 2000, 11-38, p. 20). Até porque a Constituição não estabelece qualquer vínculo entre património cultural e domínio público (cf. artigos 78.º e 84.º da Constituição).

A inclusão de bens culturais no domínio público dependerá do propósito de os sujeitar a um regime mais exigente do que o dos demais bens culturais, designadamente quanto à ideia de *fruição pública* e de subtração total ao comércio privado, enquanto património de uma Nação

é inerente à finalidade e função de carácter público que a que a coisa está vinculada⁹ –, importa saber se a tríade de princípios orientadores do domínio público gera inexoravelmente a extinção de direitos validamente constituídos ao tempo em que as coisas pertenciam ao domínio privado¹⁰.

Tal conclusão não é, a nosso juízo, exata. Desde logo, porque *nem todos os direitos de particulares* estão excluídos por força da dominialidade; em segundo

– como é o caso dos *monumentos nacionais*. Razão pela qual “a *protecção dos bens culturais, dado o regime jurídico de que gozam, prescindirá com frequência do estatuto específico da dominialidade, visto que a própria tutela desses bens enquanto tais cumpre já uma função de interesse público*” (cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 263). O estatuto da dominialidade “*só se justifica até onde vai o seu fundamento*” (*ibidem*, p. 381); é, neste sentido, *excepcional* e fica dependente da estrita necessidade de bloquear as pretensões próprias do comércio jurídico (cf. JOSÉ PEDRO FERNANDES, “Domínio Público”, cit., pp. 178 e 179). Razão pela qual os bens culturais que integram o domínio público são, apenas, o seu “*núcleo mais importante*” (cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Noção e âmbito...”, cit., p. 28).

⁹ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., pp. 139 e 153.

¹⁰ O problema põe-se com maior acuidade nos bens do *domínio público artificial* – aqueles que são submetidos ao domínio público através de um ato estadual – sem que a dominialidade decorra da sua própria natureza: é possível que certos bens, antes incluídos no comércio jurídico e por isso objeto de direitos (reais ou obrigacionais) validamente constituídos a favor de particulares sejam posteriormente integrados no domínio público, sujeitando-se ao seu específico regime jurídico (ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio público hídrico por particulares*, disponível na internet via https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/direito_da_agua_-_a_utilizacao_do_dominio_publico_hidrico_por_particulares.pdf, consultado em 22.08.2022, p. 3).

Tal pode suceder quer porque a lei classifica determinados bens *ex novo* como pertencendo no domínio público, nos termos da cláusula aberta da alínea f) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição; quer porque certo bem, por classificação administrativa, passa a submeter-se a uma das categorias legal ou constitucionalmente abrangidas. Com efeito, em qualquer dos casos, admite-se que o Estado “*por razões de oportunidade ou conveniência (ainda que necessariamente balizada por determinados critérios), possa alargar o espectro dos bens dominiais e, conseqüentemente, o objecto desse regime*” (ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 120). Razão pela qual a autora conclui que “*a definição do domínio público consiste essencialmente numa decisão do legislador e, sobretudo, numa opção de política legislativa*” (“Direito do domínio público”, *Tratado de direito administrativo especial*, Vol. 5, ed. PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES, 2011, II-212, p. 22). No mesmo sentido, cf. ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 14.º”, cit., p. 86; p. 63; ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vols. I e II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 248; AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ e JOÃO GABRIEL QUEIRÓ, “Propriedade pública e direitos reais de uso público no domínio da circulação urbana”, *Direito e Justiça*, vol. IX, tomo 2, 1995, 231-283, p. 252; RUI MACHETE, “O domínio público e a rede eléctrica nacional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, vol. III, 2001, 1367-1411, pp. 1373 e 1408.

lugar, mesmo que assim não fosse, porque a proibição de *criação* de direitos particulares sobre bens do domínio público não resolve a questão de saber qual o destino de direitos validamente constituídos sobre aqueles antes da sua integração dominial.

1. Os direitos privados incompatíveis com a dominialidade: em especial, o estatuto dos direitos de preferência

A primeira decorrência da *propriedade pública* que incide sobre os bens dominiais é, por natureza, a sua titularidade por pessoas coletivas públicas, não se admitindo que seja encabeçada por qualquer entidade particular. É em sua consequência que ocorre a *extracomercialidade privada*, impedindo-se a alienação a favor de particulares ou a constituição *ex novo* de direitos reais sobre bens do domínio público¹¹.

A opção legislativa (de *proibição da propriedade privada* ou de *direitos reais de particulares* sobre bens do domínio público) não é incontroversa. Pelo contrário, propostas doutrinárias há que a vêm pondo em causa, já que a sua admissibilidade permitiria uma racionalização do aproveitamento e exploração dos bens, sem prejudicar a função pública a que esses bens se encontram adstritos¹².

¹¹ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., pp. 405 e 416. Trata-se de uma *garantia institucional* constitucionalmente imposta (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 136/2006), vedando ao legislador a consagração de *propriedade privada* sobre bens do domínio público – ao invés do que sucede em outros ordenamentos (FILIPE BRITO BASTOS, “Comentário ao artigo 18.º”, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público – Domínio público e domínio privado da Administração*, Almedina, Coimbra, 2017, 114-123, p. 117).

¹² Cf. BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público...*, cit., pp. 168-170, alertando que tal conceção “*tem vindo a causar duras provações quer aos particulares interessados na respectiva utilização e aproveitamento, quer à própria Administração sua titular. Daí que não surpreenda a pressão, progressivamente mais intensa, a que tem sido submetida esta interpretação estrita (rigorista) do princípio da inalienabilidade, que, em lugar de resultar em benefício dos bens públicos, acaba, não poucas vezes, por se volver num empecilho a uma sua «fruição» óptima*”. Por essa razão, propõe-se a sua relativização ou revisão da regra da inalienabilidade, cingindo-a ao seu fundamento originário: a salvaguarda da afetação à função pública dos bens. Deverá não ser a coisa a ser inalienável e irrevogável, mas a sua afetação: “*sem excluir, in limine, titularidades jurídico-privadas sobre bens públicos (em ordem a dar satisfação às necessidades práticas da vida) e garantida do mesmo passo, a intangibilidade da sua afectação ao escopo de utilidade pública que presidiu à respectiva dominialização*” (*ibidem*, pp. 180-182). No fundo, a recusa de direitos reais de particulares como “*compreensão do princípio da inalienabilidade significa admitirmos uma sua exacerbação que, além de desnecessária (por o projectar para lá da sua teleologia pressuposta, sem que tal seja exigido por qualquer preceito legal ou mesmo consti-*

Não obstante, o direito português, afastando-se da solução de outros ordenamentos e desligando-se do seu fundamento último¹³, determinou uma proibição de vigência de *direitos privados* sobre coisas do domínio público, expressamente atestada no artigo 18.º do RJPIP¹⁴.

1.1. O direito de preferência: um *direito privado* que não pode incidir sobre o domínio público?

Importa, assim, determinar quais são os *direitos privados* que não podem incidir sobre bens do domínio público. Da titularidade pública dos bens dominiais apenas se deduz, de forma automática, a impossibilidade de *propriedade privada* incidir sobre aqueles, nada dizendo quanto à viabilidade de *outros* direitos de particulares.

Ora, não restam dúvidas de que os direitos privados a que o legislador se refere são os *direitos reais de gozo ou de garantia sobre bens dominiais*: direitos que conferem poderes diretos e imediatos sobre coisa. O sentido da *inalienabilidade* e da *extracomercialidade* não quer dizer outra coisa que não seja a *insusceptibilidade de apropriação privada*, seja quanto à propriedade plena, seja quanto a figuras parcelares do direito real maior¹⁵.

tucional desde que devidamente interpretado), se pode revelar (como amiudadas vezes já sucedeu) contra-producente em relação ao desiderato último de racionalização, em máximo grau, das utilidades prestadas por bens públicos” (p. 188).

Do mesmo passo, RUI MACHETE, “O domínio público...”, *cit.*, p. 1368, conclui que “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”. Sobre a discussão, cf., ainda, ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, *cit.*, p. 831.

¹³ Cf. BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público...*, *cit.*, p. 244. Com efeito, o fundamento da extracomercialidade não é a propriedade pública em si mesma mas a sua “*primacial utilidade colectiva*” – cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Lisboa, 1965, p. 168; MARCELLO CAETANO, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, p. 880.

¹⁴ Cf. Artigo 18.º do RJPIP: “Os imóveis do domínio público estão fora do comércio jurídico, não podendo ser objeto de direitos privados ou de transmissão por instrumentos de direito privado”.

¹⁵ Cf. RUI MEDEIROS E LINO TORGAL, “Anotação ao art. 84.º”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, 2.ª edição, ed. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, 76-99, pp. 85 e 92; J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 1006 (“O facto de os bens do domínio público estarem «fora do comércio» só tem a ver com a impossibilidade de eles

Em rigor, esta regra não será absoluta, já que “a *Constituição não parece vedar a possibilidade de o regime da dominialidade pública coexistir, em certas situações, com a propriedade privada, a qual, por força da afetação, ficará onerada por uma espécie de servidão jurídico-pública, que comprime as faculdades de utilização, transformação e alienação em que, segundo a lei civil, aquela propriedade normalmente se analisa*”¹⁶. Em consonância, a lei permite que certos bens do domínio público possam ser onerados com direitos reais privados – como é o caso do domínio público geológico, que admite a constituição de hipoteca “sobre os anexos da exploração” (artigo 14.º da Lei n.º 54/2015, de 22 de Junho). Ademais, o Código dos Contratos Públicos (CCP) refere-se, expressamente, à viabilidade de o concessionário “*onerar bens do domínio público afetos à concessão mediante autorização*” (n.º 3 do artigo 419.º do CCP), o que suscita a questão de saber se é possível constituir direitos reais de direito privado (servidões, hipotecas, etc.) sobre tais bens¹⁷.

Em consequência, se mesmo a proibição de constituição de direitos *reais* sobre bens do domínio público não é absoluta, certo é que o princípio da inalienabilidade se não opõe, de modo algum, à criação de *outros* direitos dos

serem objecto de negócios jurídicos que afectem a sua natureza de bens dominiais, mas não interfere de modo algum com as suas virtualidades económicas”); MARCELLO CAETANO, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, p. 891; ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, *cit.*, pp. 416 e 423ss; ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas...*, *cit.*, Vols. I e II, p. 309; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 60; RUI MACHETE, “O domínio público...”, *cit.*, p. 1408; FILIPE BRITO BASTOS, “Comentário ao artigo 18.º”, *cit.*, p. 120.

