

A eficácia plurissubjetiva dos planos na redução do conteúdo do direito de propriedade: um paradoxo sistémico e jurisprudencial?

Anotação à Sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa –
4.^a Unidade Orgânica - de 05-02-2013, Processo n.º 0797/01.

Relações entre Planos – O conteúdo do Direito de Propriedade - Responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos do Estado Português.

A eficácia plurissubjetiva dos planos na redução do conteúdo do direito de propriedade: um paradoxo sistémico e jurisprudencial?

1 - RELATÓRIO

“C”, com sede na rua ..., n.º ..., em ..., vem invocando o disposto no artigo 143.º do Decreto – Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro propor acção ordinária contra o Estado Português, formulando o pedido de condenação do réu a pagar à autora indemnização a liquidar em execução de sentença, por todos os danos decorrentes da afetação de parte de terreno da autora a utilização pública, equivalente a expropriação, afectação determinada pelo POOC, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 123/98, de 18 de Outubro, e bem assim os danos decorrentes da desvalorização da parte do terreno integrada em “espaço de Valorização e Desenvolvimento Turístico” pelo Plano. Mais refere que a indemnização deverá reportar-se à data da entrada em vigor do POOC, com actualização à data da decisão final, nos termos do artigo 24.º do Código das Expropriações.

Como fundamento do pedido que formula alega a autora que é dona e legítima possuidora do terreno rústico denominado “...”, com a área aproximada de ... m2, sito no ..., descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º ..., a fls. ... do Livro ..., e na Matriz Predial Rústica da Freguesia ..., ..., sob o n.º ..., Secção ... e que em 19 de Outubro de 1998 foi publicada na 1.^a Série B do Diário da República e entrou em vigor a Resolução do Conselho de Ministros n.º 123/98, que aprovou o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) para o troço (...), do que resultou que aquele terreno foi dividido em duas áreas distintas de intervenção: espaço de valorização e desenvolvimento turístico (1875m2) e espaço de lazer e valorização paisagística (7835m2). Na primeira categoria permite-se a edificação de novos edifícios desde que respeitem os parâmetros e indicadores estabelecidos pelo próprio POOC, e a segunda classificação afecta exclusivamente à utilidade pública as áreas por ela abrangidas, não permitindo outras construções que não as referidas no artigo 41.º, n.º 1 do POOC: percurso de peões, miradouros e outras estruturas de apoio à fruição pública destes espaços e da orla costeira, instalação de equipamentos desportivos e recreativos de ar livre, arranjos de áreas verdes de uso público, construção de instalações destinadas à observação e interpretação da natureza. Estes 7385 m2 foram efetivamente afectos à utilidade pública, isto é, passaram, de acordo com o POOC a poder e a dever ser utilizados pelo público em geral. Ora, o terreno em causa estava, antes do POOC, inserido num espaço qualificado como urbano e em 1981 os critérios de gestão urbanística em vigor na Câmara Municipal de ... apontavam para a aplicação de um índice de construção de 1,5, ou seja, permitia a construção de 15000 m2 acima do solo, no caso de se tratar de equipamentos hoteleiros ou similares e, em 1997 o PDM de Cascais classificou a zona onde se insere o terreno como “espaço de desenvolvimento estratégico” na subcategoria de “espaço de desenvolvimento e valorização da orla marítima urbana de ... - ... - ...” referindo que os desenvolvimentos a promover deveriam ter “objetivos estratégicos de parceria com a iniciativa pública, privada ou cooperativa e podem vir a adquirir as características das classes de espaços urbanos, urbanizáveis ou outros desde que a sua implementação seja precedida de Plano de Pormenor”. Ou seja, o terreno que tinha aptidão para construção turística – hoteleira passou a estar adstrito à utilidade pública sem qualquer compensação a favor dos proprietários.

A Autora invoca pois que tem direito a ser indemnizada pelos danos decorrentes das restrições impostas sobre o seu terreno pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 123/98, de 19 de Outubro, que aprovou o POOC.

Citado o Estado Português, veio na sua contestação apresentar defesa por excepção, tendo suscitado a incompetência em razão da matéria do Tribunal.

Apresentou ainda defesa por impugnação, pugnando pela improcedência da acção, para o que refere, e em síntese, o seguinte:

- a inserção do prédio da autora em dois tipos de espaços – espaço de valorização e desenvolvimento turístico, por um lado, e espaço de lazer e valorização paisagística, por outro, decorre de um acto normativo e não de um acto administrativo ou de um material lícito, nem de uma situação de estado de necessidade, nos termos em que esta figura jurídica vem caracterizada na lei civil;



- os planos de ordenamento da orla costeira, enquanto um dos tipos de planos especiais de ordenamento do território, têm, de facto, natureza regulamentar e as respetivas normas são obrigatórias tanto para a Administração como para os particulares;

- a autora não alega que o seu terreno tenha sido, de alguma forma objeto de execução do instrumento de gestão territorial em causa, sendo certo que tal execução constitui pressuposto da utilização dos mecanismos de perequação compensatória e, subsidiariamente, do dever de indemnização, previstos no Decreto – Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro;

- sendo o prédio da autora um prédio rústico, também não se mostra incluído em espaço urbano ou urbanizável, na classificação fixada pelo PDM de ..., ratificado pela RCM n.º 96/97, publicada no D.R. I Série B, de 19 de Junho de 1997;

- pelo contrário, a área onde se insere o terreno em causa é definida como espaço de desenvolvimento estratégico, pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea l) do PDM, sendo designada como espaço de desenvolvimento e valorização da orla marítima urbana ... - ...;

- o n.º 2.2 do artigo 45.º do PDM de Cascais delimita este espaço como “uma área territorial situada entre a estrada marginal e o mar, a ser objeto da elaboração do plano de ordenamento de orla costeira correspondendo a objetivos estratégicos de valorização, qualificação e requalificação designadamente traduzidos em equipamentos de apoio ao usufruto das praias, de expressão de lazer, recreio e cultura, equipamentos de apoio ao recreio náutico, enquadramento paisagístico das falésias, consolidação de fundo do passeio marítimo existente;

- o artigo 45.º, n.º 1 do PDM de Cascais apenas admite a possibilidade de os espaços de desenvolvimento estratégico vierem a adquirir as características de espaços urbanos, sendo que é naquele espaço e não neste que se inclui o terreno da autora à face do PDM;

- o mesmo PDM nos seus artigos 2.º, n.º 1, l) e 45.º, n.º 1 exclui expressamente o espaço de desenvolvimento e valorização da orla marítima urbana ... - ... e ... - ... do plano de pormenor que venha a implementar as características de espaços urbanos ou urbanizáveis em espaços de desenvolvimento estratégico;

