

A dominialidade pública dos cemitérios das autarquias locais e a sua utilização privativa: revisitando algumas questões eternas, mas sem descanso

1. Nota introdutória

O assunto sobre o qual nos propomos debruçar, sendo clássico, mantém-se bastante atual ⁽¹⁾. Estando em marcha uma significativa reforma do poder local, designadamente no que concerne à criação, modificação e extinção de freguesias, sem esquecer os reflexos da crise pandémica e os gigantescos desafios impostos à capacidade de desenvolvimento e regeneração das autarquias locais, assiste-se curiosamente a um profundo esquecimento de temas cardeais para o poder local. Procura-se, surpreendentemente, avançar sem que problemas avitos estejam devidamente resolvidos. É precisamente o caso dos bens das autarquias locais. Se estes constituem uma garantia da autonomia local, a verdade é que o legislador pouca atenção lhes tem reservado. Basta constatar que, a par de frugais e dispersas disposições, não existe no nosso ordenamento jurídico um Regime Geral dos Bens das Autarquias Locais ⁽²⁾. Neste ponto, o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público é eclipsado por diversos regimes setoriais, não conferindo qualquer tratamento jurídico unitário ao tema, nem tão pouco fornecendo pistas na composição de um património das autarquias locais, concretizador da garantia constitucional.

No que particularmente respeita ao estudo dos cemitérios das autarquias locais, à exceção de alguns importantes e bem-aventurados contributos, há muito que têm sido tomados como bens do domínio público, sem que as consequências ou implicações dessa qualificação sejam minimamente enquadradas e problematizadas. Naturalmente que a nossa pretensão, por economia de tempo e de espaço, é francamente modesta. Não se olvidando que o tema possa (e mesmo, deva) ser tratado do ponto de vista do direito mortuário, sub-ramo também frequentemente ignoto, a nossa análise não tem essa holística ambição. Cingir-nos-emos,

⁽¹⁾ Sobre o tema, para considerações desenvolvidas, *vd.* ISABEL CELESTE M. FONSECA/JOÃO VILAS BOAS PINTO, *Introdução ao Direito do Domínio Público*, Braga: NEDIP/AEDUM, 2019, bem como a bibliografia aí citada.

⁽²⁾ Contrariamente, em Espanha existe, a par da Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, um Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

portanto, à análise dos cemitérios enquanto bens do domínio público autárquico e ao seu encadeamento com a utilização privativa cemiterial, isto é, sobre a coabitação da dominialidade com o direito dos particulares sobre os jazigos privativos e sepulturas perpétuas – são sobre estes que importa incidir a análise, uma vez que no terreno cemiterial poderão encontrar-se igualmente jazigos municipais. Nessa lógica, estão excluídos da órbita das nossas considerações os cemitérios privados ⁽³⁾, pelo que a menção ao substantivo “cemitérios” ao longo do texto deverá sempre ser entendida como referência aos cemitérios das autarquias locais.

Mais do que alcançar respostas definitivas, procurar-se-á sondar o estado da arte, apontar os principais problemas e desafios e interrogar sobre alguns possíveis caminhos.

2. Os cemitérios como bens do domínio público autárquico

2.1. O domínio público autárquico entre a garantia constitucional e as omissões legislativas

A existência de um domínio público autárquico assume-se como imperativo constitucional. Com efeito, a partir do artigo 84.º, n.º 2 da CRP, é possível destacar três níveis distintos: domínio público do estado, domínio público das regiões autónomas e domínio público das autarquias locais. Daqui se extrai que os bens do domínio público são de titularidade pública, historicamente exclusiva das pessoas coletivas públicas territoriais, paradigma que, aliás, tende a manter-se no ordenamento jurídico português, ao invés do que sucede, por exemplo, em Espanha ⁽⁴⁾.

Mas não é apenas a referida disposição constitucional que alberga a existência de um domínio público autárquico. Também o artigo 238.º da CRP corrobora tal entendimento, em virtude daquele se afigurar como um dos reflexos do princípio constitucional da autonomia local, especificamente de um dos seus corolários, a autonomia financeira, traduzida, entre outras faculdades, na liberdade de gerir e dispor do seu património próprio, onde naturalmente e se inclui a titularidade do domínio público autárquico ⁽⁵⁾. De tal forma, acompanhando JORGE PAÇÃO, a ga-

⁽³⁾ São exemplos de cemitérios privados o Cemitério Israelita de Lisboa e o Cemitério da Venerável Irmandade de Nossa Senhora da Lapa, no Porto.

⁽⁴⁾ Sobre a possibilidade de titularidade de bens dominiais por outras pessoas coletivas, designadamente institucionais, vd. o nosso *Introdução ao Direito do Domínio Público...*, pp. 51-54.

⁽⁵⁾ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Vol. II (Organização do Poder Político), Coimbra: Almedina, 2010, p. 634. Para maiores afloramentos sobre o princípio da autonomia financeira, vd. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito Financeiro Local*, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2019, especialmente pp. 42-60.

rantia de domínio público das autarquias locais é, simultaneamente, institucional e material, por não se satisfazer com uma mera garantia de existência, mas reclamar necessariamente a constituição de um património dominial que se afigure apropriado para a prossecução dos interesses específicos das suas populações ⁽⁶⁾.

Também o legislador infraconstitucional consagra a existência de um domínio público autárquico. Referimo-nos tanto ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP) ⁽⁷⁾, designadamente ao artigo 15.º, que reconhece a titularidade dos imóveis do domínio público do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais e os poderes de uso, administração, tutela e defesa que lhes são conferidos sobre aqueles bens, como ao Regime Jurídico das Autarquias Locais (RJAL) ⁽⁸⁾, que regula em determinadas disposições as competências dos órgãos autárquicos em relação aos bens do domínio público (do município e da freguesia), como sucede, por exemplo, no artigo 25.º, n.º 1, alínea *q*), atinente à competência da assembleia municipal para a deliberação sobre a afetação ou desafetação dos bens do domínio público municipal, mediante proposta do órgão executivo.

Todavia, se quanto ao reconhecimento da existência de um domínio público autárquico não se apõem grandes incertezas, o mesmo não ocorre quanto ao elenco dos bens que o integram. Embora o legislador constitucional permita a integração no domínio público, mediante classificação legal, de outros bens para além daqueles que expressamente cataloga ⁽⁹⁾, na verdade, o legislador infraconstitucional adotou quanto ao domínio público autárquico uma postura biforme: por um lado, classifica alguns bens como integrantes da dominialidade pública autárquica, como sucede nomeadamente com os recursos hídricos do município e das freguesias ⁽¹⁰⁾ e com determinados troços de estradas, equipamentos e infraestruturas neles integrados ⁽¹¹⁾; por outro, é omissivo quanto à inclusão ou exclusão de certos bens que, por diversas razões, apresentam grande proximidade com a dominialidade pública ou, em rigor, parecem reclamar a aplicação desse específico regime jurídico. E é precisamente neste segundo conjunto que se inserem os cemitérios das freguesias e dos municípios, não tendo logrado, con-

⁽⁶⁾ JORGE PAÇÃO, «Algumas questões sobre o domínio público municipal», in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 16.