Esta conclusão é também clara para o Tribunal Constitucional, como decorre dos Acórdãos n.º 103/99 e 150/2006: “*Encontram-se, por isso, fora do comércio jurídico privado – o que significa que não podem ser objeto de propriedade privada ou de posse civil, nem de contratos de direito civil, designadamente de venda ou de permuta. Mais: tais coisas são imprescritíveis e inalienáveis*”.

¹⁶ Cf. RUI MEDEIROS E LINO TORGAL, “Anotação ao art. 84.º”, *cit.*, p. 91. Em sentido convergente, cf. BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público...*, *cit.*, p. 188.

¹⁷ Com efeito, alguns autores defendem estar esta norma a referir-se apenas aos casos em que, por legislação especial, aqueles são permitidos – como sucede no domínio público geológico (neste sentido, cf. FILIPE BRITO BASTOS, “Comentário ao artigo 18.º”, *cit.*, p. 121); mas outra doutrina vê aqui a possibilidade de constituição de direitos reais civis sobre coisas dominiais. Neste último sentido, cf., ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, *cit.*, p. 838 (“*torna-se admissível que, em certos casos [excepcionais e identificados expressamente pela lei], não se exija uma relação de propriedade pública entre a Administração e as coisas, mas se conforme com a atribuição aos entes públicos de poderes de domínio exclusivos e excludentes – caso em que o direito de propriedade poderá inclusivamente pertencer a particulares [como sucede com alguns bens do domínio público cultural ou também do domínio público militar]*”); e FERNANDA MAÇÃS, “A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, 2008, 371-430, p. 417.

particulares sobre os bens e, por maioria de razão, *direitos de crédito a um comportamento negocial* de um sujeito na sua atuação em relação à coisa dominial.

É inequívoco que o ordenamento jurídico admite a celebração de contratos com particulares com objeto em bens do domínio público. Pense-se, desde logo, nos contratos de concessão de exploração ou de atribuição do uso privativo que conferem aos particulares *poderes diretos sobre a coisa pública* – independentemente da questão de saber se se devem estes considerar direitos pessoais de gozo ou direitos reais administrativos¹⁸ – e que são transacionáveis e oneráveis, como qualquer outro direito patrimonial¹⁹. Nessa medida, se o “*uso privativo é um direito de aproveitamento ou utilização de um bem do domínio público concedido a pessoa determinada através de um ato ou contrato administrativo*”²⁰, fica demonstrado que a inalienabilidade não se opõe à vigência de direitos de particulares, contratualmente atribuídos, sobre bens dominiais; apenas se oporá (e não sempre) à vigência de direitos *reais de direito privado*²¹ sobre a coisa.

Ora, no problema de que nos ocupamos (o da subsistência de um *direito de preferência no arrendamento ou na concessão da exploração*) não está sequer em

¹⁸ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., Tomo II, p. 892; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio...*, cit., pp. 180 e 265; ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 477; ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, cit., p. 867; JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais – Relatório*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 171; FERNANDO ALVES CORREIA, “A Concessão de Uso Privativo do Domínio Público: Breves notas sobre o regime jurídico de um instrumento de valorização e rentabilização dos bens dominiais”, *Direito e Justiça*, Volume Especial, 2005, 101-116, p. 112; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 94; ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 4; ANTÓNIO SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas...*, cit., Vols. I e II, p. 333.

¹⁹ Cf. artigo 28.º, n.º 3, do RJIPIPP; artigo 688.º, n.º 1, alínea d) do Código Civil, que admite a hipoteca (privada) do “*direito resultante de concessões em bens do domínio público*”. No fundo, não há “*qualquer impedimento ao seu tratamento como um bem de valor económico*” (cf. ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 28.º”, cit., p. 177). No mesmo sentido, ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, cit., p. 879; ADRIANO VAZ SERRA, “Prescrição e Caducidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 105, 106 e 107, 1961, 5-248 (n.º 105), 245-278 (n.º 106) e 159-308 (n.º 107), n.º 105, p. 85.

²⁰ Cf. Acórdão do STA de 22.10.1996, proc. 039207.

²¹ Mesmo o arrendamento não será, para FREITAS DO AMARAL, estruturalmente incompatível com a natureza pública do bem, independentemente da sua consideração no direito civil como direito real ou direito de crédito. Simplesmente, a aplicação das normas do arrendamento civil revelar-se-ia, amiúde, contrária ao interesse público subjacente à dominialização (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio...*, cit., pp. 181-182).

causa um direito *sobre o bem dominial*, mas um direito de crédito a um *comportamento negocial* do obrigado à preferência no momento da escolha daquele que há-de-ser a sua contraparte, na eventualidade de vir a decidir celebrar certo contrato²². Nos direitos de preferência sem eficácia real não há, pois, qualquer *direito sobre a coisa* que pudesse ser afetado pela dominialização²³; ao invés, estipula-se, em pacto preliminar sobre um condicional contrato futuro²⁴ – apenas se o obrigado à preferência se decidir a celebrá-lo²⁵ –, uma obrigação quanto ao *comportamento negocial*²⁶.

²² Cf. M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 213: “*Não há aqui, portanto, a menor manifestação de soberania. Não pode falar-se designadamente, num direito real de aquisição, pois o preferente, através da declaração negocial dirigida ao exercício da prelação, não faz nascer um ius in re, mas antes uma relação creditória, equiparável, pelo seu conteúdo e fins, à que decorre de um contrato-promessa bilateral*”. No mesmo sentido, cf. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 393; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Introdução. Da Constituição das Obrigações, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 272.

²³ Cf. M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, cit., p. 222: “*O efeito do exercício da preferência, por outras palavras, não é a aquisição de um ius in re, mas sim a aquisição da qualidade de parte ou sujeito de determinado contrato*”.

Com efeito, se a natureza *real* do direito de preferência é muito controversa quanto aos *direitos legais de preferência* e os direitos de preferência *com eficácia real*, nenhuma dúvida subsiste quanto à natureza *meramente obrigacional* de um direito a um *comportamento* dos direitos de preferência contratuais – cf. CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Direitos Reais – Segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71 (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 138; JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos...*, cit., p. 410.

²⁴ Ainda que se fale primordialmente em preferência na aquisição de certo bem, não é necessariamente assim, podendo aquela referir-se a outros contratos: “*Por negócio jurídico pode, por exemplo, estabelecer-se um direito de preferência em relação a um contrato de arrendamento ou aluguer, de edição de uma obra intelectual, de empreitada, de fornecimento, de agência, de cessão de uma posição societária*” (M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, cit., p. 193, nota 114). No mesmo sentido, cf. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 444; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 161; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Vol. I, p. 257.

²⁵ Está sujeito a condição suspensiva, nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 163. No mesmo sentido, cf. ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 366.

²⁶ Cf. M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, cit., p. 189: “*Este direito, como é sabido, atribui ao respectivo titular prioridade ou primazia na celebração de determinado negócio jurídico, desde que ele manifeste vontade de o realizar nas mesmas condições (tanto por tanto) que foram acordadas entre o sujeito vinculado à preferência e um terceiro*”. No mesmo sentido, cf. RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*,

Nessa medida, a integração de certa coisa no domínio público não produz efeitos jurídicos quanto à existência ou validade do direito de preferência assumido pelo Estado quando o prédio incorporava o *domínio privado*: este mantém-se, vinculando o Estado no caso de este vir a decidir celebrar o contrato em cuja preferência se vinculou. Desse modo, se nunca o Estado celebrar qualquer dos contratos (novo arrendamento ou contrato de concessão de exploração), independentemente de essa *não celebração* se dever ou não à integração do prédio no domínio público, nunca será vinculado a dar preferência. O que não pode é concluir-se que a domínialização da coisa tem qualquer efeito num *pacto de preferência obrigacional*, que apenas vincula o obrigado quanto ao seu *comportamento*, e só *caso venha a decidir celebrar certo contrato*.

1.2. O destino dos direitos dos particulares anteriormente constituídos sobre bens posteriormente domínializados

Acresce que, independentemente da viabilidade de constituição *ex novo* de direitos de crédito de particulares que incidam (apenas) mediatamente sobre coisa do domínio público, na hipótese que suscitamos põe-se uma questão *distinta*: a de saber o que sucede a direitos de privados sobre uma coisa constituída em momento anterior ao da sua submissão ao estatuto da domínialidade.

Um dos princípios orientadores do RJPIP é o da *“da prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares”* (artigo 2.º). O legislador estabeleceu, pois, a vinculação das entidades abrangidas por aquele ato legislativo aos direitos adquiridos pelos particulares, desde que tal se revele compatível com a prossecução do interesse público. O que é, de resto, uma manifestação do princípio da legalidade, *“obrigando a que a atuação das entidades públicas seja pautada pela permanente necessidade de conciliação do interesse público com as garantias dos particulares”*, ainda que aquela não esgote a sua tutela dos administrados²⁷.

(policopiado), Coimbra, 1983, p. 134; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Vol. I, p. 257.

²⁷ Cf. JORGE PAÇÃO, “Comentário ao artigo 2.º”, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público – Domínio público e domínio privado da Administração*, Almedina, Coimbra, 2017, 27-33, p. 29. cf., também, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 42 e 71; ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA, “O novo regime do património imobiliário público”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor*

Por isso, sem surpresa, mesmo no que concerne a *direitos reais de particulares*, não só a doutrina considera dever manter-se a respetiva subsistência (desde que compatíveis com a função pública doravante desempenhada pelas coisas)²⁸ como tal solução é positivamente determinada para os bens do domínio público hídrico, que admite expressamente a *propriedade privada* previamente constituída sobre bens domíniais²⁹. No fundo, e nas palavras do Tribunal Constitucional, o legislador procede a *“um equilíbrio entre, por um lado, o princípio do respeito pelos direitos adquiridos dos particulares, e, por outro, a conveniência de que as margens de águas públicas, por condicionarem a utilização dessas águas, integrem o domínio público, ou seja, estejam sujeitas um regime especial de direito público caracterizado por um reforço das medidas de proteção das coisas que o integram”*³⁰. Sendo certo que a solução não se restringe ao domínio público hídrico, vindo a ser aplicada também no contexto do *domínio público imobiliário*. Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) vem determinando a subsistência de direitos *reais* de direito privado sobre coisas *posteriormente*

Paulo de Pitta e Cunha, Vol. II, ed. JORGE MIRANDA, et al., Almedina, Coimbra, 2010, 779-789, p. 780.