- o PDM de ..., cuja publicação é anterior ao POOC, não inclui o terreno da autora na classe de espaço urbano, ali caracterizado pelo elevado nível de infra – estruturas e população, onde o solo se destina predominantemente a edificação (artigo 2.º, n.º 1, alínea a));

- a área que abrange o terreno da autora, qualificada no POOC como espaço de lazer e valorização paisagística é também área integrada na REN, como se verifica designadamente da carta de condicionamentos anexa ao plano;

- quanto aos espaços de lazer e valorização paisagística o artigo 40.º, n.º 1 do POOC refere a sua grande importância no ponto de vista ambiental e paisagístico, não apenas quando sejam adjacentes aos espaços urbanos, mas também quando adjacentes às arribas e praias, situação esta que é a do terreno da autora;

- relativamente aos condicionamentos à realização de obras nos espaços de lazer e valorização paisagística constantes do artigo 41.º do regulamento do POOC, deles não se retira necessariamente que não possam, nesses espaços, ser exercidas atividades lucrativas de iniciativa privada;

- no direito de propriedade constitucionalmente consagrado contém-se o poder de gozo do bem objeto do direito, sendo certo que não se tutela ali um *jus aedificandi*, um direito à edificação como elemento necessário e material do direito fundiário;

- nem o POOC inovou em relação ao regime de uso e ocupação do solo já contido na REN e no PDM de Cascais e aos princípios constantes dos Decretos – Lei n.º 302/90, de 26 de Setembro e 309/93, de 2 de Setembro, nem a autora, à data da publicação daquele plano, detinha na sua esfera jurídica, qualquer direito a construir no prédio em causa, que é um prédio rústico.

Por Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo foi decidido declarar os Tribunais comuns incompetentes, em razão da matéria, para conhecer desta acção por essa competência pertencer aos Tribunais Administrativos.

Foi elaborado despacho saneador e selecção da matéria de facto com discriminação dos factos assentes e da base instrutória.

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento com observância das formalidades legais.

2. Fundamentação

2.1. De facto

Com relevo para a decisão da causa resulta provada a seguinte matéria de facto:

Dos factos assentes

- A. “C” é proprietária do terreno rústico denominado “...” com a área de (...), sito no
- B. Em 19 de Outubro de 1998 foi publicada na 1.ª Série B do Diário da República a Resolução de Conselho de Ministros n.º 123/98 que aprovou o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) para o troço ... - ...
- C. De acordo com o POOC o prédio rústico denominado “...” foi dividido em duas áreas distintas de inter-

venção: 1875m2 com espaço de valorização e desenvolvimento turístico e 7385 m2 como espaço de lazer e valorização paisagística.

- D. Em 1970 era proprietária do imóvel “...” a sociedade “CP”.
- E. Em 1978 “C” adquiriu à “CP” dois terços do imóvel “...”,
- F. Em 2001 a “C” adquiriu o terço do terreno “...” que ainda era da propriedade da “CP”.
- G. O prédio designado por “...” sempre esteve e permanece devoluto.

Da resposta à base instrutória

- H. Ainda em 1970 a “CP” apresentou um anteprojecto de construção de um Hotel no “...” à Câmara Municipal de ..., tendo obtido a aprovação do mesmo.
- I. Em 1981 a “CP” e a “C” submeteram novo projecto à Câmara Municipal de ... para “...”.
- J. Em 1981 o terreno “...” estava inserido num espaço qualificado como urbano, apontando os critérios de gestão urbanística em vigor na Câmara Municipal de (...) para a aplicação de um índice de construção de 1,5 permitindo-se pois a construção de 15000 m2 acima do solo, no caso de equipamentos hoteleiros e similares.
- K. Em 1981 os serviços de Urbanização da Câmara Municipal de ... emitiram um parecer, aprovado em reunião de Câmara de 21 de Dezembro de 1981, no sentido de incentivar o desenvolvimento de um empreendimento hoteleiro no “...”.
- L. Na sequência do que a “CP” e a “C” investiram em estudos e projetos para a construção de um hotel no prédio rústico denominado “...”.
- M. Em 1997 o PDM de ... classificou a zona onde se insere o prédio rústico denominado “...” como “espaço de desenvolvimento estratégico”, na subcategoria de “espaço de desenvolvimento e valorização da orla marítima urbana de ... - ... - ...”, considerando aquela zona da orla marítima como vocacionada para uso turístico.
- N. O terreno em causa está servido de acessos, a norte pela estrada marginal (Estrada Nacional 6), e a sul pela via férrea (linha de comboios Lisboa – Cascais), constituindo a via férrea uma barreira que impede o acesso à frente marítima.
- O. A nascente o terreno confina com o lote do Hotel “A” e a Poente com o lote de uma moradia - o Chalet “B”.
- P. As redes de abastecimento de água, energia eléctrica e saneamento encontram-se no arruamento junto ao terreno e nos terrenos confrontantes.
- Q. O terreno em causa é o único prédio rústico na área que permanece devoluto, existindo à sua volta edificações urbanas, tanto de habitação coletiva (hóteis) como de habitação urbana.
- R. Os 1875 m2 do terreno que de acordo com o POOC podem ser afetos à construção de edifícios privados constitui uma parcela em forma triangular, o que inviabiliza a construção de qualquer imóvel de tipo hoteleiro.
- S. O terreno não tem vegetação para além de mato selvagem que serve de vazadouro de lixos e entulhos.
- T. No âmbito da elaboração do POOC foram em paralelo desenvolvidos trabalhos relativos à delimitação da REN para o troço abrangido pelo POOC “...” e, a Comissão Nacional da Reserva Ecológica Nacional (CNREN) deliberou aprovar a proposta de delimitação da REN que incluía 7385m2 do terreno do denominado “...” na REN.
- U. No âmbito de elaboração do POOC o inquérito público entre 18 de Agosto e 18 de Outubro de 1997.
- V. Na edição de 15 de Agosto de 1997 do semanário expresso foi distribuído, incluído em cada um dos jornais vendidos, um exemplar de um folheto de divulgação.
- W. O POOC esteve exposto, tendo havido divulgação do seu conteúdo e objetivos, designadamente através de desdobráveis distribuídos à população.

Não ficou provado:

- que na elaboração do POOC não houve lugar a estudos multidisciplinares integrados de avaliação ambiental da área;
- que o terreno em causa nos autos seja um terreno adjacente a arribas e praias;
- que o terreno em causa nos autos estivesse no todo ou em parte qualificado por qualquer instrumento de gestão territorial como domínio público marítimo antes do Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) para o troço ... -

2.2. De direito

A presente acção proposta pela autora consubstancia uma acção para efetivação de responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos do Estado Português, a chamada, e como refere o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de folhas 172 a 178, indemnização por sacrifício.