⁽⁷⁾ Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto, com as posteriores alterações.

⁽⁸⁾ Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, com as posteriores alterações.

⁽⁹⁾ Cfr. artigo 84.º, n.º 1, alínea *f*) e n.º 2.

⁽¹⁰⁾ Respetivamente, artigos 33.º, n.º 1, *uu*) e 9.º, n.º 2, alínea *c*) RJAL.

⁽¹¹⁾ *Vd.* especificamente o Decreto-Lei n.º 100/2018, de 28 de novembro, que postula uma mutação dominial a favor dos municípios.

trariamente ao que se concebia na Proposta de Lei n.º 256/X ⁽¹²⁾, a classificação como bens do domínio público autárquico ⁽¹³⁾.

Em abono da verdade, esta não é a única omissão do RJPIP. Basta, no imediato, pensar-se na total ausência de um regime atinente aos bens móveis ou no conjunto abundante de diplomas sectoriais que o RJPIP nem alberga nem revoga, como ocorre, por exemplo, com os recursos hídricos ⁽¹⁴⁾ ou com o uso privativo dos bens do domínio público do Estado e das atividades desenvolvidas nos aeroportos e aeródromos ⁽¹⁵⁾. Em suma, contrariamente ao que sucedeu noutros ordenamentos jurídicos, a unificação do regime tem permanecido, entre nós, na penumbra, não se podendo, verdadeiramente, apelidar aquele diploma de regime geral dos bens dominiais ⁽¹⁶⁾.

2.2. A classificação legal e a afetação como critérios da dominialidade pública

Tal como se deu conta, a dominialidade pública dos cemitérios não decorre explicitamente de uma disposição legal. De facto, se, por um lado, o RJAL consagra que os cemitérios públicos são propriedade das autarquias locais – considere-se, desde logo, as expressões “cemitérios propriedade da freguesia” ou “cemitérios propriedade do município” plasmadas, respetivamente, nas alíneas dos artigos 16.º e 33.º do RJAL, – por outro, não permite proclamar com elevado grau de certeza que sejam bens do domínio público, podendo, bem assim, matricular-se no domínio privado das autarquias locais ⁽¹⁷⁾.

Nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do RJPIP, compete ao titular do imóvel afetá-lo às utilidades públicas correspondentes à classificação legal, sempre que o interesse público subjacente ao estatuto da dominialidade do imóvel não decorra direta e imediatamente da sua natureza. Ora, se a afetação é um ato de direito público pelo qual uma coisa é destinada a um determinado fim de interesse público, isto é, o ato pelo qual o bem passa a revestir uma condição jurídica

⁽¹²⁾ Cfr. artigo 3.º, n.º 4, al. e) e n.º 5, al. c), da Proposta de Lei. Esta encontra-se disponível para consulta em www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=34366.

⁽¹³⁾ São, no entanto, abundantemente entendidos pela doutrina e pela jurisprudência como tal. Para uma súpula, *vd.* ANA RAQUEL MONIZ, “Domínio Público local: noção e âmbito”, in António Cândido de Oliveira (coord.), *Domínio Público Local*, Braga: CEJUR, 2006, p. 28, e, mais recentemente, José Luís BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos: ficção ou realidade?*, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, pp. 573-575.

⁽¹⁴⁾ Designadamente, Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro (Lei da Titularidade dos Recursos Hídricos); Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio (Regime da Utilização dos Recursos Hídricos); Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro (Lei da Água), com as respetivas alterações.

⁽¹⁵⁾ Decreto-Lei n.º 102/90, de 21 de março.

⁽¹⁶⁾ Para uma crítica ao RJPIP, *vd.* JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, «Domínio Público e Domínio Privado: Mitos e Sombras», in *O Direito*, n.º IV, ano 141.º, Almedina, 2009, pp. 815-852.

⁽¹⁷⁾ Sobre a distinção e a necessidade da manutenção da distinção entre domínio público e domínio privado e entre domínio privado disponível e indisponível, *vd.* nosso *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op. cit.*, pp. 55-59.

especial ⁽¹⁸⁾, naturalmente que a afetação só poderá ser efetuada por quem se encontrar legalmente habilitado para tal ⁽¹⁹⁾. Neste ponto, não há como negar, em resultado do RJAL, que o titular do cemitério público é o município ou a freguesia. Cumprirá igualmente considerar o artigo 14.º RJPIP, assim como retornar ao artigo 84.º CRP, uma vez que ambos impõem que seja a lei ou a Constituição a classificar um bem (imóvel) como bem do domínio público ou a identificar os tipos dominiais. De facto, no nosso ordenamento jurídico, contrariamente ao que se verifica no ordenamento espanhol ou no francês ⁽²⁰⁾, não é possível recortar um critério material da dominialidade pública, pugnando-se, pelo contrário, por uma classificação formal, constitucional ou legal ⁽²¹⁾. Isto significa que, para que um bem possa revestir a condição jurídica especial da dominialidade, é sempre necessária a existência de uma base legal, o que pressupõe que, mesmo que o bem possa enquadrar-se no designado domínio público por natureza, sempre tenha de existir previsão legal, uma vez que a condição *por natureza* não indica uma correspondência automática ao estatuto da dominialidade pública, mas tão só, assim o entendemos, a suscetibilidade de efetivamente a previsão legal poder vir a atestá-la ⁽²²⁾. A previsão legal e a afetação serão sempre, assim, requisitos necessários para a atribuição da dominialidade pública. Vejamos melhor.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op.cit.*, pp. 59-60.

⁽¹⁹⁾ Nesse sentido, ÁNGEL SANCHÉZ BLANCO, *La afectación de bienes al dominio público*, Editorial Universidad de Sevilla, 1979, p. 74 e MARIA DE LOS ÁNGELES SCAGLIUSI, *El Dominio Público Funcionalizado: la corriente de valorización*, Madrid: INAP, 2015, p. 35.

⁽²⁰⁾ Tal como dispõe o artigo L-2111-1 do Code Générale de la Propriété des Personnes Publiques («Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public»), bem como o artigo 5.1. da Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas («Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniale»).

⁽²¹⁾ Cfr. art. 165.º, n.º 1, al. v), da CRP (*i.e.*, Lei da Assembleia da República ou Decreto-Lei autorizado ao Governo). Registe-se, ainda, que por força do artigo 227.º, n.º 1, al. b), tal competência encontra-se vedada às Assembleias Legislativas Regionais.

