

Philippe Yolka

“La Propriété Publique”

Paris, L.G.D.J., 1997, 649 páginas

Véronique Inserguet-Brisset

“Propriété Publique et Environnement”

Paris, L.G.D.J., 1994, 315 páginas

1. Os cruzamentos argumentativos entre direito do urbanismo, propriedade, direito do ambiente e pública dominialidade, são já recorrente objecto de trabalhos jus-científicos. Ora, apresentando-se na sua acepção moderna o direito do urbanismo e o direito do ambiente “*irrésistiblement adultes et reconnus*” (J. Morand-Deville), apresentam-se concomitantemente mais capazes de seguros relacionamentos sinérgicos com outras disciplinas e institutos jurídicos. Vejam-se, p. ex.: *Studien zum Recht der städtebaulichen Umlegung*, de Schmidt-Aßmann, e *Eigentum an Naturgütern*, de Hanno Kube.

Propriedade pública e domínio público têm uma história centenária (que não um reconhecimento *qua tale*), desde a sua percepção sincrética até às respectivas contradistinções, cada vez mais acentuadas na doutrina e em particular na do ordenamento jurídico berço da concepção clássica do domínio público. Ora, é deste ordenamento que retirámos duas obras de dissertação (ambas *prix de thèse*) que, embora um pouco anteriores a 1999, são nesta sede temática as últimas referências enquanto teses relevantes no direito francês (excluindo, portanto, os manuais ou obras gerais de direito administrativo – v.g.: *Droit administratif des biens*, 1999, de J. Morand-Deville; *Droit administratif général*, t. 2, 1999, de R. Chapus; e, *Traité de droit administratif*, t. 2, 1998, de A. de Laubadère †/ Y. Gaudemet).

Os respectivos interpenetrados conteúdos apresentam especial relevo na actual conjuntura do direito português do ordenamento do território e do ambiente – que elabora e faz entrar em vigor planeamento das zonas mais ricas e extensas do domínio público português (o litoral). Mais, diremos actualidade para os ordenamentos ibéricos, uma vez que em Espanha as temáticas da propriedade e da dominialidade pública têm manifestado um singular florescimento doutrinal e jurisprudencial após um seu acolhimento expresso e explícito no mais alto nível normativo positivo (antes do interessantíssimo n.º 2 do artigo 132.º, aponta liminar e literalmente o respectivo n.º 1: a lei disporá sobre o regime jurídico dos bens do domínio público (...) inspirando-se nos princípios da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da afectação).

As obras de Yolka e de V. Inserguet(-Brisset), convergem desde logo no discernimento entre propriedade e regime dominial, contudo os respectivos percursos dissertativos têm objecto apenas parcialmente comum. Assim, enquanto Yolka se ocupa por inteiro da proposta de *mise à jour* (e reconstrução) da orientação da tese do *Précis Élémentaire* de Hauriou, Inserguet-Brisset por seu lado, avança na especialidade – precisamente no núcleo material mais sensível à problemática da apropriabilidade: o domínio público natural. Assim, inverteremos a respectiva ordem cronológica na ordem das apresentações, por evidentes razões metodológicas e materiais.

2. Preambularmente à consideração da dissertação de Yolka, convém lembrar que, de Proudhon a Hauriou, o assumir-se clarificadamente como titular de direitos (e sujeito de deveres) por parte da Administração pública, conduziu a que esta se pudesse ter apresentado – coevamente a Hauriou – como ente dotado de personalidade jurídica, propiciando assim ao distinto *doyen* o construir uma tese onde os bens dominiais (públicos) são objecto de propriedade de pessoas públicas (tendo-se mesmo ocupado a título não incidental da questão da natureza da personalidade pública – cfr. o seu *Précis de droit constitutionnel* – e, em coerência, com um seu entendimento afastado da destrição necessária a Proudhon entre “Estado-poder público” e “Estado-pessoa civil”); e assim rejeitando da tese da dominialidade pública do *doyen* de Dijon (Proudhon) um seu pilar essencial, e acolhendo desta pouco mais que a ideia funcional e estrutural de que no domínio público os bens estão afectos a uso (ou serviço) público.

A obra de P. Yolka compõe-se de três partes. Após uma breve introdução, titula a primeira por “Origens da propriedade pública”, a segunda por “A teoria clássica da propriedade pública face ao direito positivo” e a terceira; “Para uma teoria moderna da propriedade pública”. Finaliza com uma conclusão geral da obra. Introduce P. Yolka, distinguindo entre propriedade e regime de propriedade pública, e, entre aproximação analítica e aproximação sintética ao objecto da sua investigação. Ainda em sede introdutória e em perspectiva interior ao conteúdo temático, contrapõe propriedade mobiliária a propriedade imobiliária; isto após referência a uma distinção entre propriedade e quase-propriedade (entendendo esta quer como afectação distinta de bens dentro da mesma pessoa pública, quer como afectação de bens a pessoa pública diversa do ente público titular da propriedade).