Invoca a autora que tem o direito de ser indemnizada “por todos os danos decorrentes da afetação de parte do terreno da autora a utilização pública, equivalente a expropriação, afectação determinada pelo POOC, aprovado pela

Resolução do Conselho de Ministros n.º 123/98, de 19 de Outubro, e bem assim os danos decorrentes da desvalorização da parte do terreno integrada em “Espaço de Valorização e Desenvolvimento Turístico”, por aquele Plano.

O fundamento em que assenta a obrigação de indemnizar emergente de responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos de pessoa coletiva de direito público é o princípio da igualdade dos cidadãos. Entendido quer como igualdade na repartição dos encargos públicos – haverá dever de indemnizar no caso de estar em causa para um determinado cidadão um sacrifício especial não imposto à generalidade das pessoas e que não é inerente aos riscos da vida em sociedade, quer como igualdade no sentido de se reconhecer ao cidadão um direito de exigir que iguais situações obtenham um tratamento igual e que as desigualdades motivadas pelo interesse público sejam compensadas mediante reintegração patrimonial.

O princípio da justiça material exige o ressarcimento dos sacrifícios desigualmente impostos a um ou vários cidadãos em especial, mesmo se a atuação administrativa é lícita.

Aquele regime de responsabilidade estava, à data dos factos, consagrado no artigo 9.º, n.º 1 do Decreto – Lei n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967 que estatui o seguinte: “O Estado e demais pessoas coletivas públicas indemnizarão os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais.”.

É jurisprudência firme do Supremo Tribunal Administrativo que os pressupostos em que assenta a responsabilidade prevista naquele artigo 9.º são:

- 1) A prática por órgão ou agente da administração de acto que formal e substancialmente se confina nos limites do poder que legalmente dispõe;
- 2) A produção de danos;
- 3) O nexó causal entre a conduta e os danos;
- 4) Que os danos advenham de prejuízos especiais e anormais;
- 5) Que tais encargos ou prejuízos sejam impostos a um ou alguns particulares, na prossecução do interesse geral e que não se apresentem como resultantes do risco normalmente suportado por todos em virtude da vida em comunidade.

Vejam-se se no caso dos autos estão verificados todos estes pressupostos e assim se, em consequência, há para o Estado Português a obrigação de indemnizar a autora.

Está provado que em 19 de Outubro de 1998 foi publicada na 1.ª Série B do Diário da República a Resolução do Conselho de Ministros n.º 123/98, que aprovou o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) para o troço ... - ...

De acordo com o artigo 1.º, n.º 1 daquela Resolução do Conselho de Ministros o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) de ... - ..., tem a natureza de regulamento administrativo e com ele devem-se conformar os planos municipais e intermunicipais de ordenamento do território, bem como os programas e projectos a realizar na sua área de intervenção.

De acordo com o POOC o prédio rústico denominado “...” foi dividido em duas áreas distintas de intervenção: 1875 m2 como espaço de valorização e desenvolvimento turístico e 7385m2 como espaço de lazer e valorização paisagística.

Nos termos do artigo 41.º do POOC, artigo com epígrafe “condicionamentos”, “Nos espaços verdes e valorização paisagística é interdita a realização de obras, com excepção das seguintes:

- a) Construção de percursos de peões, miradouros e outras estruturas de apoio à fruição pública destes espaços e da orla costeira que resultem de projecto aprovado, nos termos da lei;
- b) Instalação de equipamentos desportivos e recreativos de ar livre;
- c) Arranjos de áreas verdes de uso público, prevendo a drenagem das águas superficiais em zonas de risco e na proximidade das arribas;
- d) Construção de instalações destinadas à observação e interpretação da natureza, desde que contemplado na UOPGz.”

Ou seja, nos 7385 m2 do terreno classificados como espaço de lazer e valorização paisagística deixou, com a entrada em vigor do POOC, de ser possível a realização de obras de construção, designadamente de estabelecimentos hoteleiros.

O direito de propriedade como está constitucionalmente desenhado no artigo 62.º da Constituição não inclui o direito de construir. O direito de edificação não existe enquanto elemento integrador do direito de propriedade. Assim, por exemplo se refere no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de Janeiro de 2009, relativo ao processo 0633/08: “Os termos em que o direito de propriedade está constitucionalmente desenhado determinam que o seu uso e fruição não seja inteiramente livre, mas condicionado e enquadrado de tal modo que os usos ou utilidades que os respetivos titulares dela podem retirar são unicamente aqueles que o ordenamento jurídico – constitucional ou ordinário – lhes permitir.

Deste modo, e muito embora seja verdade que esse direito integra o poder de gozo sobre o bem objeto do direito também o é que o exercício desse poder não inclui o direito de construir nem, tão pouco, quando ele é reconhecido, o direito a construir aquilo que se quer, onde se quer e como se quer mas, apenas e tão só, a construir aquilo que as autoridades administrativas consentirem dentro das limitações e restrições assinaladas na legislação atinente. (...) O direito de edificação inexistente como elemento integrador do direito de propriedade.”.

Ainda sobre o tema explica Cláudio Monteiro: “o direito de construir não é uma manifestação da liberdade

de uso e fruição da propriedade imobiliária, não sendo protegido, enquanto tal, pela garantia constitucional da protecção existente. Um proprietário não tem, pelo simples facto de ter a propriedade de um terreno, o direito de o transformar, promovendo a sua urbanização e a sua edificação. Nesse sentido, o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade privada.”

Estabelece o artigo 18.º, n.º 2 da Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto que “existe o dever de indemnizar sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados nos termos” do n.º 1.

O artigo 143.º, n.º 2 do Decreto – Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro estatui que “São indemnizáveis as restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação.”

Nos termos das normas citadas, e atendendo a que não existe um direito a construir, só é indemnizável as restrições às possibilidades de aproveitamento do solo impostas por instrumento de gestão territorial (como o POOC) “preexistentes e juridicamente consolidadas”.

Como se refere no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Setembro de 2010, relativo ao processo 0412/10 “O regime indemnizatório da Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, e do Decreto – Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, em razão de restrições determinadas por instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares supõe a possibilidade objectiva de aproveitamento do solo preexistente e juridicamente consolidada.

Aí, o valor da indemnização corresponde à diferença entre o valor do solo antes e depois das restrições provocadas pelos instrumentos de gestão territorial, sendo calculado nos termos do Código das Expropriações.”.

Como refere Cláudio Monteiro no artigo citado “Um “direito consolidado”, ou um direito adquirido”, numa expressão com maior tradição na nossa cultura jurídica, é aquele que, além de assegurar ao particular o direito de construir, nos termos em que foi concedido, não pode ser sacrificado, por qualquer forma, sem o pagamento de uma indemnização ou outra forma de compensação patrimonial. (...)