⁽²²⁾ Quanto ao domínio público por natureza, este conceito eminentemente doutrinário pretende designar, como nos indica ANA GOUVEIA MARTINS, «Comentário ao Art. 14.º RJPIP», in João Miranda (coord.) *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 84, «aqueles bens que, numa determinada comunidade e em dado momento histórico, se consideram estar, pela própria natureza das coisas, destinados a satisfazer as necessidades essenciais da coletividade – mormente, por se encontrarem intimamente relacionados com a integridade territorial, a identidade e a própria sobrevivência do Estado-coletividade, pelo que devem ser necessariamente submetidos a um regime de dominialidade pública, independentemente de qualquer previsão constitucional ou legal nesse sentido», tratando-se «(...) de um conceito e de uma classificação de cariz meramente doutrinário sem aptidão na nossa ordem jurídica (...), muito embora, (...) deverá servir de parâmetro orientador do legislador constituinte e do legislador ordinário aquando da decisão de aprovação de uma lei que proceda à classificação legal de determinados bens ou tipos de bens como bens do domínio público».

MARCELLO CAETANO ensinava que «a atribuição dominial depende de um, ou vários, dos seguintes requisitos: a) existência de preceito legal que inclua toda uma classe de coisas na categoria do domínio público; b) declaração de que certa e determinada coisa pertence a essa classe; c) afetação dessa coisa à utilidade pública» (23). Repare-se que o ilustre professor empregava a expressão «depende de um, ou vários», pelo que daí poderia resultar a não obrigatoriedade de uma disposição legal para a atribuição dominial. Todavia, quando esclarece a noção de coisa pública, o autor expressamente assevera que «a classificação de uma coisa como pública depende da lei. Só são públicas as coisas assim qualificadas por lei» (24). Tal significa que a previsão legal é, afinal, requisito necessário à integração de um bem no domínio público, podendo afirmar-se, nesse seguimento, que não há bem dominial sem lei (25). Por conseguinte, embora os cemitérios possuam uma «relevante função de interesse público (...), não apenas do ponto de vista sanitário, mas também do culto dos finados, próprio da tradição portuguesa» (26), ou seja, embora nutram uma íntima relação com fins de utilidade pública (27), este poderá ser apenas reconhecido como um dos critérios da atribuição da dominialidade, mas necessariamente acompanhado por uma previsão legal.

Nessa ordem de ideias, aparenta, à primeira vista, dever negar-se a atribuição da dominialidade aos cemitérios, uma vez que não existe previsão legal explícita. Não pode perfilhar-se tal negação, visto que a classificação legal dos cemitérios como bens do domínio público encontra-se, em rigor, ínsita numa *norma consuetudinária de valor legal* (28). E se, mesmo assim, incertezas subsistam,

(23) MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 1994, p. 921.

(24) *Idem*, p. 880.

(25) Neste sentido, JORGE PAÇÃO, «O mito da alternatividade dos critérios de dominialidade pública – Ac. do STA de 26/06/2014, Proc. 1174/2», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 122 (março-abril), Braga: CEJUR, 2017, p. 77.

(26) ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público – O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 273.

(27) Considere-se com grande diferença temporal, o Acórdão do STA de 7 de março de 1989 (Proc. 026036) e o Acórdão do TCA-Norte de 06 de março de 2015 (Proc. 00464/12.0BEPRT), sendo que em ambos se considera que «os cemitérios, são bens do domínio público possuídos e administrados pelos municípios e pelas freguesias, afectos a um fim de utilidade pública».

(28) Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, «Comentário ao art. 14.º RJIP», *op. cit.*, p. 85. Se bem entendemos a questão, trata-se de um reflexo da designada dimensão informal da juridicidade, recorrendo aos ensinamentos de PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003. Ensina o autor que «(...) a informalidade subjacente a uma prática social reiterada com convicção de obrigatoriedade constitui “passaporte” de acesso ao mundo da normatividade jurídica (...), existindo, assim, «uma juridicidade que integra uma factualidade normativa – ou seja, a capacidade de puros factos fazerem emergir normas jurídicas» (pp. 240-241), sendo que «(...) o costume configura-se como o principal componente desta informalidade normativa: as normas consuetudinárias ocupam a maior parte do núcleo da normatividade “não oficial”» (p. 420).

apraz não desconsiderar a possibilidade de uso privativo que, entendido como «o modo de utilização do domínio que é consentido a uma ou a algumas pessoas determinadas, com base num título jurídico individual» (29), também é, afinal, um índice revelador da dominialidade pública. Recorrendo novamente a JORGE PAÇÃO, «ainda que o título (...) seja variável, sempre que o conteúdo do direito esteja centrado no uso privativo de um bem público, estaremos perante um instrumento jurídico exclusivamente aplicável aos bens integrados no domínio público» (30). É facilmente comprovável a aplicabilidade deste argumento aos cemitérios: por exemplo, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, al. gg), do RJAL, compete à junta de freguesia conceder terrenos, nos cemitérios propriedade da freguesia, para jazigos, mausoléus e sepulturas perpétuas, o que, por si só, é ilustrativo da admissibilidade do uso privativo cemiterial (31). O referido autor entende que a utilização privativa consubstancia uma *terceira norma de nível legal* (32). Desse modo, não pode desmemoriar-se que o critério necessário da previsão legal (33) sempre estará cumprido, diremos mesmo, duplamente cumprido.

No que tange à afetação, esta não pode, como se disse, ser exercida isoladamente, tendo imperativamente de se interligar com a previsão legal. Se a previsão legal é o elemento normativo da determinação da dominialidade, a afetação é o elemento teleológico, destacando-se naturalmente a afetação fáctica enquanto condição de eficácia, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, do RJPIP (34). Ao jeito de PAREJO ALFONSO, «La afectación es, en efecto, la *consecrátio, dicatio o publicatio* romanas, el instrumento que determina el momento y asegura el mantenimiento de la real conexión de todas y cada una de las concretas y específicas, cosas en sentido jurídico-civil a un determinado destino público, para cuya salvaguardia

(29) DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra Editora, 1965, p. 165.

(30) JORGE PAÇÃO, «*Algumas questões (...)*», *op. cit.*, pp. 21-22.

(31) O reconhecimento é, aliás, patente na jurisprudência, cfr. Acórdão do TCA-Norte de 17 de abril de 2020 (Proc. 00507/13.0BEPRT): «A utilização de terrenos nos cemitérios para sepultura ou jazigos é uma das formas de utilização do domínio público pelos particulares». A propósito, cabe considerar as fronteiras do espaço concessionado, de acordo com o Acórdão do TCA-Norte de 31 de janeiro de 2020 (Proc. 01355/10.4BEBRG): «As zonas públicas de acesso/passagem/permanência de um cemitério são um bem do domínio público não concessionado, insusceptível de aquisição, cujas dimensões mínimas estão definidas na lei – § 3 artigo 8.º do decreto 44220 de 03.03.1962 – e que são, tão só, afetas à circulação e à permanência de pessoa».

(32) JORGE PAÇÃO, «*Algumas questões (...)*», *op. cit.*, p. 22.

(33) Não se confunda com a classificação administrativa, figura que entendemos situar-se entre a previsão legal e a concreta afetação, cfr. o nosso *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op. cit.*, pp. 65-69.