²⁸ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 428; FILIPE BRITO BASTOS, “Comentário ao artigo 18.º”, cit., p. 122. Analisando a doutrina que sustenta a impossibilidade de constituição de direitos reais sobre bens do domínio público (embora tratando apenas das servidões), vide BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público...*, cit., pp. 164-167: *“apenas se transige, em homenagem ao princípio do respeito pelos direitos adquiridos. no reconhecimento de servidões de direito privado sobre o domínio público caso estas incidam sobre bens que, a data da sua constituição, ainda não tivessem sido tocados pelo signo da domínialidade pública. Além disso, é ainda formulada uma exigência adicional, a de que a sobrevivência destas servidões se revele compatível com o específico fim de interesse público a que supervenientemente venha a ser afectada a dependência domínial onerada pelas mesmas”*.

²⁹ Cf. artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, – que, de resto, reproduz a solução do anterior artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro.

Esta solução é determinada independentemente da questão de saber se há, nestes casos, um *direito real privado* que se subsiste apesar da integração posterior ou no domínio público ou da somente a viabilidade de aqui se ilidir uma *presunção de domínialidade* decorrente da lei. No primeiro sentido, cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., pp. 183 e 424, nota n.º 310, e “Direito do domínio...”, cit., p. 53 – em posição que teve respaldado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 326/2015. No segundo sentido, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL E JOSÉ PEDRO FERNANDES, *Comentário à lei dos terrenos do domínio hídrico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1978, p. 124, e FILIPE BRITO BASTOS, “Comentário ao artigo 18.º”, cit., p. 115.

³⁰ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 326/2015.

dominializadas, contanto a sua subsistência não se revele incompatível com o fim público³¹.

Percebe-se a opção legislativa. Não sendo a extinção destes direitos necessária à satisfação dos interesses públicos dominiais – caso em que pode ocorrer uma expropriação –, não há razão para que não vigore aqui o princípio do respeito pelos direitos adquiridos, expressamente determinado por lei³². Pelo que, como decidiu o STJ, «só uma interpretação estrita (rigorista) do princípio da inalienabilidade, plasmado no art.º 202.º n.º 2 do C.C., um dos que, como referido por Bernardo Azevedo, in “Servidão de Direito Público”, págs. 160 e 161, integram a “tríade vertebradora da dominialidade pública”, os demais sendo o da imprescritibilidade e da impenhorabilidade, a sua sacralização, enfim, desaguaria no ter-se, sem mais, como insubsistente a supracitada servidão de direito privado, a partir do momento em que o prédio serviente passou a integrar o domínio público, consubstanciando, pois, a extinção da servidão efeito automático do ingresso no domínio público, “in casu”, do prédio do Estado»³³.

1.3. A subsistência do direito de preferência no arrendamento ou concessão da exploração de coisa dominializada

Ora, se nem os direitos reais privados sobre coisas privadas se extinguem pela integração posterior no domínio público, muito menos desaparecem direitos privados de crédito e que não incidem sobre a coisa dominializada. O direito de preferência não é um direito sobre coisa, como *supra* se viu. É,

³¹ Cf. Acórdão do STJ de 21.06.2012, proc. 78/07.6TBVCD.P1.S1: “A subsistência de servidão de direito privado sobre bem do domínio público acontece, em homenagem ao princípio do respeito pelos direitos adquiridos, a ter ocorrido a constituição daquela em momento anterior ao da integração do prédio serviente no predito domínio e a acontecer compatibilidade entre a sobrevivência da servidão e o destino que o bem passou a ter pelo ingresso no universo dos sujeitos ao regime da dominialidade pública”.

³² Cf. artigo 2.º do RJPIP, que determina o princípio da “prosecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares”.

³³ Cf. Acórdão do STJ de 21.06.2012, proc. 78/07.6TBVCD.P1.S1.

Repare-se que a negação da extinção automática dos direitos reais privados por efeito da dominialização não implica que aqueles se mantenham em qualquer circunstância. Com efeito, o aresto acrescenta que “para que uma servidão de direito privado possa substituir sobre um bem público, mesmo que constituída em momento anterior à integração deste no domínio público, torna-se ainda mister que aquela passe pelo crivo de uma apreciação jurisdicional da respetiva compatibilidade com a afetação da dependência dominial ao uso e ao serviço públicos. Assim, a consolidação da servidão sobre o domínio público apenas se pode dar por adquirida caso o resultado desta aferição se venha a revelar positivo. Em caso contrário, o particular terá direito a ser indemnizado dos danos resultantes da privação do seu direito, mas não já à sua conservação in rerum natura”.

ao invés, um direito de crédito a um comportamento contratual do obrigado à preferência: “O objecto típico do pacto de preferência está na obrigação de escolha daquele que há-de-ser o futuro contraente, se o obrigado vier a contratar”³⁴.

A suportar este entendimento está a jurisprudência. Com efeito, não padecem de qualquer invalidade os contratos-promessa de compra e venda relativos a bens do domínio público, mesmo que o contrato prometido se tenha tornado impossível³⁵. O que é especialmente ilustrativo tendo em consideração que o contrato-promessa, comungando com o pacto de preferência a natureza de contrato preliminar (incide sobre um contrato futuro), constringe mais o devedor do que o pacto de preferência: ali, aquele obriga-se a vender a coisa; aqui, assume apenas a obrigação de dar preferência caso venha a decidir celebrar certo contrato³⁶. De outro modo: o pacto de preferência apro-

³⁴ Cf. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., Vol. I, p. 393.

³⁵ No acórdão do STJ de 12.09.2019, proc. 7590/15.IT8LSB.L1.S1, decidiu-se que “Do contrato-promessa emergem prestações de facto jurídico positivo: a obrigação de emitir, no futuro, as declarações de vontade integrantes do contrato definitivo prometido, não tendo a virtualidade de alterar a titularidade da coisa objeto mediato do contrato prometido. Compreende-se, assim, que não sejam aplicáveis ao contrato-promessa todas as disposições que regulamentam a celebração do contrato definitivo. Consequentemente, não estando em causa nesta ação a titularidade do imóvel prometido comprar/vender, mesmo que integresse o domínio público marítimo, e ainda que, por isso, o Estado pudesse beneficiar da presunção da sua dominialidade pública, tal circunstância não afetaria, sem mais, a sua validade, por impossibilidade física ou legal do seu objeto”. E no Acórdão do STJ de 04.06.2013, proc. 6584/06.2TBVNG.P1.S1 decidiu-se que “Nada obsta a que o promitente-vendedor se vincule a alienar uma coisa que não tem legitimidade ou capacidade para alienar, uma vez que sempre pode adquirir, entretanto, essa capacidade ou legitimidade, pode adquirir a propriedade ou o consentimento do proprietário desta, de modo a poder cumprir a promessa; todavia, se não o conseguir, torna-se responsável pelo incumprimento de um compromisso validamente assumido. Se o terreno ajuizado se situa na margem do mar, o Estado beneficia da presunção da sua dominialidade pública, mas o contrato-promessa celebrado entre recorrente/promitente-compradora e recorridos/promitentes-vendedores não é nulo por impossibilidade física ou legal do objeto (art. 280.º, n.º 1, do CC)”.

³⁶ Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato Promessa*, 14.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 23 (“O pacto de preferência faz nascer a obrigação de escolher outrem como contraente, no caso de o obrigado à preferência se decidir livremente a contratar (art. 414.º e segs); a pessoa não se obriga, portanto, a contratar, diferentemente do que sucede no contrato-promessa- apenas se obriga a dar preferência, em condições de igualdade”); LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Vol. I, p. 257 (“O pacto de preferência constitui, à semelhança do contrato-promessa, um contrato preliminar de outro contrato. Porém, ao contrário do que sucede no contrato-promessa, o obrigado à preferência não se obriga a contratar, mas apenas a escolher alguém como contraente, no caso de decidir contratar, se esse alguém lhe oferecer as mesmas condições que conseguiu negociar com um terceiro”); ANA PRATA, *O Contrato-Promessa...*, cit., p. 353 (“essencial à identidade do pacto de preferência e da consequente obrigação é que um dos con-

xima-se do contrato-promessa apenas *depois* de o preferente ter exercido o seu direito, momento em que nasce para o obrigado uma nova obrigação – a de celebrar o negócio projetado com o preferente³⁷.

Nessa medida, o problema que suscitamos não é sequer aquele que se poria caso o Estado se tivesse obrigado a dar preferência na *venda* do bem dominializado – negócio que, entretanto, se teria tornado impossível. Pelo contrário, é o de saber o que sucede quando o Estado se tenha obrigado, *antes da integração do bem no domínio público*, a dar preferência no *arrendamento ou na concessão de exploração*, caso viesse a celebrar tais contratos.

2. Eventual extinção, por *impossibilidade de cumprimento ou por caducidade, da obrigação de preferência?*

Estando assente que a integração no domínio público do bem a que o Estado se tinha obrigado a dar preferência *caso decidisse vier a arrendar ou a conceder a exploração* do prédio, não envolve a extinção automática do direito de preferência, importa agora saber se, *por natureza*, não deixou de ser possível o exercício daquele direito. O que envolveria a extinção *consequente* do direito de preferência.

Note-se que o problema que aqui enunciamos não é o de saber se ocorre uma *caducidade* do direito de preferência pela circunstância de, no momento da dominialização, não ter o Estado decidido imediatamente arrendar ou ceder a exploração do bem em causa. O direito de preferência é um direito estruturalmente sob condição (se o obrigado se decidir a celebrar certo negócio) mas *não sujeito a termo* (salvo se as partes assim o modelarem): o Estado obriga-se a dar preferência *se vier* a celebrar contrato de arrendamento ou de concessão de exploração. Quer isto dizer que o direito de preferência fica subordinado à condição de o obrigado (o Estado) vir a celebrar contrato de arrendamento ou de concessão da exploração.