Nos termos do artigo 143.º do RJIGT, só há lugar a indemnização das restrições determinadas pela alteração ou revisão de instrumentos de planeamento, quando a mesma “ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido” (n.º 3).

Significa isto que uma alteração que ocorra depois daquele prazo de cinco anos, ou a todo o tempo, no caso de não ter havido ainda qualquer licenciamento válido, não confere ao proprietário o direito a uma indemnização pela diminuição das suas expectativas, não constituindo, por isso mesmo, um sacrifício de faculdades urbanísticas juridicamente consolidadas no seu património privado.

Na solução preconizada por esta disposição legal só se pode falar em “restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportam uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação”, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, quando o plano determine a caducidade ou alteração de um licenciamento válido anterior.

Só nestes casos, portanto, é que existirá um sacrifício indemnizável das faculdades urbanísticas do proprietário do terreno afectado pela restrição, e consequentemente uma expropriação de sacrifício ou de valor protegida pela garantia expropriatória estabelecida no n.º 2 do artigo 62.º da Constituição.

(...) Para este efeito são também equiparados a licenciamento válido todos os actos que constituam – ou consolidem – o direito de construir em termos análogos aos da licença de obras de edificações, entre os quais se incluem, inquestionavelmente, a informação prévia favorável e a aprovação do projecto de arquitectura, bem como os contratos sobre o exercício de poderes urbanísticos, quando deles resulte uma vinculação da câmara municipal ao licenciamento.”

É que, refere o mesmo autor, “o plano é um instrumento dinâmico, que acompanha a evolução da realidade, e que não é compatível, do ponto de vista da salvaguarda do interesse público urbanístico, com a indemnização indiscriminada de meras expectativas de aproveitamentos futuros, sem que exista, sequer, a garantia de que aquelas expectativas se transformariam em direitos patrimoniais se fosse requerido o respetivo licenciamento, e sem que tenham sido feitos quaisquer investimentos de confiança nesse sentido.”

No caso dos autos, está provado que a autora era titular de mais do que de meras expectativas de aproveitamentos futuros.

Está provado que em 1970 a “CP” apresentou um anteprojecto de construção de um Hotel no “...” à Câmara Municipal de “...” para o prédio rústico denominado “...”, com a área de 9260 m2, sito no ..., tendo obtido a aprovação do mesmo.

Está provado que em 1981 a “CP” e a “C” submeteram novo projecto à Câmara Municipal de ... para o “...”.

Está também provado que em 1981 os serviços de Urbanização da Câmara Municipal de ... emitiram um parecer, aprovado em reunião de Câmara, no sentido de incentivar o desenvolvimento de um empreendimento hoteleiro no “...”.

O dano é a lesão, o prejuízo, a perda que o lesado sofreu em consequência de certo facto.

Está provado que nos 1875m2 do terreno que de acordo com o POOC podem ser afectos à construção de edifícios privados constitui uma parcela em forma triangular, o que inviabiliza a construção de qualquer imóvel de tipo hoteleiro.



Ou seja, está provado que a autora detinha o direito de construir um empreendimento hoteleiro no terreno designado por “...” pois tal direito já tinha sido reconhecido pela Câmara Municipal de Cascais e, com a entrada em vigor do POOC essa possibilidade deixou de poder ter lugar.

A possibilidade de construir um imóvel constitui um activo patrimonial de que a autora se viu privada por força da entrada em vigor de instrumento de gestão territorial.

Não releva nesta sede que a Comissão Nacional da Reserva Ecológica Nacional (CNREN) tenha deliberado aprovar a proposta de delimitação da REN que incluía 7385 m2 do terreno denominado “...” na REN. É que não só tal deliberação foi posterior à publicação do POOC como não se provou que aquela deliberação tenha sido aprovada pelo Governo, por resolução do Conselho de Ministros, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 do Decreto – Lei n.º 93/90, de 19 de Março, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto – Lei n.º 79/95, de 20 de Abril (diploma que só foi revogado a partir de 21 de Setembro de 2008).

O nexo de causalidade, pressuposto da responsabilidade civil, “consiste na interação causa/efeito, de ligação positiva entre a lesão e o dano, através da previsibilidade deste em face daquele, a ponto de poder afirmar-se que o lesado não teria sofrido tal dano se não fosse a lesão (artigo 563.º do Código Civil). Afere-se em função da idoneidade abstrata da conduta imputável à ré para a produção (jurídica) do acidente, sendo que existe tal idoneidade sempre que o resultado seja previsível ou normal. “A condição deixará de ser causa do dano, sempre que, segundo a sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para este dano”.

O artigo 563.º do Código Civil consagra a teoria da causalidade adequada. “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, à luz da qual um facto só deve considerar-se causa adequada daqueles danos que constituam uma consequência normal, típica, provável dele.

Ficou provado que foi a entrada em vigor do POOC, em particular dos respetivos artigos 40.º e 41.º que impossibilitaram a construção no terreno em causa.

A entrada em vigor do POOC é causa adequada do dano.

Para que o dano seja ressarcível exige ainda a lei a especialidade e a anormalidade do prejuízo/dano.

Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto – Lei n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967 estão pois arredados do espectro indemnizatório “os danos gerais, normais ou comuns, ou seja, aqueles que recaem genericamente sobre o universo dos cidadãos, ou sobre grupos indeterminados e abstratos de pessoas, e que são considerados habituais e inerentes ao risco próprio da vida em sociedade, constituindo como que encargos sociais compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal”.

Como refere o Professor Gomes Canotilho em “O problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos” a existência legal da especialidade e anormalidade do prejuízo, como elemento – travão de uma total socialização dos mesmos tem em vista: evitar a sobrecarga do tesouro público, limitando o reconhecimento de um dever indemnizatório do Estado e mais entes públicos ao caso de danos inequivocamente graves; procura ressarcir os danos que, sendo graves, incidam desigualmente sobre certos cidadãos.”

Dano especial é aquele que só atinge um indivíduo ou grupo de indivíduos. Pode-se afirmar que um dano atinge especialmente um indivíduo ou um grupo restrito de cidadãos quando esse prejuízo não é imposto à generalidade das pessoas, mas a pessoa certa e determinada em função de uma específica posição relativa. A especialidade do dano traduz uma incidência desigual do prejuízo sobre um cidadão ou grupo de cidadãos.

Está provado que o terreno em causa está servido de acessos, a norte pela estrada marginal (Estrada Nacional 6), e a sul pela via férrea (linha de comboios Lisboa – Cascais), constituindo a via férrea uma barreira que impede o acesso à frente marítima. Está provado que a nascente o terreno confina com o lote do Hotel Atlântico e a Poente com o lote de uma moradia – o Chalet Barahona. O terreno em causa é o único prédio rústico na área que permanece devoluto, existindo à sua volta edificações urbanas, tanto de habitação coletiva (hóteis) como de habitação urbana.