(34) Cfr. o nosso *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op. cit.*, pp. 63 e 72.

A dominialidade pública dos cemitérios das autarquias locais e a sua utilização privativa...

tiene lugar precisamente la aplicación del estatuto dominial. Es una especie de la categoría jurídica de la *vinculación* (...)»⁽³⁵⁾.

Em suma, da conjugação da titularidade pública (das freguesias e dos municípios), com a existência de uma previsão legal, seja por via de uma norma consuetudinária de valor legal, seja pela norma que admite a utilização privativa do bem, mediante um título administrativo outorgado pelas autarquias, e com a afetação fáctica do bem, resulta a qualificação dos cemitérios públicos como bens do domínio público autárquico.

3. A utilização privativa do domínio público cemiterial: que direito(s)?

3.1. As especificidades da utilização privativa cemiterial

Antes de nos determos sobre a interrogação em epígrafe, será curial observar que o cemitério, enquanto bem do domínio público, comporta diferentes modos de utilização: há, efetivamente, uma diferença significativa entre o direito de acesso e de circulação ao e no terreno cemiterial, consentido à generalidade dos cidadãos, situação configurável como uso comum⁽³⁶⁾, e o direito de utilização privativa de uma parcela do terreno cemiterial. Dessa forma, na primeira situação, não se certifica a emersão de um direito novo na esfera do particular, ao passo que, por via da concessão de utilização privativa, «a entidade administrativa titular do bem dominial cria *ex novo* na esfera do particular o direito de aproveitar de forma exclusiva as utilidades proporcionadas por um bem público»⁽³⁷⁾. O direito em causa reveste, portanto, características patrimoniais, isto é, acresce ao património do particular sem, contudo, implicar a perda do estatuto dominial do bem sobre o qual recai a utilização privativa⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ LUCIANO PAREJO ALFONSO, «Dominio Público: Un Ensayo de Reconstrucción de su teoría general», in *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102 (janeiro/dezembro), Madrid, 1983, p. 2418.

⁽³⁶⁾ Cfr. Artigo 25.º do RJPIP.

⁽³⁷⁾ ANA RAQUEL MONIZ, «A Concessão de uso privativo do domínio público: um instrumento de dinamização dos bens dominiais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 322.

⁽³⁸⁾ Não poderíamos estar mais de acordo com DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público* (...), *op. cit.*, p. 261: «(...) se a incompatibilidade com a afetação ao uso comum é fundamento de revogação do uso privativo, isso só pode explicar-se admitindo que a parcela onde tem lugar se mantém sempre, por todo o tempo que a concessão durar, afeta à utilidade coletiva, não deixando de ser a coisa pública». Idêntica conclusão do TCA-Norte, no seu Acórdão de 15 de abril de 2010 (Proc. 01249/04.2BEVIS): «De facto, a construção do jazigo não retira à parcela de terreno concedida o carácter de bem do domínio público (...)».

Recorrendo aos instrumentos normativos autárquicos, a título ilustrativo ao Código Regulamentar do Município de Braga ⁽³⁹⁾, os terrenos dos cemitérios podem, mediante autorização do Presidente da Câmara Municipal, ser objeto de concessão de uso privativo, para instalação de sepulturas perpétuas e para a construção de jazigos particulares ⁽⁴⁰⁾. Convirá não ignorar a complexa dimensão que aqui poderá estar em causa. O que queremos dizer é que o direito ao sepulcro, em sentido amplo, encerra um conjunto de direitos distintos, como sejam principalmente o direito a ser sepultado, o direito de sepultar outrem, o direito de aceder ao túmulo para exercícios de piedade, o direito de reação ou oposição para proteger o túmulo e o direito sobre a construção sepulcral e os seus acessórios ⁽⁴¹⁾. Enfim, não se pretendendo dissertar sobre tal complexo, parece-nos, porém, merecer realce a indissociabilidade entre a utilização privativa do terreno cemiterial e a coisa nele instalada ou construída (a sepultura ou o jazigo), precisamente porque o particular não pretende obter uma rentabilização do bem em sentido estrito, isto é, retirar dele uma vantagem económica ⁽⁴²⁾, como sucede na generalidade das concessões de utilização privativa. O ímpeto em causa não é outro que não a inumação, logicamente associada à contemplação e aos exercícios de piedade para com os seus entes queridos. Mas a afirmação dessa indissociabilidade carece de melhor explicação.

Por um lado, entendemos não ser possível a cisão, em virtude de se demonstrar utópica a instalação ou construção de jazigo ou sepultura sem a utilização do terreno cemiterial, *rectius*, de uma sua parcela, razão pela qual se aceite, com elevada razoabilidade, que o título de utilização privativa não possa ser transmitido sem a acoplação da transmissão da construção edificada no terreno cemiterial, ou melhor dito, sem o direito sobre tais construções, muito embora concordemos que a distinção entre concessionário e titular do direito sobre as construções possa aplicar-se a outras concessões de utilização privativa ⁽⁴³⁾. Desse modo, na

⁽³⁹⁾ Na versão revista a 15 de outubro de 2019. Disponível para consulta em www.cm-braga.pt/pt/0502/municipio/camara-municipal/apoio-ao-cidadao/regulamentos.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. artigo G-1/33.º, n.º 1, do Código Regulamentar do Município de Braga.

⁽⁴¹⁾ Para maiores aprofundamentos, vd. RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, «Em torno do ius sepulchri romano: alguns aspectos de epigrafia jurídica», in *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 63, Coimbra, 1987, pp. 153-182. Na doutrina italiana, vd. DAMIANO MARINELLI/SAVERIO SABATINI, *Il contenzioso ereditario*, Maggioli Editore, 2019, especialmente o capítulo intitulado *Lo strano caso dello ius sepulchri*.

⁽⁴²⁾ Em sentido próximo, JOÃO CAUPERS/VERA EIRÓ, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª ed., Lisboa: Âncora Editora, 2016, p. 186: «Falar em aproveitamento do bem não significa que o uso privativo consista necessariamente na exploração económica do bem».

⁽⁴³⁾ Cfr. o nosso *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op. cit.*, pp. 307-308. Aludindo à distinção, embora creiamos que gizada para a genérica concessão de utilização privativa, e não para esta em específico, ANA GOUVEIA MARTINS, «As licenças e concessões de utilização privativa do domínio público como um instrumento de rentabilização e valorização dos bens dominiais», in *Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 5, n.º 1, Lisboa: FDUL/ICJP/CIDP, 2018, p. 100.

utilização privativa do domínio público cemiterial o particular assume, concomitantemente, a posição de concessionário e de titular de um direito de aproveitamento das sepulturas e dos jazigos ⁽⁴⁴⁾. Por outro lado, para efeitos dos direitos em causa, importa distinguir o terreno cemiterial do monumento fúnebre nele edificado ⁽⁴⁵⁾. Assim se justifica, portanto, que a partir do momento em que outorga a concessão, e durante todo o tempo em que esta sobreviva, o município ou a freguesia vejam a titularidade sobre o bem dominial comprimida pelo direito do particular de utilizar a parcela de terreno ⁽⁴⁶⁾.