A afectação começa por ser alvo de debate na apontada primeira parte da obra por contraposição à figura da propriedade, a fim de preparar o obter da teoria do direito encabeçado e exercido pelos entes públicos sobre os respectivos bens dominiais públicos. Esta busca começa por ser reportada às origens romanas da propriedade pública, quer transpondo o critério da afectação, quer seguindo um reconhecimento de um direito de propriedade sobre as coisas públicas. Aponta a seu modo os excessos das orientações exegéticas “maximalistas”; p. ex., rejeita que todas as *res publicae* obedecessem à inalienabilidade. Assim como afasta que os bens públicos (mesmo que *in uso publico*) não tenham sido (também) explorados segundo regras não exorbitantes do direito privado – p. ex., conceder exploração ou uso privativo de águas públicas ou de praias. Bem assim, reconhece que o acesso não gratuito a espaços, bens e serviços públicos terá sido corrente – as classificações, características e atributos do *dominium* (para cuja semântica não pode ser transposta a do homónimo conceito moderno), das *res publicae*, das ditas *res extra commercium*, das *res communes* ou ainda do *ager publicus*.

Após a consideração do direito medieval europeu e até ao *Ancien régime*, Yolka detém-se neste observando como se apresentavam quer o direito de protecção (*garde*), ou, mais abrangentemente, diríamos o concernente poder e direito de polícia (*garde et surintendence*), quer o direito de propriedade. Após o que são contrapostos e articulados o vector da protecção e o vector do uso e fruição dos bens públicos. Em sequência, aprecia brevemente a translação revolucionária francesa da titularidade do direito de propriedade pública para o ente nação, e, bem assim, na parcial e concomitante alteração do quadro dos elementos típicos do direito.

No título segundo e último desta primeira parte da obra, o autor, dado ter concluído a apresentação das manifestações de existência da propriedade pública, debate os termos do reconhecimento jurídico de tais manifestações – reconhecimento este que assume só iniciado com Hauriou. Centra neste debate a contraposição da orientação afectacionista face à proprietarista, e, finalmente, apresenta as tentativas de superação/síntese através das propostas de concepção dualista e das de concepção monista.

Assim, no âmbito da concepção dualista, apresenta a tese da propriedade gravada por afectação a uso público nas suas modalidades paramétricas (a do dualismo mais moderado, a qual reconhece a susceptibilidade de associação dos conceitos de propriedade e de afectação; e a do radical dualismo, que indelevelmente dissocia a propriedade da afectação). Após esta apresentação, aponta os limites das modalidades dualistas explorando os relacionamentos recíprocos entre os conceitos em causa (propriedade e dominialidade, dominialidade e afectação, e, propriedade e afectação). No que tange às concepções monistas, distingue entre as tentativas de sínteses parciais (a da tese da propriedade colectiva e a da tese da propriedade social) e a tentativa de síntese global entre propriedade e afectação — ou seja, a dita clássica teoria da propriedade pública que tem em Hauriou o marco histórico-doutrinal manifestamente decisivo do seu surgimento. O autor sublinha, de Hauriou, a oposição entre protecção e propriedade, quer na ordem dos postulados (em discurso subjectivista), quer na ordem da demonstração (em discurso “realista”). Sublinha, por outro lado, que a distinção entre propriedade privada e propriedade pública não é da ordem da essência dos institutos, através do acentuar por Hauriou da identidade de naturezas proprietárias privada e pública; patente segundo as faculdades (dir-se-ão depois atributos) de uso, fruição e disposição — assimilação parcial à propriedade privada, rejeitada na concepção de O. Mayer. Em Hauriou, diferenciação relevante entre propriedade privada e propriedade pública só ocorrerá a partir dos respectivos regimes concernentes ao exercício de cada classe de direito. Na segunda parte da obra, Yolka, pretende testar com o direito positivo a exposta teoria clássica, e esta confrontação avaliadora será exigida pela necessidade de testar a teoria clássica perante a respectiva razão constituinte, ou seja, a capacidade que deverá manifestar a teoria de Hauriou para harmónica e rigorosamente tratar os poderes da Administração pública e os reconhecidos ou conferidos direitos de uso do domínio público. Assim, o autor divide esta segunda parte entre a teoria da gestão dominial (na consideração da linha de relação entre a propriedade pública e os seus titulares — Título I) e a teoria dos direitos reais administrativos (no quadro relacional entre a propriedade pública e os seus usuários ou usufrutuários — Título II).