Ou seja, só o terreno em causa é que, na zona em que integra, acabou por ser abrangido, com consequências relativamente à possibilidade de edificar, pelas normas dos artigos 40.º e 41.º do POOC. Porque não estava ainda edificado. Os demais como já estavam edificados, estavam já protegidos pela garantia constitucional da protecção existente.

No caso dos autos os prejuízos em causa afigura-se que são de qualificar como prejuízos especiais, na medida em que o especial encargo que aquelas normas do POOC consubstanciaram não foram, genericamente suportados pela generalidade das pessoas, ou sequer pela generalidade dos munícipes de Cascais da mesma forma. Mas com especial intensidade pela autora.

Há ainda que averiguar a anormalidade ou gravidade do dano. Esta traduz uma especial gravidade dos prejuízos no sentido de que tais prejuízos hão-de consubstanciar danos que não são inerentes aos riscos normais da vida em sociedade, suportados por todos os cidadãos, e que não consubstanciam simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem, designadamente proporcionados pela obra pública realizada (e que causou sacrifício). Prejuízo anormal há-de ser aquele “que se revista de certo peso ou gravidade, em termos de ultrapassar os limites daquilo que o cidadão tem de suportar enquanto membro da comunidade, isto é, que extravase dos encargos sociais normais, exigíveis como contrapartida da existência e funcionamento dos serviços públicos.”

Afigura-se que o prejuízo em causa é de qualificar como anormal, pois ultrapassa os riscos normais de vida em sociedade, os limites impostos pelo dever de suportar a atividade lícita da Administração.

Ainda em 1970 a “CP” apresentou um anteprojecto de construção de um Hotel no “...) à Câmara Municipal de “...”, tendo obtido a aprovação do mesmo.

Em 1981 a “CP” e a “C” submeteram novo projeto à Câmara Municipal de “...” para o “...”.

Em 1981 o terreno “...” estava inserido num espaço qualificado como urbano, apontando critérios de gestão urbanística em vigor na Câmara Municipal de “...” para a aplicação de um índice de construção de 1,5, permitindo-se pois a construção de 15 000 m² acima do solo, no caso de equipamentos hoteleiros ou similares.

Em 1981 os serviços de Urbanização da Câmara Municipal de “...” emitiram um parecer, aprovado em reunião de Câmara de 21 de Dezembro de 1981, no sentido de incentivar o desenvolvimento de um empreendimento hoteleiro no “...”.

Na sequência do que a “CP” e a “C” investiram em estudos e projectos para a construção de um hotel no prédio rústico denominado “...”.

Porque o terreno em causa detinha uma determinada qualificação urbanística o particular nesse quadro requereu o aproveitamento urbanístico do prédio. Tal aproveitamento urbanístico foi expressamente reconhecido pela Câmara Municipal de “...”. Confiando que detinha esse direito ao aproveitamento urbanístico do terreno o particular investiu em estudos e projectos para a construção de um hotel. Tal facticidade resulta do probatório.

A alteração da qualificação urbanística que o POOC consubstanciou inviabiliza o aproveitamento urbanístico que a Câmara Municipal de “...” reconhecera. Entende-se pois que a perda do referido direito ao aproveitamento urbanístico (total em grande parte do terreno) constitui uma ocorrência que ultrapassa o mero ou pequeno transtorno, que onera pesadamente a autora.

Pelo que se afigura de qualificar o dano como anormal. Os encargos ou prejuízos impostos à “C”, na prossecução do interesse geral protagonizado pelo POOC não se apresentam como resultantes do risco normalmente suportado por todos em virtude da vida em comunidade.

Pelo que cabe julgar a presente acção procedente, por provada e, em consequência reconhecer o direito à autora a ser indemnizada pelo sacrifício.

3. DECISÃO

Face ao exposto, julgo procedente, por provada, a presente acção e, em consequência, condeno o Estado Português a pagar à autora uma indemnização pela restrição significativa na utilização do prédio rústico denominado “...”, sito no (...), que o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) para o troço ... - ... consubstanciou.

Sem Custas.
Registe e Notifique.

Lisboa, 5 de Fevereiro de 2013.

Anotação

O primeiro apontamento que gostaríamos de deixar, a propósito da presente anotação, é que o direito a indemnização pelas denominadas expropriações de plano tem sido questão controvertida quer na doutrina, quer na jurisprudência nacional.¹

Nessa medida, as presentes notas visam dar o nosso humilde contributo relativamente às matérias ali tratadas, designadamente, as relações entre planos, o conteúdo do direito de propriedade e a responsabilidade civil extracontratual do Estado e de outras entidades públicas por factos lícitos.

1 – A natureza jurídica dos instrumentos de planificação territorial com eficácia plurisubjectiva de âmbito nacional e municipal.

Nos autos em questão merece a nossa reflexão o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo português e da maioria da doutrina portuguesa, vertido nesta sentença, de que os planos especiais e municipais de ordenamento do território têm

¹ Carlos Batalhão, “Era uma vez a capacidade de construir...E a “justa” indemnização!” disponível *in* Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 33 e tem sido questão controvertida



a natureza de regulamento administrativo e como tal a sua impugnação contenciosa ou de qualquer das suas disposições está sujeita ao processo próprio de “impugnação de normas”, nos termos do artigo 72.º, n.º 1 do CPTA, que apenas podem ser impugnadas “por vícios próprios ou derivados da invalidade de actos praticados no âmbito do respetivo processo de aprovação”.²

Quer o POOC, quer o PDM funcionam como um mecanismo de intervenção da Administração Pública nos solos. Independentemente de o POOC consagrar objetivos de interesse nacional com repercussão espacial, estabelecendo regimes de salvaguarda de recursos e valores naturais – artigos 42.º e 43.º do D.L. 380/99, de 22 de Setembro - e de o PDM estabelecer o regime de uso do solo, definindo modelos de evolução previsível da ocupação humana e da organização de redes e sistemas urbanos e, na escala adequada, parâmetros de aproveitamento do solo e de garantia da qualidade ambiental, a verdade é que os instrumentos de planificação territorial que vinculam direta e imediatamente a Administração e os particulares são o principal meio de intervenção da Administração na tentativa de crescimento e desenvolvimento sustentável da *urbe*.

No entanto, independentemente dos valores que aqueles instrumentos preconizam, é mister exaltar o carácter económico e especulativo que *per se* os mesmos constituem.