A questão que aqui levantamos é outra: é a de saber se não ocorre uma *impossibilidade objetiva de cumprimento* que, por natureza, extingiria a obrigação. Isto é: caso se conclua que se tornou *impossível*, porque legalmente vedado, vir a celebrar os contratos a cuja preferência o Estado se obrigou,

traentes fique vinculado a, se decidir celebrar o contrato, preferir a contraparte a terceiros em igualdade de condições"

³⁷ Cf. M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, cit., p. 213; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 450.

poder-se-á defender ter ocorrido a extinção do direito de preferência, por impossibilidade objetiva de cumprimento.

2.1. A eventual impossibilidade de *arrendamento: subsistência da preferência quanto à concessão da exploração*

Sujeitando-se o imóvel ao regime jurídico da dominialidade – e mesmo aceitando que daí decorre a impossibilidade de celebração de um contrato de *arrendamento* –, não ocorre uma extinção do direito de preferência atribuída em *arrendamento ou concessão da exploração*.

Com efeito, mesmo que a celebração de um dos contratos se tenha tornado impossível (o arrendamento)³⁸, na hipótese que concitamos o Estado assume uma *obrigação alternativa* (dar preferência em contrato de arrendamento *ou* de concessão da exploração)³⁹. Ora, nas obrigações alternativas, quando caiba ao devedor escolher qual delas realizaria, a impossibilidade de uma das obrigações implica a sobrevivência da outra⁴⁰ – quer o contrato de que decorre a obrigação seja submetido ao direito privado; quer se qualifi-

³⁸ O que é, desde logo, controvertido. Na verdade, não só o nosso direito conheceu a figura do *arrendamento de bens dominiais* (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio...*, cit., p. 174), como parte relevante da doutrina entende que as concessões de *uso privativo de bens do domínio público* atribuem um *direito pessoal de gozo* similar ao direito do arrendatário – cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 477. O que leva FREITAS DO AMARAL a sustentar não existir uma incompatibilidade de princípio entre o contrato de arrendamento e a dominialidade, desde que se adaptasse o respetivo regime jurídico (*ibidem*, p. 179; DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORGAL, “Contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública: do auxílio à construção e gestão de infra-estruturas e serviços públicos municipais”, *Estudos sobre Concessões*, Almedina, Coimbra, 2002, 399-455, p. 414).

³⁹ Cf. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., Vol. I, p. 829. No fundo, o Estado assume a obrigação de dar preferência em um de dois contratos, por não saber, à data da assunção da obrigação “(qual das prestações lhe será possível ou mais cómodo realizar, ao passo que para o credor é indiferente receber uma ou outra”. Ao devedor (Estado) caberia a escolha “porque se presume que qualquer das prestações que venha a ser realizada satisfaz o interesse do credor” (MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 111) e porque isso minora “a posição de desfavor do devedor no binómio obrigacional” (JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, p. 237).

⁴⁰ Cf. artigo 545.º do Código Civil. Vide JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., Vol. I, p. 839 (“Se a obrigação compreender inicialmente duas prestações apenas, como é mais vulgar, a impossibilidade de uma delas, nos termos assinalados, provoca a concentração na outra”); MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 732-733; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, p. 52; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Vol. I, p. 152.

que como *contrato administrativo*⁴¹. O que implica a conclusão de que, mesmo que se verifique a impossibilidade de dar preferência no *contrato de arrendamento*, o pacto mantém-se quanto à obrigação alternativa que se mantém possível – o contrato de *concessão da exploração*.

Percebe-se, de resto, que seja habitual o Estado assumir uma obrigação alternativa de dar preferência no *arrendamento* ou na *concessão da exploração*. Com efeito, as notas caracterizadoras do uso privativo dos bens do domínio público (em sentido amplo – abrangendo o *uso simples* e a *exploração*⁴²)

⁴¹ A mobilização do direito civil, ainda que como direito *comum* dos contratos, pode ocorrer *diretamente* – independentemente de o contrato que prevê o direito de preferência ser um contrato de *direito privado* celebrado pelo Estado ou um *contrato administrativo* – caso seja anterior a 1991: nesse caso, não seria abrangido pelas regras sobre contratos administrativos do Código de Procedimento Administrativo (CPA) de 1991 nem pelo Código dos Contratos Públicos (CCP), que se aplicam apenas aos contratos celebrados depois da sua entrada em vigor.

Todavia, à aplicação das normas do Código Civil se chega também mesmo que se tal negócio constituir um *contrato administrativo* e esteja submetido ao CCP ou ao CPA de 1991. Na verdade, ambos os diplomas remetem para a *lei civil* a matéria da impossibilidade do incumprimento (artigos 280.º, n.º 4, e 330.º do CCP; artigos 178.º e seguintes do CPA de 1991): nos aspetos não especialmente regulados para os contratos administrativos, é mobilizável o direito *comum* dos contratos, que consta da lei civil – não por analogia, mas como direito geral dos contratos, onde se busca o regime subsidiário da responsabilidade contratual (sempre que não existam regras especiais), da extinção das obrigações e da impossibilidade de cumprimento (790.º e 791.º do Código Civil). cf. PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, 2008, 569-626, p. 572; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, 2007, 3-17, p. 3; MAFALDA CARMONA, “Reflexões em torno da impossibilidade definitiva na execução dos contratos administrativos”, *E-Publica*, vol. 7, n.º 3, 2020, 95-122, p. 101 (“o Código dos Contratos Públicos, pese embora conter ainda uma referência pontual à força maior, remete, em sede de «causas de extinção do contrato», para a impossibilidade e demais causas «reconhecidas pelo direito civil». Há, assim, uma receção do regime da impossibilidade pelo CCP (que, como tal, não se pode dizer que seja lacunar), receção essa que implica a mudança de perspetiva da força maior (impossibilidade não imputável) para a da impossibilidade (imputável ou não)"); DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORGAL, “Concessão de obras públicas: da responsabilidade pelo pagamento das expropriações das «Salinas do Samouco»”, *cit.*, p. 32.

⁴² Cf. sobre a distinção, FERNANDO ALVES CORREIA, “A Concessão de Uso...”, *cit.*, p. 101; MARCELLO CAETANO, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, p. 938; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, p. 578; DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORGAL, “Concessão de obras públicas: a quem deverão notificar-se as decisões de avaliação do impacte ambiental de lanços de auto-estrada?”, *cit.*, p. 581, nota n.º 7; ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, *cit.*, p. 840, e “A concessão de uso privativo do domínio público: um instrumento de dinamização dos bens

aproximam-no de sobremaneira ao arrendamento⁴³. Caracterizam-se ambos pela *utilização privativa* de um bem e realizam o interesse do titular através do exercício de poderes diretos e imediatos sobre coisa – no caso das concessões uso privativo, *apenas faculdades de gozo* (em incluir a rentabilização do bem) e, nas concessões de exploração, *poderes de gestão e de administração*⁴⁴. E, do lado passivo, há em ambos os casos a obrigação de pagamento de uma contraprestação pecuniária: a *renda* (no caso do arrendamento) e a *taxa* (no caso das concessões de exploração)⁴⁵.

Nessa medida, o direito de preferência conferido pelo Estado *no caso de vir a arrendar ou a conceder a exploração* de um bem posteriormente integrado no domínio público, só se teria tornado impossível *quanto ao arrendamento*; mas não no caso de o Estado vir a conceder a exploração do bem.

2.2. Da (im)possibilidade de exercício de preferência num concurso para concessão de exploração

Pode, porém, indagar-se se o regime jurídico conducente à contratação de uma concessão de exploração de um bem dominial, designadamente decorrente do Código dos Contratos Públicos (CCP), não será *estruturalmente incompatível* com a vigência de um direito de preferência atribuído a um particular. Isto é, se não será impossível ao Estado, em face das normas reguladoras dos procedimentos de contratação pública, cumprir a obrigação de dar preferência. O que, porventura, poderia implicar uma *impossibilidade superveniente* do cumprimento, que, nos termos do n.º 1 do artigo 790.º do

dominiais”, *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves – Studia Iuridica* n.º 91, Vol. III, ed. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, JOAQUIM GOMES CANOTILHO E JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, Coimbra Editora – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, 293-365, p. 319; ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 28.º”, *cit.*, pp. 170ss; MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – Contratos Públicos, 2.ª edição, D. Quixote, Lisboa, 2008, pp. 60, 65 e 70ss; FRANCISCO NORONHA, “A sujeitabilidade dos títulos de utilização do domínio público marítimo ao Código dos Contratos Públicos em face da nova Lei de Bases de Ordenamento do Espaço Marítimo”, *Revista de Contratos Públicos* n.º 9, 2013, 93-133, p. 112.

⁴³ O que leva mesmo ANA RAQUEL MONIZ a caracterizar o direito atribuído ao concessionário de uso privativo de bem dominial como *direito pessoal de gozo*, atenta a sua similitude com o regime do arrendamento quer em sede de poderes sobre a coisa, quer quanto à sua oponibilidade a terceiros. cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, *cit.*, p. 477.

⁴⁴ Cf. ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 28.º”, *cit.*, pp. 173 e 189.

⁴⁵ Cf. ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 28.º”, *cit.*, p. 174.

Código Civil – inequivocamente aplicável a esta circunstância⁴⁶ – extinguiria a obrigação assumida.

Com efeito, o direito de preferência é atribuído no caso de o Estado vir a celebrar um contrato de *concessão da exploração*. E é possível que esse contrato deva ocorrer mediante realização de um procedimento aberto à concorrência (*maxime*, através de um concurso público) – até por imposição legal –, importando saber se pode o direito de preferência ser exercido no domínio da contratação pública.

II. Da compatibilidade de um procedimento de contratação aberto à concorrência com um direito de preferência

1. A sujeição do procedimento de seleção do beneficiário da concessão da exploração ao princípio da concorrência

A rentabilização e exploração económica dos bens do domínio público pode compreender uma atividade desenvolvida pelos particulares. Nestes casos, podem ser atribuídos a privados – por ato administrativo ou contrato administrativo – certos poderes sobre tais bens no quadro de uma *concessão*, sem prejuízo de subsistir assim a “*expressão de um interesse público, nomeadamente no que respeita à valorização que a atuação dos particulares sobre a parcela dominial ocupada proporciona, quer pelos investimentos realizados, quer pelas atividades exercidas*”⁴⁷. Isto é, o *exercício* de poderes próprios da dominialidade – nomeadamente no que tange à atribuição de direitos de uso privativo e a concessão da exploração – pode ser transferido para entidades privadas⁴⁸.