As considerações antecedentes alavancam um vislumbre da concessão de utilização privativa do domínio público cemiterial como concessão de utilização privativa especial, à maneira de um *tertium genus* ⁽⁴⁷⁾, na medida em que nem se reconduz à genérica concessão de utilização privativa, porque o concessionário não é um mero utente do bem dominial – os poderes exclusivos conferidos ao concessionário são poderes de *fruição* (cfr. artigo 28.º do RJPIP), mas no caso da concessão da parcela cemiterial assumem-se qualificados ou de maior intensidade, porque menos limitados, desde logo, pela questão da (não) limitação temporal –, nem se filia totalmente na figura da concessão de exploração, francamente mais ampla do que a concessão em causa, uma vez que os poderes do concessionário da exploração do domínio público integram, nos termos do artigo 30.º do RJPIP, poderes de gestão e de administração do bem, o que significa que, embora a titularidade do bem permaneça na esfera da Administração e, portanto, o concessionário não possa, por exemplo, desafetar o bem, exerce autênticas funções administrativas na gestão, exploração e administração do bem, funções que se consubstanciam, entre outras, na atribuição de títulos de utilização privativa do domínio público a terceiros, na proteção dos bens dominiais e no poder de autotutela, sendo que no caso da concessão de utilização privativa do domínio público cemiterial o concessionário não se sub-roga na posição da administração.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. JORGE PAÇÃO, «*Algumas questões (...)*», *op. cit.*, p. 23.

⁽⁴⁵⁾ Nesse sentido, vd. Acórdão do STJ n.º 4771/04, de 19 de abril de 2005: «Deve, no entanto, distinguir-se entre o terreno cemiterial, necessariamente público, de que o uso de uma parte é concedido ao particular para sepultura de cadáveres, e o monumento fúnebre nele erigido, para aquele fim».

⁽⁴⁶⁾ Neste sentido, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, *op. cit.*, p. 585.

⁽⁴⁷⁾ Também ANA GOUVEIA MARTINS, «*Comentário ao Art. 28.º do RJPIP*», *op. cit.*, p. 173, ainda que se reporte a uma situação distinta (atividade de movimentação de carga em terminais portuários em parcela do domínio público marítima), parece admitir a possibilidade de uma concessão *sui generis* ou mista: «Pode suceder, porém, que a concessão de uso privativo venha associada ao desenvolvimento de uma actividade pública, caso em que estaremos perante uma concessão mista, de uso privativo do domínio público e de gestão de uma actividade pública».

Em termos sinópticos, a concessão de utilização privativa do domínio público cemiterial é mais ampla do que a concessão de utilização privativa do domínio público, tal como demarcada pelo RJPIP, mas mais restrita do que a concessão de exploração do domínio público (48).

3.2. A coexistência da dominialidade com o direito dos particulares sobre os jazigos privativos e as sepulturas perpétuas

A tomada de posição quanto ao direito do particular sobre os jazigos privativos e sepulturas perpétuas não se afigura tarefa fácil ou consensual. Em bom rigor, esta é uma questão transcendente, na medida em que convoca a discutibilidade da própria conceção do domínio público, isto é, da sua natureza jurídica. Apesar de este não ser o local adequado para uma explanação exaustiva das teorias do domínio público, e respetivas evoluções e retrações, é necessário que se abra espaço para a fixação de alguns pressupostos importantes para a presente reflexão.

Deve-se a MAURICE HARIOU a robustez do arquétipo da teoria do domínio público enquanto *propriedade pública*, acolhida, de forma minoritária, no ordenamento jurídico germânico por OTTO MAYER e, entre nós, pela larga maioria da doutrina administrativista (49). A teoria em causa produziu a inclusão do tema no direito administrativo, ou melhor dito, o seu tratamento à luz dos princípios e normas do direito administrativo, de tal forma que segregou o cânone da propriedade das coisas públicas enquanto instituição própria do direito administrativo. E, contrariamente ao que ocorre em Espanha, onde paulatinamente tem vingando uma conceção funcionalista do domínio público (50), esta conceção do domínio

(48) A utilização privativa também não se confunde com a concessão de serviço público. Esta é, nos termos do artigo 407.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público. Como se disse em *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op. cit.*, p. 174, a concessão de utilização de serviço público assume-se tanto como forma indirecta de prestação do serviço público como privatização organizatória sobre o serviço concedido, não se aplicando, com propriedade, à figura que aqui estamos a tratar.

(49) Vd. MAURICE HARIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris: L. Larose et Forcel, 1903, e OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome III (Parte Spéciale – Le Droit Public des Choses, Expropriation, Domaine Public, etc.), Paris: V.Giard & E. Brière, 1905. Entre nós, destacam-se MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, *op. cit.*; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público pelos particulares*, *op. cit.*; ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público – O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, *op. cit.*; BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de Direito Público. Contributo para o seu estudo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005; João Miranda, «Comentário ao Art. 15.º», in João Miranda (coord.), *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 90-95.

(50) Por todos, vd. MARIA DE LOS ÁNGELES SCAGLIUSI, *El Domino Público Funcionalizado (...)*, *op. cit.*

público como propriedade pública ainda continua a ser dominante em Portugal (51). A tal visão, opõe-se a conceção germânica predominante, designada propriedade privada modificada, segundo a qual as coisas públicas estão sujeitas de forma exclusiva e unitária à propriedade privada, isto é, ao direito civil e não ao direito administrativo, mas assumem, simultaneamente, um estatuto especial, corporizado num direito real público limitado, ao jeito de uma servidão jurídico-pública sobre a propriedade individual (52).

Com o devido respeito, e depois de alguma maturada reflexão, parece-nos de rejeitar as conceções apresentadas, quando estritamente consideradas. O que pretendemos expressar é que não nos parece razoável que se entenda o domínio público exclusivamente como propriedade pública ou, numa tentativa de superação, estritamente como mero título causal de intervenção. Mas também não significa que o entendamos como propriedade privada modificada. E isto justifica-se, desde logo, porque não se pode nem negar a influência do modelo francês no nosso ordenamento jurídico nem a difícil aplicabilidade geral da teoria da propriedade privada modificada face ao desenho jurídico dos bens públicos no ordenamento português.