O mesmo é dizer que tão ou mais importante que tomar partido quanto ao facto de um plano municipal poder ser interpretado como: a) um ato administrativo individual e concreto; b) um acto administrativo geral; c) um regulamento administrativo dotado de um conjunto de normas genéricas e abstratas; e) um acto misto constituído por atos administrativos gerais dotados de determinações concretas – e previsões normativas futuras que consubstanciam apenas critérios abstractos dependentes de concretização; f) um instituto *sui generis*, insusceptível de ser enquadrado nas formas típicas de atuação da administração pública; torna-se fundamental entender que o mesmo produz, automaticamente, efeitos jurídicos e económicos na esfera jurídica dos particulares e dos cidadãos - contribuintes.

Como tal, salvo melhor opinião, propendemos para qualificar o plano como um instrumento *sui generis* constituído por duas partes, uma escrita e outra desenhada, que segundo E. FORSTHOFF³ confere logo após a sua entrada em vigor um estatuto determinado aos terrenos compreendidos no seu perímetro, nascendo de imediato os direitos de preferência e expropriação da Administração Pública.

Partindo da definição de regulamento administrativo que se consubstancia num conjunto de normas jurídicas dotadas das características da generalidade e da abstracção⁴, não podemos aceitar a posição uniformemente consagrada na jurisprudência portuguesa e na doutrina no que diz respeito à aceitação dos planos especiais de ordenamento do território, concretamente os POOC, como regulamentos administrativos quando é notório que os mesmos alteram o valor jurídico e económico dos solos.

Torna-se indubitável o carácter jurídico inovador e ao mesmo tempo problemático dos planos municipais e especiais com eficácia plurissubjectiva que definem a situação jurídica, como também a utilidade económica de uma coisa concreta. Noutros termos, as disposições daqueles planos definem o estatuto jurídico e económico do solo, faltando-lhe, por isso, a característica da abstracção própria da norma jurídica.

² Cfr. Acórdãos da 1.ª Secção do STA de 17 de Outubro de 1995 (Proc. N.º 35829), de 8 de Abril de 1997 (Proc. N.º 38991), de 8 de Julho de 1997 (Proc. N.º 38632), de 30 de Setembro de 1997 (Proc. N.º 38991); Acórdãos da 2.ª Subsecção do STA de 1 de Outubro de 2002 (Proc. N.º 0696/02) e de 30 de Janeiro de 2007 (Proc. N.º 0797/05) et al.

³ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 - 972 - 40 - 3571 - 0, p. 617 e 618 *apud* E. Forsthoff, *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., p. 318 - 322

⁴ Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2003, p. 154; Marcello Caetano, Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, 2010, p. 80 et al.

Em nenhum momento, com a devida vênia, a jurisprudência e a doutrina conseguiram desmistificar este argumento.

Tanto a tese que atribui natureza materialmente regulamentar às disposições dos planos como aquela que as considera como atos administrativos gerais de conteúdo normativo, preceptivo ou conformativo apenas vem reforçar a gênese transdisciplinar, e não apenas jurídica, do mesmo.

Os planos vinculativos perante os particulares – eficácia plurissubjectiva – devem ser considerados para efeitos contenciosos como atos administrativos porque interferem diretamente nos bens e direitos dos particulares.

Não podemos concordar com o que diz Fernando Alves Correia quando afirma que “Às regras jurídicas do “regulamento” dos planos estão sujeitos todos aqueles que vierem no futuro a solicitar à Administração uma licença ou a admissão de uma comunicação prévia para realizar uma operação urbanística.”⁵, pelo simples facto de o plano não se aplicar apenas aos titulares de direitos reais no momento da entrada em vigor das disposições do plano ou a todos aqueles que os venham a adquirir no futuro, mas também aos cidadãos – contribuintes que em virtude das políticas públicas idealizadas no aludido instrumento de gestão e intervenção da administração pública irão arcar com os denominados custos sociais urbanísticos: custos da construção inicial de infra – estruturas; custos de gestão e conservação; custos de adaptação e melhoria; custos de amortização compensatória com vista à futura reconstrução e, por último, a própria perda de utilidade económica quer das coisas públicas, quer das coisas privadas.

2 – As relações entre planos.

No caso em apreço, cumpre frisar os seguintes factos:

- a) Em 1970 a sociedade “CP” apresentou um anteprojecto de construção de um Hotel no “...” à Câmara Municipal de “...”, tendo sido obtido a aprovação do mesmo;
- b) Em 1981 a sociedade “CP” e a sociedade “C” submeteram novo projecto à Câmara Municipal de “...” para o terreno sito no “...”;
- c) Em 1981 o aludido terreno “...” estava inserido num espaço classificado como urbano, apontando os critérios de gestão urbanística em vigor na Câmara Municipal de “...” para a aplicação de um índice de construção de 1,5, permitindo-se pois a construção de 15 000 m² acima do solo, no caso de equipamentos hoteleiros ou similares;
- d) Em 1997 o PDM de “...” classificou a zona onde se insere o prédio rústico denominado “...” como “espaço de desenvolvimento estratégico”, na subcategoria de “espaço de desenvolvimento e valorização da orla marítima urbana de “... - ... - ...”, considerando aquela zona da orla marítima como vocacionada para uso turístico;
- e) Em 19 de Outubro de 1998 foi publicada na 1.ª Série B do Diário da República a Resolução do Conselho de Ministros n.º 123/98, que aprovou o Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) para o troço “... - ...” e que qualificou o prédio denominado “...” como espaço de valorização e desenvolvimento urbanístico em 1875 m² e espaço de lazer e valorização paisagística em 7385 m².

Ora, apesar de a sentença não abordar esta situação, torna-se em nossa opinião relevante anotar até que ponto é legal a qualificação do solo – e não a classificação como decorre da sentença - através de um plano especial do ordenamento do território – POOC –, procedendo à definição do terreno em causa como espaço de valorização e desenvolvimento urbanístico e espaço de lazer e valorização paisagística quando, nos termos dos artigos 71.º e 73.º do D.L.

⁵ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 - 972 - 40 - 3571 - 0, p. 642 e 643

380/99, de 22.09 (RJIGT), a classificação e a qualificação da ocupação, uso e transformação dos solos é definida nos planos municipais de ordenamento do território.

Os POOC são acompanhados, nos termos do artigo 45.º do RJIGT e da Portaria n.º 137/2005, de 2 de Fevereiro, por: relatório que justifica a disciplina definida; relatório ambiental no qual se identificam, descrevem e avaliam os eventuais efeitos significativos no ambiente resultante da aplicação do plano e as suas alternativas razoáveis que tenham em conta os objetivos e o âmbito de aplicação territorial respetivos; planta de condicionantes que identifica as servidões e restrições de utilidade em vigor; planta de enquadramento, abrangendo a área de intervenção, devidamente assinalada e a zona envolvente, bem como as principais vias de comunicação; programa de execução que contenha disposições indicadas sobre as principais intervenções, indicando as entidades responsáveis pela sua implementação e concretização, bem como a estimativa dos custos associados e o cronograma da sua execução; estudos de caracterização física, económica e urbanística que fundamentam a solução proposta; planta da situação existente; elementos gráficos de maior detalhe que ilustrem situações específicas do respetivo plano; participações recebidas em sede de discussão pública e respetivo relatório de ponderação.