No que respeita ao procedimento pré-contratual, o artigo 7.º do RJPIP dispõe que “as entidades abrangidas pelo presente decreto-lei devem, na gestão dos bens imóveis, assegurar aos interessados em contratar ou em os utilizar uma concorrência efetiva”, acrescentando-se ainda, no n.º 1 do artigo 8.º, que devem também “garantir adequada publicidade e proporcionar, tempestivamente, o mais amplo acesso aos procedimentos”.

⁴⁶ Cf. nota n.º 41.

⁴⁷ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., p. 446. No mesmo sentido, RUI MEDEIROS E LINO TORGAL, “Anotação ao art. 84.º”, cit., p. 93; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio...*, cit., p. 166; ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 15.º”, cit., p. 94; AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ e JOÃO GABRIEL QUEIRÓ, “Propriedade pública...”, cit., p. 261.

⁴⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 136/2016.

Sucedem, porém, que o RJPIP não concretiza quais as exigências que devem ser respeitadas pela Administração para garantir a mencionada concorrência efetiva, sendo discutido e controverso se, em virtude desta indefinição e considerando a centralidade do princípio da concorrência no domínio da contratação pública (tanto a nível europeu, como nacional), não se deverá aplicar subsidiariamente o regime da parte II do CCP.

Não é preciso entrar aqui nessa complexa discussão. É que, como se vai procurar evidenciar, mesmo que se admita a aplicação subsidiária das regras da parte II do CCP⁴⁹, a verdade é que a aplicação desse regime, apesar de não prever o modo de exercício de direitos de preferência no concurso público ou noutros procedimentos de contratação abertos à concorrência, não impede o cumprimento da preferência. Isto é, embora não haja no conteúdo do CCP qualquer referência ao direito de preferência num procedimento de contratação pública aberto à concorrência, a *omissão da sua regulação* não implica a *impossibilidade* do seu exercício.

2. Direito de preferência em procedimentos de contratação abertos à concorrência – considerações preliminares

A atribuição de direitos de preferência a particulares no quadro da exploração de bens do domínio público não é, antes de mais, uma novidade no nosso direito. Desde cedo que a Administração identificou a preferência como mecanismo de fomento dos investimentos na coisa pública, simplesmente se obrigando a, *caso o Estado viesse a voltar a concessionar o bem público* para o mesmo fim, se comprometer a contratar com o anterior titular nos termos das condições da *melhor proposta* apurada no procedimento pré-contratual.

Veja-se, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 45 655, de 11 de Abril de 1964, relativo à concessão do Hotel de Oeiras, integrado no domínio público hídrico, fixando-a improrrogavelmente pelo prazo de 25 anos; todavia, “*finda a concessão, se a Administração-Geral do Porto de Lisboa decidir manter o destino dos edifícios, obras e instalações que constituem o estabelecimento (conjunto hoteleiro de interesse turístico), é garantida ao concessionário a continuidade da sua exploração em regime de licenciamento a título precário, no caso de ser estabelecido acordo sobre as taxas a vigorar para o futuro*” (artigo 13.º). Ou, no quadro do domínio público rodoviário, recorde-se a concessão para instalação de postos de abasteci-

⁴⁹ Quer as relativas ao procedimento concursal (Parte II), quer as relativas aos contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos (Parte III – subsidiariamente aplicável à exploração de bens do domínio público, nos termos do artigo 408.º do CCP).

mento de combustível na via pública, onde, ao lado da estipulação de que finda a concessão todas as instalações pertencem ao Estado, logo se estabelece que “o concessionário terá direito de opção na eventual hasta pública que, para nova concessão do local, venha a realizar-se”⁵⁰. Ou, ainda, as concessões anteriores à atual Lei do Jogo, dispoendo o artigo 15.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1968, que “o Governo poderá determinar que seja atribuída preferência na adjudicação das respetivas zonas às empresas que, no período anterior àquele a que se refram as novas concessões, se encontrem a explorar as mesmas zonas”⁵¹.

Da mesma forma, em matéria de utilizações privativas dos recursos hídricos, o Regime Jurídico dos Recursos Hídricos em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, na versão que lhe foi dada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 97/2018, de 27 de Novembro, consagra, quer para a emissão de licenças quer para a atribuição de concessões, direitos de preferência dos concorrentes nos termos das condições da melhor proposta⁵², exercitável no seio de concursos públicos regulados pelo CCP.

É importante, para compreender estes regimes especiais, não perder de vista a centralidade que, no âmbito da concessão de bens dominiais, assume o princípio da rentabilidade das concessões do domínio público, no seu duplo sentido: para a Administração, que auferir uma taxa como contrapartida; “mas também para os particulares, já que a duração do título jurídico-administrativo há-de ser suficientemente longa para que as expectativas económicas do beneficiário se cumpram”⁵³. Este princípio da rentabilidade – que constitui, para a Administração um autêntico *poder-dever*, um imperativo de realização do interesse público⁵⁴ – é, aliás, um dos limites à discricionariedade da Administração, no contexto do domínio público imobiliário, quanto à fixação do prazo das concessões da exploração, estando aquele condicionado “pela sua finalidade: a determinação do tempo necessário e adequado para a amortização e remuneração dos

⁵⁰ Cf. Condição 9.ª do programa de concurso para arrematação em hasta pública da concessão de terrenos para uma estação de serviço na estrada de Sacavém, no Diário Municipal n.º 8 059, de 2 de Fevereiro de 1962, pág. 9. Os exemplos são de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio...*, cit., p. 205.

⁵¹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORGAL, “Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato”, cit., p. 555.

⁵² Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 17. cf. artigos 21.º e 24.º do Regime Jurídico dos Recursos Hídricos –.

⁵³ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, *O domínio público: o critério...*, cit., pp. 460-462.

⁵⁴ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, cit., p. 832; “A concessão de uso privativo...”, cit., p. 294; “Direito do domínio...”, cit., p. 137.

*capitais investidos pelo concessionário*⁵⁵. Ora, a atribuição de direitos de preferência nas concessões pode justamente contribuir para realizar a rentabilidade, promovendo o interesse público no quadro da utilização por particulares de bens dominiais (seja por atribuição contratual; seja, como no domínio público hídrico, por *atribuição legal* de direitos de preferência⁵⁶), sem pôr em causa a precariedade associada aos direitos atribuídos aos particulares⁵⁷. Se o particular tiver na sua esfera jurídica o direito de, findo o seu título de utilização, preferir na continuação do exercício do seu direito nos termos da proposta vencedora, é evidente que os seus investimentos nos bens dominiais serão mais seguros e, por isso, mais empenhados. O que satisfaz, em simultâneo, o interesse do particular (que é dotado de maior dose de segurança no retorno dos investimentos) e o interesse público (que obtém uma melhor administração da coisa pública sem nunca se comprometer a estender o prazo de concessão ou, sequer, a voltar a concessionar)⁵⁸. Por aqui se vê que o princípio da rentabilidade dos bens dominiais, específico destas concessões, se coaduna com a viabilidade de a Administração, em procedimentos concursais, outorgar ao anterior concessionário um direito de preferência, sem com isso comprometer o decurso do procedimento pré-contratual: o titular da preferência apenas prefere pelas condições da proposta mais vantajosa, potenciando o princípio da rentabilidade das concessões.

A solução consagrada no Regime Jurídico dos Recursos Hídricos em vigor põe em evidência, por outro lado, que a aplicação do CCP pode coexistir com a possibilidade do exercício do direito de preferência *na medida em que o*

⁵⁵ Cf. ANA GOUVEIA MARTINS, “Comentário ao artigo 28.º”, cit., p. 176.

⁵⁶ Cf. artigos 21.º e 24.º do Regime de Utilização dos Recursos Hídricos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, na versão que lhe foi dada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 97/2018, de 27 de Novembro.

⁵⁷ A natureza precária dos direitos concedidos em sede de concessão dominial é uma das notas características do instituto, como dá conta ANA RAQUEL MONIZ, “A concessão de uso privativo...”, cit., p. 338.

⁵⁸ Parece ser este o entendimento subjacente às palavras de ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 18: “O direito de preferência é plenamente justificado em favor do anterior detentor da licença, quer esta seja ou não o requerente que motivou a abertura do concurso”. E é, igualmente, condizente com o pensamento de ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, cit., pp. 832-833: “as concessões dominiais não podem conceber-se como conferidas apenas no interesse exclusivo do particular, mas implicam sempre um proveito para a entidade pública concedente, proveito esse que se não reconduz unicamente à percepção de uma receita (taxa), mas que decorre também dos investimentos efectuados e das actividades exercidas sobre o domínio público”.

direito de preferência conste de normas especiais (como sucede no domínio público hídrico) ou *na medida em que não seja incompatível* com as normas do CCP⁵⁹. A ausência de regulação não implica, pois, a conclusão liminar pela impossibilidade do seu exercício: “os regimes especiais convivem, ou podem conviver, com o CCP, na medida em que, consoante sejam anteriores ou posteriores à data da vigência do Código. [...] Neste contexto, os procedimentos específicos da atribuição de usos privativos sobre bens dominiais considerar-se-ão em vigor (portanto, em coexistência com as regras gerais estabelecidas no CCP)”⁶⁰. Pelo contrário, implica somente que se convoquem os princípios gerais de contratação pública, que orientarão a Administração na solução a dar. Concretamente, o princípio da concorrência, o princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses legítimos dos particulares⁶¹.

3. A inexistência de injunções europeias nos procedimentos relativos a concessões dominiais

Deve notar-se, também, não ser adequado convocar subsídios do direito da União Europeia, em sede de interpretação conforme ao direito europeu, para apurar o concreto sentido das normas do CCP neste contexto. Com efeito, as concessões do domínio público *não são abrangidas* pelas normas comunitárias que fixam procedimentos pré-contratuais⁶². Assim, quando o legislador português decidiu, sob a égide daquela transposição, “regular modos de actuação administrativa anteriormente excluídos das exigentes regras procedimentais das directivas e para as quais estas não estavam especialmente vocacionadas”⁶³, corporizou normas que *em parte* executam comandos comunitários e, em outra parte, estão desligadas das injunções europeias.

O que implica, pois, que na parte excluída – em concreto, nos contratos de concessão de exploração de bens do domínio público⁶⁴ – não existam

⁵⁹ Cf. FRANCISCO NORONHA, “A sujeitabilidade...”, *cit.*, p. 123.