Em sede da consideração da teoria clássica da gestão dominial, o autor propõe-se reapreciar as dificuldades dos anos 70 franceses (a propósito da polícia administrativa — o conceito desta é mesmo reapreciado ainda no tratar do fundamento da gestão dominial) ao princípio de que do título de propriedade deriva o direito de exploração dominial — a qualidade de proprietário num ente público gera o respectivo poder de gestão dominial. A tese da derivação da propriedade dos poderes de gestão dominial é apreciada após a negação da possibilidade de os derivar (mesmo parcialmente) da afectação. O núcleo problemático tratado em sequência é o da assimilabilidade da gestão dominial ao serviço público; o autor começa por ponderar os termos da defesa da assimilação, apontando as comuns noções de gestão pública e de serviço público (a primeira que qualifica de restritiva e a segunda de extensiva). Em sequência, sistematiza o conteúdo e o fundamento específico e real (propriedade e interesse da propriedade dominial; e não o interesse geral, que aponta como fundamento apenas aparente) da clara distinção desassimiladora defendida entre gestão pública e serviço público.

O tratamento da teoria dos direitos reais administrativos divide-o entre o capítulo sobre a constituição desta teoria e o capítulo atinente à actualização da mesma. Quanto à constituição, considera separadamente a elaboração da teoria pela doutrina e os momentos mais relevantes da aplicação/revelação da mesma pela actividade jurisprudencial. Esta elaboração parte do suposto de que o reconhecimento de uma propriedade administrativa dominial implica igualmente um reconhecimento de, pelo menos, um direito real a favor do titular do direito de uso privativo, ou seja, com a teoria da propriedade pública administrativa deverá coerente e harmonicamente apresentar-se uma teoria

dos direitos reais administrativos (segundo um regime distinto dos direitos reais civis) tituláveis pelos ocupantes privativos. Protege-os (estes últimos) P. Yolka, partindo de um reconhecimento da necessidade de reforçar os direitos e as garantias reais previstas no direito positivo, o que considera através do reequacionar de questões como a da natureza do direito real administrativo sobre domínio público artificial, do seu objecto e do seu regime, e a — do reconhecimento de garantias a favor dos credores do ocupante. Sobre a superação das fraquezas da teoria clássica destes direitos reais, aponta para o princípio segundo o qual a inalienabilidade permite servidões quer anteriores quer posteriores à incorporação desde que compatíveis com a afectação; por outro lado, propõe — actualização através do reconhecimento de que o estatuto dominial não proíbe desmembramentos da propriedade pública. Na terceira parte, o autor defende que grande parte de recorrentes dificuldades práticas resultam de a maioria da doutrina se ancorar ainda na concepção dominial clássica tal como apresentada há um século atrás. Assim, a teoria moderna da propriedade pública que preconiza, representará não um trancar da tese de Hauriou mas um evoluir consistente cujo fulcro residirá na caracterização fundamental desta pela sua titularidade por pessoas jurídico-públicas. Depois, pela dissociação entre propriedade e afectação, possibilitando a protecção mais eficiente e flexível do objecto do domínio público. Pelo que, e seguindo os termos do próprio autor, se conseguirá que o regime dominial público se ocupe apenas da protecção dos bens sujeitos a afectação para uso público — o que se traduzirá no como uma concepção orgânica da propriedade pública se deduz de uma concepção funcionalista da dominialidade pública. Ou de outro modo: a propriedade privada é a propriedade de pessoas privadas; a propriedade pública é elemento ou tem como titulares apenas pessoas públicas; e a dominialidade pública é o regime exorbitante público que supõe inelutavelmente a propriedade pública como seu suporte, mas que desta é liminarmente distinto. Distinto porque só existirá para os bens propriedade pública que sejam delimitados por concorrente afectação por causa de utilidade pública e segundo o quadro de necessidades determinadas por esta afectação. Ou seja, o regime de propriedade pública não nasce de acto de afectação, mas sim, apenas e desde logo, das exigências decorrentes da titularidade por ente público; pelo que só quando existe afectação à dominialidade se aplica o regime desta — e apenas este contém os princípios da inalienabilidade e da imprescritibilidade. A dominialidade será assim como que um véu (*voile de l'affectation à l'utilité publique* — Yves Gaudemet) sobre determinado bem de propriedade pública, o qual, uma vez retirado, deixa esta com características essenciais na penumbra de sobreposição das da propriedade privada. Actualização ou reforma de conceitos e implicações prático-jurídicas de forte extensão do regime de propriedade privada é a interrogação que deixamos nós.