Na tentativa de uma maior delimitação, convirá primeiramente socorrer-nos dos ensinamentos de alguns autores franceses mais recentes, como YVES GAUDEMET e PHILIPPE YOLKA (53) que, insistentemente, têm alertado para a necessidade de se distinguir propriedade pública de dominialidade pública. Com efeito, advogam esses administrativistas que o domínio público não deve ser entendido como uma forma particular de propriedade, uma vez que a propriedade pública não deve ser associada à afetação, isto é, às finalidades do bem, mas a um critério orgânico, referente à qualidade do seu titular. Para ser-se exato, a propriedade pública mostra-se como propriedade das pessoas coletivas públicas e a dominialidade pública, por seu turno, um regime funcional orientado pela afetação do bem e nos limites dessa mesma afetação. Entre nós, autores há a reconhecer que «sempre que Administração não careça, para a consecução de um determinado fim público, de reservar o poder de disposição sobre um dado bem em máximo grau pode (e deve) optar pela constituição de um direito real menor, sem preclusão da garantia da correspondente sujeição a um especial estatuto de direito público» (54).

(51) Reconhecendo a forte influência francesa, JOÃO MIRANDA, «A valorização de bens do domínio público à luz do regime jurídico do património imobiliário público», in *E-Pública: Revista Eletrónica de Direito*, Vol. 5, n.º 1 (janeiro), Lisboa: FDUL/ ICJP/CIDP, 2018, p. 71.

(52) Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de Direito Público (...)*, op. cit., p. 221.

(53) Respetivamente, Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14.ª Ed., Paris: LGDJ, 2012; PHILIPPE YOLKA, *La propriété Publique. Éléments pour une théorie*, Paris: LGDJ, 1997. Mais recentemente, deste último autor, *Droit des biens publics*, Paris: LGDJ, 2018.

(54) BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de Direito Público (...)*, op. cit., p. 232. Também ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público – O Critério e o Regime (...)*, op. cit., p. 333, mas sobretudo posteriormente,

Não estribando exclusivamente a nossa perspetiva nas conceções anteriores, também não será de desconsiderar a teoria da propriedade modificada proposta por OLIVER LEPSIUS⁽⁵⁵⁾. Atente-se à designação *propriedade modificada*, e não *propriedade privada modificada*. Segundo alvitra o autor, a propriedade modificada implica precisamente uma compatibilidade entre a titularidade e o regime de aproveitamento de uma coisa, podendo, bem assim, numas vezes preponderar o direito privado, noutras o direito público e, em certas situações, verificar-se um tendencial equilíbrio entre o direito privado e o direito público. Esta teoria, não deixando de ser uma variação doutrinária⁽⁵⁶⁾, parece-nos efetivamente mais plausível do que a originária teoria da propriedade privada modificada, em virtude de permitir que numas situações o predomínio seja do direito público e noutras do direito privado. A partir daí, podemos construir a ideia de que a dominialidade nem sempre é coincidente com a propriedade pública ou, para sermos mais exatos, que o direito dominial tenha sempre de coincidir com o direito real máximo. Pense-se, por exemplo, nos caminhos públicos que atravessam terrenos privados. Nessas situações, o poder de disposição da Administração sobre o bem dominial – *rectius*, bem presumivelmente tido por dominial, isto porque o facto de estar no uso direto e imediato do público desde tempos imemoriais não constitui uma forma de afetação, antes provoca em seu benefício uma presunção *iuris tantum* de dominialidade⁽⁵⁷⁾ – não se revela na sua plenitude, mas num direito real menor que onera o direito de propriedade dos particulares. Ora, nesse exemplo, o que parece estar em causa verdadeiramente é uma propriedade modificada, isto é, uma propriedade privada onerada por um direito dominial menor. Já no exemplo da utilização privativa cemiterial, o município e a freguesia vêem, após a outorga do título concessional, a sua titularidade dominial onerada

em «Direito do Domínio Público», in Paulo Otero/Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. V, Coimbra: Almedina, 2011, p. 124, defende que a dominialidade possui dois regimes: o regime-regra, coincidente com a propriedade pública, e um regime especial relacionado com a incidência de poderes de domínio jurídico-públicos sobre a propriedade privada. Este era, aliás, o sentido da Proposta de Lei n.º 256/X, que consagrava no artigo 5.º, n.º 3: «em casos excecionais, o titular do bem do domínio público pode não ter direito de propriedade pública, mantendo, contudo, poderes de domínio sobre o bem».

⁽⁵⁵⁾ OLIVER LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2002 (Citado por JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, op. cit., pp. 272-273).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, op. cit., p. 273.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Ana Raquel Moniz, «Domínio Público local (...)», op. cit., p. 26. Sobre o assunto, pronunciou-se recentemente o Tribunal da Relação de Guimarães, no seu Acórdão de 10 de julho de 2018 (Proc. 9/17.5T8MDR.G1), no sentido de que «O entendimento fixado no Assento 7/89, do STJ, de 19 de Abril de 1989, deve ser interpretado restritivamente, no sentido da natureza pública de um caminho que atravessasse prédio particular exigir, não apenas o seu uso imemorial, directo e imediato, pelo público, como ainda a sua afetação à utilidade pública, isto é, à satisfação de interesses colectivos de certo grau ou relevância».

pelo direito do particular de aproveitamento dos jazigos privativos e sepulturas perpétuas. Este exemplo, embora inverso ao anterior, segue, no entanto, a mesma lógica. Como resultado, aparenta ser possível confirmar-se a coexistência de direitos de diversa índole ⁽⁵⁸⁾.

Tendo em conta todas as considerações antecedentes, regressemos ao mote da nossa análise. Não raras as vezes, os regulamentos municipais preceituam que a concessão não outorga aos concessionários nenhum direito real ⁽⁵⁹⁾. Sem embargo, como alerta JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, o princípio da tipicidade não permite a constituição de direitos com carácter real senão nos casos previstos na lei, mas não significa que a fonte criadora tenha de ser em exclusivo o Código Civil, podendo um outro diploma legal amparar a existência de um direito real, ainda que haja lugar a uma omissão legislativa ou o legislador tenha qualificado a situação jurídica de uma outra forma ⁽⁶⁰⁾. O direito do concessionário cemiterial cumpre igualmente os princípios da inerência e da elasticidade ⁽⁶¹⁾ e, para além disso, escora-se em alvará, encontra-se sujeito a registo e é concedido a título oneroso, mediante o pagamento de uma taxa. Dessa forma, nenhuma razão parece subsistir para o afastamento do carácter real do direito em causa. Mas será este um direito real administrativo?

⁽⁵⁸⁾ Importa também considerar a posição de RUI MACHETE, «O Domínio Público e a Rede Eléctrica Nacional», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, ano 61, dezembro de 2001, especialmente pp. 1408-1411. O autor qualifica o Domínio Público como restrição ou proibição da legitimidade dos particulares para adquirirem o direito de propriedade sobre certas coisas. Nesse sentido, entende: «O Domínio Público constitui um limite constitucional – artigo 84.º – a uma situação jurídica privada que tem um mínimo garantido na disciplina constitucional. Esse limite consubstancia-se na reserva de apropriação de determinados bens, proibindo que eles possam ser adquiridos pela generalidade das pessoas – reserva negativa – e autorizando outras, certas pessoas coletivas de direito público a acederem à sua titularidade – função positiva de reserva». Adianta que a posição defendida «Não se afasta, antes acolhe muito dos resultados da doutrina da propriedade pública, pois que a reserva de titularidade a favor de certas entidades não significa que estas não sejam titulares de um direito de propriedade, mas evita a duplicação dos conceitos propriedade pública, propriedade privada».