⁶⁰ Cf. PEDRO NUNO RODRIGUES, “As propostas não solicitadas...”, *cit.*, p. 68.

⁶¹ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, *cit.*, p. 55.

⁶² Cf. artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014. Sublinhando-o, *vide* ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, *cit.*, p. 848; PEDRO NUNO RODRIGUES, “As propostas não solicitadas...”, *cit.*, p. 62; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu...*, *cit.*, p. 396.

⁶³ Cf. PEDRO NUNO RODRIGUES, “As propostas não solicitadas...”, *cit.*, p. 62.

⁶⁴ Cf. PEDRO NUNO RODRIGUES, “As propostas não solicitadas...”, *cit.*, p. 65: “A atribuição de usos privativos é, pois, matéria não especialmente regulada pelas directivas comunitárias transpostas pelo CCP”.

injunções na regulação comunitária secundária (com exceção da aplicação dos princípios constantes do Tratado, que se aplicam em geral aos contratos não abrangidos pelas diretivas e com relevância transfronteiriça)⁶⁵.

De resto, os princípios do chamado *modelo comunitário* de contratação pública (que se apresenta, de certo modo, como uma projeção da concorrência *separada do interesse público*⁶⁶) não são sequer postos em causa pela existência de um direito de preferência nos concursos para concessões dominiais. Com efeito, o modelo europeu é orientado pelos princípios da *não discriminação em razão da nacionalidade*, da *publicidade alargada* e da *objetividade na escolha*⁶⁷. Nenhum destes cânones é afrontado – mesmo que o direito europeu fosse aplicável – pela atribuição, desde que fundada em razões objetivas e amplamente publicitada, de um direito de preferência a favor de um dos concorrentes. Como, de resto, sucede no regime pátrio de concessões relativas ao domínio público hídrico.

4. A possibilidade de conciliar as normas do CCP sobre procedimentos de contratação abertos à concorrência com a atribuição de um direito de preferência a um dos concorrentes

Já se conclui que as regras do CCP, mesmo que se apliquem *subsidiariamente* à fase pré-contratual dos contratos de concessão da exploração de bens do domínio público, valem apenas quando não contradigam *regime especial* pré-contratual destas concessões. Ficou igualmente assente que a omissão de referência no CCP ao exercício do direito de preferência em concursos públicos ou outros procedimentos abertos à concorrência não permite concluir liminarmente pela respetiva incompatibilidade – até porque a atribuição de direitos de preferência no contexto das concessões de bens dominiais se liga ao princípio da *rentabilidade*, orientador da outorga de utilizações privadas a particulares das coisas públicas.

⁶⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 7 de Dezembro de 2000, *Telaustria*, proc. C-324/98, n.º 60: “apesar de tais contratos estarem, na fase atual do direito comunitário, excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 93/38, as entidades adjudicantes que os celebram estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular”, o que implica uma obrigação de transparência e de publicidade em todos os procedimentos concursais, para garantir a abertura à concorrência (n.ºs 61 e 62).

⁶⁶ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 539.

⁶⁷ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 536.

Deste modo, põem-se dois novos problemas que importa dilucidar: em primeiro lugar, se a atribuição de direitos de preferência na contratação de concessões de exploração de bens dominiais é estruturalmente incompatível com as regras da parte II do CCP (4.1.); em segundo lugar, se o cumprimento, pelo Estado, de um direito de preferência viola o princípio da concorrência, determinado no artigo 7.º do RJPIP (4.2.).

4.1. Da não incompatibilidade estrutural do direito de preferência com a parte II do CCP

Tomando como paradigma o concurso público, o que caracteriza este procedimento de contratação é “o facto de a entidade adjudicante tornar pública a sua intenção de contratar, dispondo-se a aceitar propostas de um número indeterminado de interessados”⁶⁸. No modo como o concurso público é configurado pelo CCP, há outra característica determinante: “a entidade adjudicante passa a publicitar tão só a sua intenção de receber propostas, para escolher a melhor, desinteressando-se quase totalmente do respectivo proponente”⁶⁹. No fundo, é a proposta que é analisada e não a identidade do seu proponente.

Ora nenhum dos vetores é posto em causa pela atribuição de um direito de preferência: continua a aceitar-se propostas de um número indeterminado de interessados e continua a escolher-se a melhor. O que sempre imporia que se concluísse pela conciliabilidade das normas do CCP com o exercício de um direito de preferência.

Simplemente, a conciliabilidade é demonstrada pelo próprio direito positivo. O ordenamento jurídico vigente expressamente consagrou a compatibilidade de direitos de preferência com procedimentos concursais regulados pelo CCP, tornando espúria a discussão sobre a respetiva incompatibilidade estrutural.

Com efeito, e como já foi assinalado, o Regime Jurídico dos Recursos Hídricos consagra, quer para a emissão de licenças quer para a atribuição de concessões quanto a bens do domínio público hídrico, direitos de preferência dos concorrentes nos termos das condições da melhor proposta, sendo a

atribuição de este direito de preferência exercitável *no seio de concursos públicos regulados pelo CCP*. Concretamente, a norma do n.º 5 do artigo 24.º do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos determina expressamente a realização de um concurso público “com as necessárias adaptações, de acordo com as normas relativas à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisição de bens e serviços podendo o anterior titular exercer o direito de preferência nos termos previsto no n.º 8 do artigo 21.º”.

O que demonstra, sem mais, não existir no ordenamento jurídico qualquer incompatibilidade estrutural entre as regras concursais do CCP e o exercício, no seu seio, de direitos de preferência de algum dos concorrentes. O que, aliás, foi concluído pelo Tribunal Central Administrativo Sul, que conciliou as regras do CCP sobre concursos públicos com a atribuição de um direito de preferência ao anterior titular do direito de utilização do domínio público⁷⁰.

Compreende-se que assim seja.

Não apenas à luz do princípio da rentabilidade das utilizações do domínio público, que, como *supra* se viu, se coaduna de forma especialmente feliz com a atribuição de direitos de preferência aos particulares a quem os bens são cedidos; como sobretudo pela circunstância de certos contratos públicos, à luz do interesse público, reclamarem procedimentos pré-contratuais específicos, adaptados à concreta realidade em causa⁷¹.

De resto, mesmo o exercício do direito de preferência não se concretiza na *apropriação de propostas de outros concorrentes*, vedada pelo artigo 99.º do CCP. Com efeito, o que aí se proíbe é que a entidade adjudicante, selecionando a proposta vencedora, depois incumba o concorrente vencedor de proceder a soluções de outrem⁷². Nada disso se passa com o exercício do direito de preferência: a proposta vencedora mantém-se nos seus exatos termos; o preferente aceita as exatas condições da proposta *mesmo que sejam diferentes das que ele próprio propôs*.

⁶⁸ Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público...”, *cit.*, p. 184. No mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORRAL, “Licença de utilização do domínio...”, *cit.*, p. 364 (“a característica primeira do concurso público é, pois, a de não se saber que pessoas ou entidades vão concorrer e de não haver limite (numérico) ao número de concorrentes, tudo isso porque são admitidos a concorrer todos os que preenchem os requisitos genericamente determinados”).

⁶⁹ Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público...”, *cit.*, p. 185.

⁷⁰ Cf. Acórdão do TCA-Sul de 15.02.2018, proc. 07751/11.

⁷¹ Cf., neste sentido, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público...”, *cit.*, p. 225: “recusa a ideia de que a celebração de bons contratos públicos possa resultar sempre da aplicação mecânica de um Código que, tendo obviamente muitas qualidades, tem sempre a limitação da impossibilidade de ter sido pensado para todos os diversíssimos contratos a que se vai aplicar”.

⁷² Cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O concurso público...”, *cit.*, p. 211, nota 15.

4.2. O princípio da concorrência e a atribuição de um direito de preferência

Não havendo incompatibilidade estrutural do direito de preferência das concessões do domínio público com as regras do CCP – sendo possível exercê-lo no quadro das normas do CCP –, resta saber em que medida é que a sua atribuição gera uma restrição do princípio da concorrência efetiva que o RJPIP (artigo 7.º) impõe.

O princípio da concorrência em matéria de contratação pública tem, antes de mais, uma “dimensão de *igualdade no acesso à contratação pública e (...) de acesso aos benefícios públicos*”⁷³ ou, o mesmo é dizer, uma vertente de “*igualdade concorrencial*” – com efeito, por “gerar uma «vantagem económica» para o operador selecionado (...), a adjudicação de um contrato público não pode deixar de ocorrer, ao menos *em princípio*, no âmbito de um *procedimento de seleção concorrencial aberto*, que assegure a igualdade de acesso e de oportunidades de participação a todos os potenciais interessados, bem como a igualdade de tratamento entre todos os participantes”⁷⁴. Mas, em segundo lugar, a concorrência é igualmente determinante para a melhor prossecução do interesse público. Neste sentido, o apelo à concorrência permite que o maior número possível de empresas possa responder e, desse modo, potencia a possibilidade de escolha da proposta melhor e mais vantajosa para o interesse público⁷⁵.

Quanto aos propósitos da concorrência relativos à obtenção, de modo transparente, da melhor proposta, não se vê como pode o exercício do direito preferência conduzir a resultados contrários ao seu objetivo, pelo que, sob este prisma, “*a consagração de um direito de preferência não põe em causa o princí-*

pio da concorrência”⁷⁶. O direito de preferência não impede que se obtenha *a melhor proposta possível*, ainda que o titular não tenha apresentado a proposta vencedora: o seu exercício implica que o preferente aceite *as mesmas exatas condições* que constavam da proposta selecionada – só assim podendo ser designado como contratante. O que justifica, aliás, que em linguagem mais antiga se designe o direito de preferência como *direito de tanteio* – isto é, a adquirir *tanto por tanto* a posição jurídica em causa⁷⁷. Trata-se de a proposta vencedora ser assumida *por quem não a tinha apresentado*, mas nas mesmas exatas condições⁷⁸.

Do lado da igualdade dos concorrentes, a solução do problema é menos evidente. Com efeito, pode argumentar-se que a atribuição de um direito de preferência a um dos concorrentes põe em causa a *igualdade* das suas posições, pois o contraente público trata de modo desigual um dos concorrentes. No fundo, um dos concorrentes, para além das condições da sua proposta, pode obter a adjudicação *nos termos das propostas de outrem*, coisa que não é admitida aos demais. O que, em tese, constitui uma distorção da concorrência determinada pelo artigo 7.º do RJPIP.