3. Mas terá limites o perder de batalhas do direito administrativo face ao direito privado? Perderá mesmo a guerra também o direito administrativo dos bens? — qual nova fuga do direito administrativo para o (*rectius: do*) direito privado: Ou o último reduto da dominialidade pública (o apelidado domínio público natural) será inexpugnável? Nos Estados Unidos da América abriu-se a regra de serem propriedade do Estado os parques e reservas naturais, e o britânico *National Trust* e o “em sequência criado” *Conservatoire du littoral* francês, parece poderem fazer prova de existência e resistência convincente. Segundo texto de conferência, gentilmente cedido por Henri Jacquot, o Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, de 1976 a 1998, adquiriu 58.136 hectares de superfícies, e hoje, o balanço global que faz H. Jacquot da intervenção deste sobretudo fundiário estabelecimento público é qualificado como: *positif et heureux pour tous*. Note-se mesmo que o direito constitucional do país vizinho, na lei superior de 1978, faz questão de explicitar (na sequência do n.º 1 do artigo

136.º supracitado) que, textualmente: são bens do domínio público (caracterizado no cit. n.º 1) do Estado os que a lei determinar e, em qualquer caso (*en todo caso*), a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial, os recursos naturais da zona económica exclusiva e a plataforma continental. E que aporta Véronique Inseguet-Brisset em *Propriété Publique et Environnement*? Não terá uma nova conceptualização do domínio público natural no âmbito da dominialidade ambiental, virtualidades transcendentais ao instituto proprietário público clássico?

A autora conclui a primeira página do texto da sua obra precisamente dando nota da preocupação que a pretende informar, questionando: *Le principe de spécialité, caractéristique des établissements publics limite le champ d'intervention de cette personne publique (Conservatório do Litoral). Mais, cet exemple suscite une réflexion plus globale, la propriété publique est-elle la solution juridique pour la sauvegarde de l'environnement, l'appropriation n'étant que le prélude à une gestion efficace?*

Para além da introdução a obra apresenta duas partes e uma conclusão final. Na primeira parte trata da propriedade pública ambiental, e na segunda, da dominialidade ambiental, e por esta bipartição se indicia algo sobre a orientação da autora no que tange à questão da diferenciação entre institutos basilares do direito administrativo dos bens, objecto da obra precedentemente considerada neste breve compósito comentário.

Na introdução, a estrutura da definição de propriedade que acolhe é próxima da que perfilhará Yolka e daquela para a qual parece apontar o artigo 1.º do *Code du Domaine de l'État* (que pode ser consultado com maior actualização na edição 2000 do “*Code Administratif*” Dalloz), ou seja, a distinção entre domínio público e domínio privado dá-se no seio do instituto propriedade. Outro aspecto desde logo operacionalmente relevante é o da delimitação do objecto de estudo, e aqui, anota p. ex.: a inapropriabilidade da (beleza da) paisagem ou dos processos ecológicos não os permite entrar directamente na categoria clássica de bens, contudo, tendo tais valores ambientais um suporte “corporal” (bens), a susceptibilidade de protecção destes suportes secundariza ou transforma a dita exclusão daqueles valores em impossibilidade apenas aparente.

Abreviando a já síntese parcial, reportaremos que segundo a autora, a dominialidade ambiental poderá ser apontada como regime jurídico específico susceptível de assegurar a manutenção dos principais equilíbrios e a riqueza ambiental dos espaços ou de a reconstituir. Para tal regime, contudo, entende que a clássica propriedade pública só por si, é já um conceito inadaptável à adequada gestão dos espaços públicos ambientais; apesar de satisfazer o propiciar de uma gestão protectora segundo uma “política do mal menor”. Assim, a impulsão que entende dever dar-se ao instituto propriedade pública, passará pela chamada do conceito (pan-)publicista de património comum — até ao de património comum da humanidade. À fraqueza da dominialidade pela susceptibilidade de desclassificação e desafecção, e assim, da queda da inalienabilidade e imprescritibilidade, a autora aponta já não uma escala de dominialidade duguiteana, mas uma escala de propriedade. Abrindo espaço a um grau de propriedade comum no qual a pessoa pública deteria poder pouco mais que de polícia e se abriria flexivelmente o espaço de democracia participativa (em especial aos concernentes grupos intermédios). A conceptualização da propriedade pública ambiental enquanto património afastaria nesta sede a oposição entre propriedade pública e propriedade privada, pela fundamentação em uma filosofia de solidariedade entre todos na protecção e gestão dos bens e valores ambientais — qual retorno, em ciclode (do mesmo ponto problemático mas mais à frente na linha do tempo das aquisições da humanidade) ao público *droit de garde et surintendence*.

Manuel de Sousa Domingues das Neves Pereira
Professor Adjunto da Universidade do Algarve