⁽⁵⁹⁾ Como por exemplo consta do artigo G-1/33.º, n.º 3 do Código Regulamentar do Município de Braga.

⁽⁶⁰⁾ JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, op. cit., pp. 581-582.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *Idem*, p. 582: «Com efeito, o titular da concessão de aproveitamento de concessão perpétua ou de jazigo não necessita de intermediação, no sentido de reconhecer ou acautelar o seu direito, de modo a atingir o respetivo efeito útil com exclusão dos demais». Adianta: «Também denotamos a elasticidade, enquanto incidência de vários direitos, com conteúdo diferente, sobre a mesma coisa corpórea».

Embora possamos sufragar o acolhimento da teoria dos direitos reais administrativos ⁽⁶²⁾, aceitando tanto aqueles de titularidade pública como os de titularidade privada, não nos parece que, em relação ao aproveitamento dos jazigos e sepulturas, se possa apontar-lhe natureza administrativa. É verdade que não concordamos inteiramente com a doutrina que indica o direito de aproveitamento das sepulturas perpétuas e jazigos privativos como não precário, temporário e resolúvel ⁽⁶³⁾, isto porque, o facto de o título concessional ser perpétuo ou, em rigor, tendencialmente perpétuo, e transmissível quer *inter vivos* quer *mortis causa*, com condicionalismos muito próprios ⁽⁶⁴⁾, não parece que exclua totalmente a resolubilidade, a precariedade e a não definitividade, porquanto verdadeiramente se trata de renovações sucessivas ⁽⁶⁵⁾, que se requerem estáveis em ordem à prossecução dos específicos fins, mas nem por isso sinónimas de uma perpetuidade na verdadeira aceção, sendo mesmo possível, em certas situações, que por razões de interesse público a concessão seja revogada. Emprestados ao tom aforístico, sempre se entenderá, com as devidas adaptações, que «a duração de um bem não assegura a sua perpetuidade» ⁽⁶⁶⁾. Todavia, temos de confessar que o nível de distanciamento em relação à figura direito real administrativo é manifesto. Visto a fronteira entre o direito real administrativo e o direito real civil estabelecer-se justamente na configuração do primeiro como situação objetiva regulada pela norma e conectada com o exercício de poderes administrativos e do segundo

⁽⁶²⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público (...)*, op. cit., p. 267: «(...) quer o conceito de obrigação (...) quer o conceito de direito real, (...) nada têm que em si mesmos que os limites necessariamente ao direito civil: são conceitos de estrutura que, para além dos traços essenciais que os definem, podem amoldar-se tão bem aos regimes do direito privado como aos regimes do direito administrativo». Proximamente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, 1968, p. 336: «Também aos particulares são outorgados direitos sobre os bens sujeitos ao domínio público. Esses direitos são em grande parte regidos por regras públicas, mas em abstracto nada impede que sejam considerados direitos reais, pois o direito real, como figura comum, pode surgir em qualquer ramo institucionalizado do direito. São estas as figuras que os autores designam, especificamente, como direitos reais administrativos». Sobre os direitos reais administrativos, vd. igualmente JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Los Derechos Reales Administrativos*, Madrid: Editorial Civitas, 1989. Em sentido contrário, procurando demonstrar que a figura do direito real administrativo não passa de uma ficção, vd., por todos, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, op. cit.

⁽⁶³⁾ Considerando não poder estar em causa direitos reais administrativos, em virtude de serem não precários, temporários e resolúveis, reiterando, assim, uma ideia de liberdade na transmissibilidade, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, op. cit., p. 581.

⁽⁶⁴⁾ Sobre estes condicionalismos, por exemplo, vd. artigos G-1/41.º e seguintes do Código Regulamentar do Município de Braga.

⁽⁶⁵⁾ V.g. a possibilidade de o concessionário nomear, mediante uma declaração notarialmente reconhecida, um novo titular da concessão.

⁽⁶⁶⁾ Máxima do escritor, filósofo e político brasileiro Mariano José Pereira da Fonseca, vulgo Marquês de Maricá (Cfr. MARIANO JOSÉ PEREIRA DA FONSECA, *Collecção completa de máximas, pensamentos e reflexões*, Rio de Janeiro: Laemmert, 1850 [data aprox.], p. 83)

como autêntico direito subjetivo de carácter real oponível *erga omnes* ⁽⁶⁷⁾, e atendendo à distinção entre a concessão e o direito real, ou seja, na consideração da concessão não como direito real, mas como título jurídico a partir do qual nasce o direito real ⁽⁶⁸⁾, não há como olvidar que o direito do particular emergente da concessão cemiterial é, deveras, um direito subjetivo oponível *erga omnes* e, como tal, reconduzível à categoria dos direitos reais civis. Do mesmo modo, não podemos deixar de reconhecer que é o próprio legislador que, no artigo 28.º, n.º 3, do RJPIP, prevê a possibilidade de transmissão ou oneração do *direito resultante da concessão*, nos termos do direito privado (*v.g.*, arresto, penhora). Sendo que esse direito não se reporta ao bem dominial, isto é, à parcela do cemiterial, mas ao direito resultante da concessão de uso privativo, onde naturalmente se inclui o aproveitamento sobre os jazigos privativos e sepulturas perpétuas ⁽⁶⁹⁾, não persistem hesitações de que estamos perante um direito real de natureza civil, e não de natureza administrativa ⁽⁷⁰⁾.

No entanto, há que ponderar se o direito do particular sobre os jazigos privativos e sepulturas perpétuas é, de facto, um direito de propriedade, como uma parte significativa da doutrina e algum entendimento jurisprudencial querem fazer crer ⁽⁷¹⁾. Importa relevar que estão interditas a posse e a usucapião, seja naturalmente em relação ao terreno cemiterial – bem que não perde, por via da concessão privativa, o seu estatuto dominial –, seja em relação às construções fúnebres ⁽⁷²⁾. Para além disso, a possibilidade de a entidade administrativa vir a adquirir os jazigos privativos e sepulturas perpétuas em face do seu abandono, levam alguma doutrina a clamar por uma situação incomportável para o espectro do direito de propriedade privada ⁽⁷³⁾. A recondução do direito sobre os jazigos

⁽⁶⁷⁾ Cfr. MARIA DE LOS ÁNGELES SCAGLIUSI, *El Domino Público Funcionalizado (...)*, *op. cit.*, p. 69.

⁽⁶⁸⁾ Assim, o nosso *Introdução ao Direito do Domínio Público*, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁽⁶⁹⁾ Adapta-se aqui, por razões já expostas, o pensamento de FREITAS DO AMARAL em relação às construções implantadas em terrenos do domínio público hídrico, as quais o autor não distinguia em relação ao próprio uso privativo do terreno dominial. (Cfr. *A utilização do domínio público (...)*, *op. cit.*, pp. 224-225).