A eventual objeção não pode, porém, ser absolutizada.

Com efeito, o princípio da concorrência não é um valor absoluto, devendo compaginar-se com outros princípios que orientam a contratação pública – desde logo, os princípios da prossecução do interesse público e o da proteção dos direitos protegidos dos cidadãos^{79/80}. É neste quadro que, mesmo sem abdicar da concorrência, pode o legislador encontrar uma *concordância prática*, não deixando de simultaneamente assegurar o valor da concorrência, mas, em procedimentos contratuais específicos, modelá-lo em termos que

⁷³ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos*, p. 52.

⁷⁴ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, pp. 430-431 e 434.

⁷⁵ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 435-436 – cf. ainda JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Princípio da legalidade e autonomia da vontade na contratação pública”, *V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2004, pp. 66-67; RUI MEDEIROS, “Desafios de uma contratação pública ao serviço da concorrência e da satisfação das necessidades públicas e o modo como a revisão do CCP de 2017 os enfrentou”, *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1050 ss; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Comentário ao artigo 7.º”, *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público – Domínio público e domínio privado da Administração*, Almedina, Coimbra, 2017, 49-52, p. 51; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, *cit.*, p. 70.

⁷⁶ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 18.

⁷⁷ Cf. M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, *cit.*, p. 194.

⁷⁸ Cf. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, *cit.*, Vol. I, p. 378. Neste sentido, ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 18: “*quem exerce o direito de preferência vai ficar adstrito à proposta de outrem e tem de desenvolver a sua atividade nos termos dessa proposta e não da sua proposta inicial. Esta regra acaba por garantir o respeito pela concorrência na medida em que assegura a manutenção da proposta escolhida. Também aqui releva a definição de adjudicação constante do artigo 73.º do CCP, já citado.*”

⁷⁹ Cf., neste sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, *cit.*, p. 55.

⁸⁰ Sublinhando que “*a concorrência nem sempre é adequada à prossecução do interesse público; e, por isso, as formas não concorrenciais de contratação não podem ser objecto de uma espécie de anátema, e de interpretações excessivamente restritivas, já que muitas vezes são um pressuposto essencial da satisfação das necessidades colectivas*”, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Comentário ao artigo 7.º”, *cit.*, p. 52.

permitam uma mais eficaz prossecução do interesse público na escolha do contraente privado e na tutela dos direitos legalmente protegidos dos cidadãos – concretizando, no fundo, os princípios elencados nos artigos 2.º e 7.º do RJPIP. Dito de outro modo: a “concorrência não se realiza, portanto, segundo um modelo ou espécie única, nem se projecta sempre da mesma maneira ou com o mesmo rigor em todos os procedimentos”⁸¹; mais do que discutir a suscetibilidade de concorrência de certo contrato, *nem todos os contratos obedecem ao tipo de concorrência que o direito europeu tem estendido a tudo*, admitindo-se, em nome do interesse público, graus diferentes de concorrência⁸².

É justamente o que sucede nos concursos *regulados pelo CCP* em matéria de concessões de bens do *domínio público hídrico*. Ao estabelecer-se um mecanismo concursal, não pode de modo nenhum sustentar-se que o legislador tenha amputado ou derogado o valor da concorrência: abre propostas a *qualquer interessado* e, em princípio, considera a *melhor proposta*, sem levar em conta a identidade do concorrente. O valor da concorrência, quer na sua dimensão pública (a escolha da melhor proposta para o interesse público) quer na sua dimensão de transparência e igualdade no modo como o Estado trata os privados, está decididamente assegurado⁸³.

A atribuição *legal* do direito de preferência a um dos concorrentes, permitindo-lhe contratar nos termos da proposta vencedora, liga-se, isso sim, às circunstâncias de interesse público que motivam a decisão do contrato e que, naturalmente, se projetam no modelo do concurso público⁸⁴. E ainda que possa ter um efeito indireto na igualdade de tratamento dos candidatos, certo é que se trata da tal *concordância prática* justificada em ordem a garantir os princípios da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos

dos particulares⁸⁵. Sobretudo porque o princípio da concorrência não pode – especialmente em áreas *não cobertas* pelo Direito da União Europeia – pôr em causa a injunção constitucional de prossecução do interesse público, em cuja obediência se impõe a modelação dos procedimentos concorrenciais⁸⁶. O que não controverte, minimamente, que a Constituição – até em refração do princípio da igualdade – *por princípio* deve garantir uma plena equiparação dos candidatos⁸⁷; ponto é que tal valor deve compatibilizar-se com a efetiva prossecução do interesse público (n.º 1 do artigo 266.º da Constituição), sobretudo quando se trata de encontrar um parceiro do Estado para gestão de bens do domínio público⁸⁸.

Por um lado, avulta o interesse público de promover o princípio da rentabilidade nas utilizações por particulares dos bens do domínio público, a que *supra* se aludiu, e que é potenciado pela atribuição ao particular pela atribuição do direito de preferência ao titular da exploração. O que o legislador, na verdade, reconhece expressamente, ao atribuir *por força de lei* (no contexto do domínio público hídrico) direitos de preferência aos titulares das explorações de bens dominiais.

Por outro lado, olha-se ao princípio da proteção dos direitos dos particulares: ao atribuir contratualmente um *direito subjetivo a particulares*, a sua extinção deve estar subordinada à inconciliabilidade daquele direito com a prossecução do interesse público. A vigência do princípio *pacta sunt servanda* no quadro da contratação pública reveste interesse preponderante, sob pena de a Administração ver gorada a capacidade de contratar por violação da confiança que os particulares depositam nos pactos⁸⁹.

⁸¹ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, *cit.*, p. 68.

⁸² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 593: “*terá de se admitir a genérica possibilidade de enunciar e fazer valer limitações à publicidade e à concorrência (quer na escolha de procedimentos sem publicidade e concorrência, quer na inclusão, nas peças procedimentais de procedimentos com publicidade e concorrência, de regras de limitação do universo concorrencial: cf infra), se tais limitações surgirem suficientemente sustentadas na prossecução de fins de interesse público e forem proporcionais (necessárias, adequadas e equilibradas) a esses fins*”.

⁸³ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 18.

⁸⁴ Cf. CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, 2008, 519-567, p. 522: “*As determinações prévias à selecção do contraente privado têm origem na avaliação que o contraente público faz das circunstâncias de interesse público que motivam a celebração do contrato*”.

⁸⁵ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, “Contrato público...”, *cit.*, p. 871.

⁸⁶ Cf., neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 554.

⁸⁷ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 577.

⁸⁸ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 581: “*a melhor interpretação das normas constitucionais que se referem a procedimentos abertos (concursais) como a regra na constituição de certas relações jurídicas pactuadas entre a Administração e os particulares não defende essa regra como isenta de excepções, mesmo se a própria Constituição, expressamente, não aponta para a existência dessas excepções. O Tribunal Constitucional tem assumido uma postura segundo a qual a previsão do concurso na lei fundamental é compatível com uma ampla previsão de casos de recurso a modalidades de formação sem publicidade e concorrência, no que conta com a adesão da doutrina*”.

⁸⁹ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, p. 620; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos – Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, 4-135, p. 91; DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORRAL, “Concessão de serviços públicos municipais: da ilegalidade da reformu-

Ora, todas estas razões apontam, justamente, para que se não possa ver no princípio da concorrência um obstáculo intransponível a que, num concurso público regulado pelo CCP, seja feito valer um direito preferência que o Estado contratualmente tenha assumido. Pelo contrário, as razões que o justificam na atribuição *legal* no domínio público hídrico vigoram integralmente no quadro do domínio público imobiliário e perante uma atribuição contratual do direito de preferência.

III. O modo de exercício de um direito de preferência em concurso público para concessão dominial

Se o direito de preferência *não se extingue*, importa, por fim, determinar como pode exercer-se no quadro de um concurso público que concretiza o princípio da concorrência efetiva consagrado no artigo 7.º do RJPIP.

Ora, a resposta deve procurar-se na disciplina do artigo 24.º do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos⁹⁰. Na falta de normas no CCP sobre o exercício do direito de preferência em concursos de concessão de bens dominiais – que, como se viu, não estão abrangidos por injunções europeias diretas –, há que procurar no ordenamento jurídico vigente a solução para a omissão detetada. Vigorando no ordenamento jurídico um corpo normativo expressamente disciplinador do exercício de direito de preferência *em concursos públicos disciplinados pelo CCP relativos à concessão da exploração de bens dominiais*⁹¹, tais normas deverão ser utilizadas nas concessões dominiais relativas ao património imobiliário do domínio público.

Com efeito, aquele regime revela o modo como o legislador, no silêncio do CCP, pretende que a preferência seja exercida em concursos para concessão de exploração de bens dominiais. Não se trata de normas excepcionais do domínio hídrico; mas, ao invés, o corpo normativo vigente que regula,

lação administrativa de propostas em concurso público”, *cit.*, p. 190; ANA GOUVEIA MARTINS, “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, 2010, 59-118, p. 61.

⁹⁰ Cf. Decreto-Lei n.º 227-A/2007, de 31 de maio, na versão que lhe foi dada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 97/2018, de 27 de novembro.

⁹¹ Com efeito, o artigo 24.º, n.º 5, do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos determina expressamente a realização de um concurso público “*com as necessárias adaptações, de acordo com as normas relativas à celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de fornecimentos e aquisição de bens e serviços podendo o anterior titular exercer o direito de preferência nos termos previsto no n.º 8 do artigo 21.º*”.

em concursos disciplinados pelo CCP⁹², o modo como pode ser exercido o direito de preferência.

Aliás, o facto de a regulação da utilização dos bens do domínio público hídrico ser mais exaustiva vem fundamentando a sua utilização para os demais bens dominiais que não dispõem de regulação específica: é o que sucede com as regras sobre a *iniciativa particular* para a concessão, que a doutrina entende aplicável a outros bens do domínio público⁹³. O que não é, sequer, uma novidade: o maior pormenor que a regulação do domínio público hídrico sempre conheceu entre nós motivou a conclusão de que “*as concessões de utilização privativa do domínio público seguem todas um regime que, em traços gerais, é o que a lei prescreve, desde 1971, para as concessões de utilização privativa de terrenos do domínio público hídrico*”⁹⁴.