Não resulta da lei a possibilidade de qualificação de espaços – v.g. espaço de valorização e desenvolvimento turístico e espaço de lazer e valorização paisagística – pelo que a qualificação ou categorização do solo, nos termos do artigo 17.º do POOC “... - ...” é, em nossa opinião, materialmente inconstitucional por violar expressamente o artigo 112.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, na medida em que não pode um regulamento administrativo com eficácia externa integrar, modificar ou revogar o conteúdo dos artigos 71.º e 73.º do RJIGT que consagram a ideia de que o regime de uso do solo é definido nos planos municipais de ordenamento do território através da classificação e da qualificação do solo.

Ou seja, não pode o POOC, no caso *sub judice*, proceder à categorização ou qualificação de espaços tal como consta do artigo 17.º, devendo articular as condicionantes que pretende impor com a classificação e a qualificação do solo previstas no PDM.

Por outro lado, o POOC aprovado por resolução do Conselho de Ministros não consagra as formas e os prazos, previamente acordados com a Câmara Municipal envolvida para a adequação do PDM abrangido, o que nos leva a questionar a existência do artigo 49.º do RJIGT.

Partindo do princípio – norma de que os planos especiais do ordenamento do território prevalecem sobre os planos municipais – artigo 24.º, n.º 4 do RJIGT – e que estes últimos se devem conformar com aqueles – artigos 20.º e 22.º do RJIGT e artigo 1.º do POOC “... - ...”, é ilógico que os POOC consagrem as formas e os prazos para a adequação dos planos municipais. Até porque nos termos dos artigos 96.º, n.º 2 e 97.º, n.º 1 alínea a) e n.º 2 do RJIGT as alterações aos instrumentos de gestão territorial que decorram da entrada em vigor de leis ou regulamentos, designadamente planos municipais de ordenamento do território e planos especiais de ordenamento do território devem ser concluídas no prazo de 90 dias pela entidade responsável pela elaboração do plano através da reformulação de regulamentos e de plantas na parte afetada, dando conhecimento à comissão de coordenação regional e assegurando a respectiva publicidade nos termos dos artigos 148.º e 149.º do RJIGT.

Sendo certo que não sendo cumprido tal prazo dos 90 dias, a consequência automática é a invalidade ou a suspensão automática do PDM que está desconforme com o plano especial do ordenamento do território posterior.

Prevalecendo, no caso concreto, o POOC em detrimento do PDM sempre se dirá que nos 7385 m2 do terreno erradamente qualificados como espaço de lazer e valorização paisagística deixou, com a entrada em vigor do POOC, de ser possível a realização de obras de construção, designadamente de estabelecimentos hoteleiros.

Pelo que chegamos à questão central que parece estar assente na doutrina nacional e na jurisprudência do STA, e que discordamos frontalmente, de que o direito de propriedade como está constitucionalmente desenhado no artigo 62.º da Constituição não integra o direito de construir o que para efeitos do artigo 143.º, n.º 2 e n.º 3.º do RJIGT só origina a indemnização quando haja uma restrição significativa às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo juridicamente consolidadas (n.º 2), ou determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido⁶ sempre que a revisão do instrumento de gestão territorial tenha ocorrido no prazo de 5 anos a contar da sua entrada em vigor (n.º 3).

Nas próximas linhas traremos à colação uma linha de argumentos que visa exprimir uma linha de pensamento que, de *minimis*, promova uma pequena reflexão.

3. – O conteúdo do direito de propriedade

3.1. A dimensão jurídico – constitucional do direito de propriedade privada

A Constituição da República Portuguesa consagra, no artigo 62.º, n.º 1, a garantia da propriedade privada⁷ ao estabelecer que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição*”. É, por isso, nos termos do artigo 17.º da Constituição um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

Ainda assim, o nosso ordenamento jurídico – constitucional rejeita a ideologia liberal, no domínio dos solos urbanos, que acredita sem reservas nas virtualidades da propriedade privada e nos benefícios do livre funcionamento do mercado, sem qualquer intervenção por parte da Administração Pública na correcção das disfunções sociais que eles originam no processo urbanizador e, em geral, no aproveitamento do território, quer a ideologia socialista defensora da municipalização e nacionalização geral do solo urbano e, por isso, da abolição da propriedade privada que incide sobre aquela classe de bens. A expropriação, a apropriação e outras formas de intervenção nos solos urbanos apenas são admissíveis quando tal for necessário para a realização de um interesse público específico de natureza urbanística.⁸

⁶ O artigo 143.º, n.º 3 do RJIGT estabelece que “as restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo resultantes de revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas conferem direito a indemnização quando a revisão ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido”, ou seja, determina a exigência de dois requisitos para a indemnização das restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo resultantes de revisão dos planos municipais: o prazo de 5 anos após a entrada em vigor do plano; a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento previamente válido. Este artigo é objeto de dupla interpretação no quadro da doutrina e jurisprudência nacionais. De um lado temos aqueles que defendem que os requisitos são disjuntivos, ou seja, basta a verificação de um deles para que haja lugar a indemnização. Veja-se a este respeito Fernanda Paula Oliveira, O direito de edificar dada ou simplesmente admitido pelo plano, em anotação ao Acórdão do STA de 1 de Fevereiro de 2001, em CJA n.º 43 (JAN/FEV 2004), pág. 56 e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18.10.2012, Processo n.º 01597/06.

Do outro lado, temos a posição da maioria da doutrina nacional e da jurisprudência do STA recentemente sufragada no Acórdão do STA de 05.11.2013 que impõe a cumulação de requisitos previstos no artigo 143.º, n.º 3 do RJIGT, concluindo que as possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem aos respetivos “domini” um *jus aedificandi*, ao menos “*in actu*”, mas uma simples expectativa jurídica, pelo que a eliminação posterior dessas possibilidades, fruto da revisão do plano, não corresponde a uma expropriação de sacrifício.

⁷ Sobre a matéria do direito da propriedade privada: em especial, a garantia constitucional de propriedade de meios de produção ver João Pacheco de Amorim, Direito Administrativo da Economia, Vol. I (Introdução e Constituição Económica), Coimbra, Almedina, 2014, pp. 495-569

⁸ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 798

3.1.1. A demonstração a priori do direito de propriedade privada: a garantia institucional e a garantia individual.

Se ninguém tivesse o direito de adquirir e controlar qualquer coisa excepto o seu próprio corpo, qualquer sobrevivência humana seria posta em causa e não havia justificação para a existência de declarações normativas. O direito de adquirir e tornar-se proprietário de bens é algo que decorre naturalmente do trabalho do indivíduo que efetua ou delinea algo que, até então, ninguém ousou fazer.