⁽⁷⁰⁾ Em sentido contrário, entendendo tratar-se de direitos reais administrativos, *vd.* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12-06-2008 (proc. 991/08-1).

⁽⁷¹⁾ Entendendo tratar-se de um direito de propriedade, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público (...)*, *op. cit.*, p. 205; JORGE PAÇÃO, «*Algumas questões (...)*», *op. cit.*, p. 22; ANA GOUVEIA MARTINS, «*As licenças e concessões de utilização privativa (...)*», *op. cit.*, pp. 96 e ss.

⁽⁷²⁾ Entre outros, *vd.* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5 de novembro de 2015 (proc. 235/15.1T8VCT.G1).

⁽⁷³⁾ É o caso de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. III, 4.ª Ed., Coimbra, 2019 (citado por JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, *op. cit.*, p. 583). Em igual sentido de rejeição de um direito de propriedade privada, ainda que por referência às construções e instalações sobre o domínio público hídrico, RUI MACHETE, «*O Domínio Público (...)*», *op. cit.*, p. 1410: «*A autonomia das construções (...)* passam a ser não limitações precárias do domínio público (...), mas direitos civis condicionados pela sua convivência com fenómenos de restrição da proprie-

e sepulturas ao direito de superfície também não é consensual, em virtude de comportar um conteúdo mais amplo ⁽⁷⁴⁾. Não obstante, alguns autores têm alertado para o facto de não se dever confundir o direito de superfície com o direito de propriedade superficiária, este incidente sobre as obras e plantações ⁽⁷⁵⁾. Seguindo-se tal entendimento, parece ser possível configurar o direito sobre a construção ou a edificação como um direito de propriedade especial ⁽⁷⁶⁾. Esta última posição é, com efeito, aquela que aparenta recolher maior anuência e demonstrar-se consentânea com o teor das disposições do RJAL referentes à prescrição de jazigos e sepulturas a favor das freguesias ou dos municípios, utilizando-se o substantivo “proprietários” precisamente para aludir ao titular do direito sobre os jazigos privativos e sepulturas perpétuas.

Seja qual for o entendimento que se preconize, de primordial importância será a anotação de que a entidade pública (município ou freguesia) vê a sua titularidade dominial onerada por um direito real de natureza civil que o particular possui em relação aos jazigos privativos e às sepulturas perpétuas, demonstrando precisamente a prestabilidade da teoria da compatibilização entre titularidade e oneração de diferenciada natureza.

dade privada resultantes da reserva negativa na legitimidade para adquirir. Esses direitos de uso passam a ter, dentro dos limites impostos pelas suas relações com o direito de propriedade dominial, a proteção garantida pelo ordenamento jurídico aos restantes direitos reais civis, designadamente em relação a terceiros, e também naturalmente a transmissibilidade e a sua susceptibilidade de oneração compatíveis com a sua condição».

⁽⁷⁴⁾ Neste sentido, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais Administrativos (...)*, op. cit., p. 584, sendo que este autor prefere «afirmar a presença de uma oneração de bens dominiais, em virtude da celebração do contrato de concessão, relativa a uma sepultura perpétua ou a um jazigo privativo. Algo muito semelhante ao direito de superfície, mas com muito menos restrições que este».

⁽⁷⁵⁾ Sobre a plena autonomia do direito de propriedade superficiária em relação ao direito de superfície, *vd.*, por todos, ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2020, especialmente pp. 757-782.

⁽⁷⁶⁾ Ainda que não se reporte especificamente ao caso dos cemitérios, parece poder extrair-se tal posição, entre outros, de CLÁUDIO MONTEIRO, *O Domínio da Cidade. A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, Lisboa, 2010, pp. 479-480, disponível para consulta em repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4517/4/ulsd061425_td_tese.pdf, «Para nós, a plenitude não é uma característica essencial à definição de propriedade, ou pelo menos à definição de propriedade especial, pelo que, nessa parte, o argumento não nos convence. Não temos, aliás, dúvidas de que a propriedade superficiária sofre limitações pelo facto de assentar em terreno alheio. O mesmo já não podemos dizer em relação à exclusividade da propriedade do implante que, em nossa opinião, não é minimamente afectada pela existência da relação superficiária». Remata o autor: «(...) na verdade o direito de superfície resulta da conjugação de dois direitos sobre uma coisa própria: um direito real de aquisição da propriedade do implante, que se traduz no poder de construir um edifício ou outra obra na superfície de um terreno alheio e de o incorporar na sua esfera jurídica por efeito da sua materialização; um direito de propriedade especial sobre o implante construído, que se traduz no poder de o usar e de o fruir com exclusividade, bem como, dentro dos limites estabelecidos no título constitutivo, de dele dispor em vida ou por morte».

4. Eterna e sem descanso: nota final para uma (desejável) reflexão futura

A nossa análise, ainda que circunscrita fundamentalmente a dois principais aspetos, concatena-se com uma questão maior, essencialmente, a necessidade de se repensar a dominialidade dos entes públicos e, muito em particular, das autarquias locais. O exemplo dos cemitérios das autarquias locais, e as complexas questões que suscita, é a ponta do véu de um regime jurídico vigente em falência, que não só não responde às exigências atuais de boa administração e gestão dos bens públicos, como obstaculiza à garantia material da autonomia local.

Será, portanto, desejável, num futuro próximo, uma reforma do regime jurídico dos bens públicos, a incluir tanto o património mobiliário como o património das autarquias locais. E essa reforma não pode deixar de ser articulada, quer com Código Civil quer com um conjunto de diplomas setoriais a que o legislador tem sucessivamente desatendido. A mudança deverá ser capaz de reconsiderar tanto a natureza como a função dos bens públicos, em particular dos bens dominiais, como ainda a coexistência de direitos de diversa índole. E se é verdade que somos largamente tributários do modelo francês, não menos verdade a diferença substancial na capacidade reformista, isto porque, se em França, em Espanha e em Itália têm sido empreendidas significativas reformas no sentido da modernização da gestão dos bens públicos, em Portugal, a meta ainda vai longe de ser alcançada, restando saber se o modelo largamente adotado entre nós não estará já muito perto de superação no próprio ordenamento de origem, mais do que nos ordenamentos que o importaram. Por outras palavras, uma constante oscilação entre os modelos formalmente adotados e os modelos materialmente reclamados.

Num tempo marcado por múltiplas reformas do poder local, talvez importe recuar para avançar, cuidando de questões nucleares para a autonomia local, como o são as do domínio público autárquico. Enfim, questões sempre atuais do poder local, que ainda não alcançaram – *quiçá*, nunca alcançarão – o tão desejado repouso eterno.

JOÃO VILAS BOAS PINTO
(Assistente Convidado da Escola de Direito da
Universidade do Minho e Investigador do JusGov)