A conclusão alcançada não pode ser posta em causa pela consideração de tais normas como excepcionais. Com efeito, estando a razão da atribuição de direitos de preferência na contratação de bens dominiais radicada, como se viu, no *princípio da rentabilidade* que orienta a utilização dos bens do domínio público, a vigência desse princípio *quer* no domínio público hídrico, *quer* no domínio público imobiliário sempre implicaria a mobilização, por analogia, da mesma solução legislativa. Com efeito, a proibição absoluta de aplicação analógica de normas excepcionais tem-se hoje por superada: “*o que justifica a analogia em geral justificará igualmente a aplicação analógica de normas excepcionais, sempre que os dois momentos que atrás consideramos como condição daquela analogia se verificarem no seu particular âmbito de normatividade – ou seja, e como diz em geral a doutrina, sempre que a eadem ratio da norma excepcional ou do seu regime de excepção se puder afirmar quanto a outros casos não expressamente previstos nessa norma*”⁹⁵. Quer isto dizer que, verificando-se a *mesma razão excepcional*

⁹² Cf. n.º 4 do artigo 24.º do Regime da Utilização dos Recursos Hídricos.

⁹³ É o que parece resultar das palavras de PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos...*, *cit.*, Vol. I, p. 120: “*por exemplo, o procedimento iniciado com o pedido de um particular para a utilização de um bem do domínio público, pedido esse que a Administração é obrigada a publicitar para conhecimento de todos os eventuais interessados na referida utilização; na sequência, os interessados dispõem de um prazo para apresentarem os seus pedidos concorrentes, cabendo à Administração seleccionar o pedido com a melhor proposta (cf. artigo 24.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, com alterações posteriores, que aprova o regime de utilização dos recursos hídricos)*”.

⁹⁴ Cf. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços...*, *cit.*, p. 61, nota n.º 39.

⁹⁵ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais (Studia Iuridica n.º 1)*, Coimbra Editora – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 275. No mesmo sentido, cf. FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao*

que motivou a opção legislativa quanto ao modo do exercício do direito de preferência no domínio público hídrico e no domínio público imobiliário (a rentabilidade das concessões), se impõe a reprodução da *mesma solução legislativa*.

Assim, o titular do direito de preferência pode, no prazo de 10 dias após a decisão de adjudicação do procedimento concursal, comunicar sujeitar-se às condições da proposta selecionada (n.º 8 do artigo 21.º e n.º 6 do artigo 24.º do Regime da Utilização do Regime Hídrico). Este prazo “*funciona para a entidade administrativa como período impeditivo da efetivação da adjudicação, uma espécie de stand-still clause do CCP aplicada a este domínio*”⁹⁶, que “*não impede a efetivação da adjudicação, mas sim a emissão da licença ou a celebração do contrato de concessão*”⁹⁷.

Por outro lado, a existência do direito de preferência deve ser publicitada com as condições concursais, nos termos do princípio da transparência que decorre do CCP⁹⁸. A transparência constitui o procedimento de atribuição suscetível de fiscalização e controlo, não sendo de modo algum derogada pela atribuição de um direito de preferência a certo candidato⁹⁹.

Note-se, por último, que quanto à questão de saber se o titular de direito de preferência pode exercer tal direito *independentemente* da sua apresentação a concurso ou se o exercício do direito de preferência apenas é admissível *caso o seu titular concorra ao procedimento*, a resposta é, inequivocamente, de que cabe ao titular do direito de preferência, forçosamente, concorrer,

Direito, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 961: “*normas excepcionais (que a orientação clássica – e o art. 11.º do CC ... – sustentam «não comporta[re]m aplicação analógica», mas que hoje em dia se não duvida que a admitem – por bem se saber impossível a distinção interpretação/analogia e por ninguém contestar a necessidade de interpretar as mencionadas normas, conquanto sem menoscabo ou subversão do regime fundadamente excecionado*”.

⁹⁶ Cf. Acórdão do TCA Sul de 29 de setembro de 2011, proc. 0465/11/A.

⁹⁷ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 18.

⁹⁸ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Os princípios gerais...”, *cit.*, p. 101: “*o princípio da transparência exige uma definição clara e precisa das regras das principais decisões procedimentais, designadamente, dos requisitos de acesso, das condições de qualificação dos candidatos e dos critérios e factores de adjudicação, de modo a evitar uma discricionariedade excessiva por parte das entidades adjudicantes em matérias concorrenciais essenciais, cujo exercício não seja, em termos práticos, passível de um controlo adequado por parte dos concorrentes e dos tribunais, e de modo também a permitir aos interessados uma correcta formação da sua vontade de concorrer (ou não) e a adopção de uma estratégia concorrencial informada e consciente*”.

⁹⁹ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos...*, *cit.*, p. 585.

enquanto condição de exercício do direito de preferência no procedimento concursal.

Em primeiro lugar porque, mobilizando-se as normas do Regime da Utilização do Regime Hídrico ao modo de exercício do direito de preferência em procedimentos concursais regulados pelo CCP, determina o legislador que a intenção do seu exercício está subordinada à manifestação de interesse do titular da continuação da exploração do bem objeto do concurso e à apresentação da sua proposta a concurso¹⁰⁰. Nessa medida, a candidatura é exigível *enquanto requisito legalmente determinado*.

Em segundo lugar, e principalmente, porque tal decorre das obrigações de concorrência estabelecidas no artigo 7.º do RJPIP. Na verdade, concluiu-se que a atribuição de um direito de preferência não era legalmente proibida porque a isso não se opunha, do lado do contraente público, a obtenção da melhor proposta possível. Ora, caso o titular do direito de preferência pudesse não se apresentar a concurso, a solução poderia ser lesiva do interesse público: o titular da preferência não apresentaria qualquer proposta, evitando o risco de exceder as condições oferecidas pelos demais concorrentes, bem sabendo que sempre poderia preferir pela proposta vencedora ou que poderia o concurso ficar deserto. Em tal caso, objetivamente, prejudicar-se-ia o objetivo da concorrência a que se aludiu, conduzindo a que a existência de um direito de preferência prejudicasse a obtenção da melhor proposta para o Estado.

IV. CONCLUSÕES

O excurso que fizemos conduz-nos a três conclusões principais.

Em primeiro lugar, a de que a integração de um imóvel no domínio público não tem por efeito a extinção de um *direito de preferência num arrendamento ou concessão da exploração* a que o Estado se houvesse vinculado, no caso de vir a celebrar tais negócios. A eventual improbabilidade (ou mesmo inviabilidade) de celebração do contrato a cuja preferência o Estado se obrigou não extingue a obrigação de preferência, que é, por natureza, condicional.

Em segundo lugar, conclui-se também que o CCP não impede, nos contratos não abrangidos pelo direito europeu, o exercício de direitos de preferência (legal ou contratualmente atribuídos) em concursos públicos por

¹⁰⁰ Cf. n.º 8 do artigo 21.º e n.º 6 do artigo 24.º do Regime da Utilização do Regime Hídrico. Neste sentido, cf. ALEXANDRA LEITÃO, *A utilização do domínio...*, p. 17.

aquele disciplinados, *maxime*, quando tal decorra de regimes especiais ou da natureza dos contratos a celebrar. Na verdade, não apenas a atribuição de direitos de preferência em concessões dominiais realiza o *princípio da rentabilidade* das concessões de exploração de bens do domínio público, como o ordenamento jurídico já consagra, nos concursos públicos para concessões no domínio hídrico, o exercício de direitos de preferência atribuídos aos particulares titulares da exploração de bens públicos, atestando a compatibilidade da preferência com os procedimentos concursais regulados pelo CCP. A isso não se opõe o princípio da concorrência: não se obsta ao funcionamento concorrencial do concurso (admissibilidade de um número ilimitado de concorrentes; avaliação centrada nas propostas; publicidade; transparência) nem à obtenção da melhor proposta possível. Por outro lado, o valor da concorrência deve coadunar-se com a prossecução do interesse público, pelo que é legítima a opção legislativa de permitir, em atenção ao regime específico das concessões dominiais e considerando a não abrangência destas pelo direito europeu, a atribuição de um direito de preferência a um dos concorrentes.

Em terceiro lugar, o regime normativo do exercício do direito de preferência em concursos para concessões do domínio público *imobiliário* rege-se pelas mesmas normas que o disciplinam no contexto das concessões do domínio público hídrico.

Algumas considerações sobre a lei-quadro da transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais

TIAGO SERRÃO^{***}

I. Considerações iniciais

I. No regime jurídico constante do anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, encontra-se expresso, em matéria de descentralização administrativa, um desígnio de cariz (político e) jurídico: “No respeito pela intangibilidade das atribuições autárquicas e intermunicipais, o Estado concretiza a descentralização administrativa promovendo a transferência progressiva, contínua e sustentada de competências em todos os domínios dos interesses próprios das populações das autarquias locais e das entidades intermunicipais, em especial no âmbito das funções económicas e sociais”¹⁻².

^{*} Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

^{**} O presente artigo pretende prestar homenagem ao Senhor Professor Doutor Fernando Alves Correia, de quem tive o privilégio de ser aluno de Direito do Urbanismo, no ano letivo de 2005/2006, no âmbito da licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Homenagear o Senhor Professor Doutor Fernando Alves Correia é distinguir uma obra científica e uma vida de ensino universitário ímpar, que marca o Direito Constitucional e o Direito Administrativo.

¹ Cf. o artigo 113.º. Conexamente, releva o disposto nos dois preceitos legais imediatamente antecedentes. Nos termos do artigo 111.º, a transferência de competências de órgãos estaduais deve ser promovida por via legislativa e, nos termos do artigo 112.º, a concretização da descentralização administrativa apresenta um conjunto dilatado de objetivos, a saber, “a aproximação das decisões aos cidadãos, a promoção da coesão territorial, o reforço da solidariedade inter-regional, a melhoria da qualidade dos serviços prestados às populações e a racionalização dos recursos disponíveis”. É pouco clara a existência de conteúdo normativo, no preceito derradeiramente mencionado.

² Referindo que uma das preocupações da Lei n.º 75/2013 consistiu em “procurar criar novas pistas e possibilidades de descentralização”, cf. ANTÓNIO LEITÃO AMARO, *Intervenção de Abertura*, in