Torna-se, deste modo, difícil entender que certas pessoas coletivas públicas e privadas, assim como pessoas singulares, tenham muitas vezes o direito de desconsiderar a propriedade desse indivíduo sobre objetos em que jamais trabalharam ou colocaram algum esforço para uso em particular, adquiram títulos de propriedade não por meio de trabalho, mas simplesmente por declaração verbal ou por decreto com força legal obrigatória.

O direito de propriedade consagrado no artigo 62.º, n.º 1 da C.R.P. possui, tal como os ordenamentos jurídico – constitucionais, alemão⁹ e francês¹⁰, uma garantia institucional ou objetiva que impede de aboli-lo ou eliminá-lo, e, uma garantia individual ou subjetiva que constitui um direito fundamental do cidadão e vincula o poder legislativo, executivo e judicial (cfr. artigo 18.º, n.º 1 da C.R.P.).

A dimensão individual da propriedade visa, deste modo, proteger a posição jurídica do proprietário de qualquer agressão advinda de um conjunto de medidas de socialização, confisco político e expropriação. O direito fundamental da propriedade privada caracteriza-se pelo reconhecimento ao seu titular de um poder de domínio (*Herrschaftsgewalt*) que se manifesta em duas vertentes: num “poder ter” (*Haben – Dürfen*) que constitui a componente estática do direito de propriedade; e num “poder utilizar” (*Gebrauchen – Können*) que constitui a sua componente dinâmica.¹¹

Dizer que a propriedade pode ser adquirida ou qualificar a sua utilidade económica por mera declaração legal é algo que envolve uma contradição prática contra a dimensão institucional e individual do direito de propriedade privada resultante de uma declaração de vontade humana legítima inteiramente compatível com o princípio jurídico universal da não – agressão que demonstra que aquele direito é a pressuposição lógica necessária para uma argumentação.

A dimensão individual consubstanciada na garantia fundamental da liberdade pessoal, no âmbito jurídico – patrimonial, através do reconhecimento do direito de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe, desse modo, uma conformação da sua vida, esbarrada numa responsabilidade pessoal que serve de freio ao poder do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais é consagrada pela doutrina francesa e pela doutrina social da igreja.¹²

⁹ Fernando Alves Correia, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, 4.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, p. 302 – 308 e a bibliografia aí citada.

¹⁰ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 800, nota de rodapé (3)

¹¹ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 802 *apud* W. Ernst/W. Hoppe, *Das Öffentliche Bau – und Bodenrecht, Raumplanungsrecht*, cit., p. 88

¹² Ver neste sentido Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 803 *et. alli*.

3.1.2. *A evolução da função social da propriedade privada na consolidação dos limites do direito de propriedade privada. A teoria dos jogos Banca – Estado e a síndrome do dilema do prisioneiro.*

A consagração do direito de propriedade pela lei – artigo 62.º, n.º 1 da CRP – permite a divisão dos cidadãos entre proprietários e não proprietários, consubstanciado no resultado da divisão do trabalho. A propriedade é sempre considerada privilégio de uns poucos, pelo que a segunda grande conquista da Economia Política Clássica e da teoria social “individualista” do século XVIII acaba por ser o reconhecimento da função social privada.

Mas o que é que se entende por função social da propriedade?

As várias doutrinas políticas têm um importante papel na criação, no desenvolvimento e na consolidação do conceito. O liberalismo é o primeiro a reconhecer a função social da propriedade privada dos meios de produção ao reconhecer a importância de colocar os bens nas mãos daqueles que melhor os sabem usar, ou seja, nas mãos dos gestores mais especializados.

Qualquer tipo de constrangimento, tais como direitos exclusivos e outros privilégios dos produtores, contribuem para a obstrução do funcionamento da função social da propriedade privada.

O requisito central associado à função social da propriedade é a especialidade da utilização da propriedade como forma de gerar uma ou mais mais-valias de diversa índole: habitacional, ambiental, de ordenamento do território e urbanística, económica, de segurança e defesa nacional.

Contudo, o facto de o direito de propriedade privada estar garantido pelo respeito e nos termos da Constituição faz com que seja dado ao Estado, nas suas diversas formas de administração – direta, indireta e autónoma -, um amplo poder de alcançar os fins fundamentais que a ordem jurídica protege – através da Constituição e dos restantes diplomas legais ordinários que a respeitam – com a atribuição do direito a moldar o conteúdo daquele.

O direito de propriedade privada, constitucionalmente consagrado, é, hoje, o resultado e invocando as sábias palavras de *Lassalle* “o rumo de toda a história legal (...) geralmente falando, numa cada vez maior limitação da propriedade do indivíduo, colocando cada vez mais objetos fora da propriedade privada”¹³

Assim o segundo requisito essencial do direito de propriedade é o seu carácter relativo ou não absoluto que é visível não apenas através da lei em sentido estrito – v.g. artigos 61.º, n.º 1, 88.º 165.º, n.º 1, alíneas b) e j) da CRP – mas também através dos planos territoriais dotados de eficácia plurissubjectiva ou vinculativa de terceiros, sobretudo os planos municipais do ordenamento do território que definem as regras de ocupação, uso e transformação desses solos, moldando o conteúdo do direito de propriedade privada com base numa habilitação constitucional (artigo 65.º, n.º 4 da CRP) e legal por via da Lei de Bases de Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo.

Mas conforme já demonstramos, muitas vezes o Estado não é pessoa de bem, não é amiga de quem o compõe. De maneira que se questione este poder de ampliar ou comprimir, em função das concepções políticas, económicas e sociais do momento, o direito de propriedade privada quando é sua a tarefa fundamental de estimular o “acesso à habitação própria”, à aquisição da propriedade de habitações com base no aforro – artigo 65.º, n.º 2, alínea c) e n.º 3 da CRP -, ou ainda, de promover o acesso à propriedade ou à posse de terra como objetivo de política agrícola nos termos do artigo 93.º, n.º 1 alínea b) da CRP.

¹³ Ferdinand Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte*, Vol. I, 2.ª Ed., Leipzig, 1880, p. 217

Face ao atual contexto económico, político e social o que nos dá a sensação, com o devido respeito, é que o direito à propriedade privada consubstancia um terceiro requisito: o da flexibilidade ou mutabilidade que coloca em causa o direito à liberdade de ser proprietário de um determinado bem.

O direito à propriedade privada está a caminhar, paulatinamente, nas suas tendências político – económicas, fruto da cooperação entre o *lobby* financeiro e político movido pela cultura do lucro assente na sociedade do custo de oportunidade, para a sua inconsciente dissolução à generalidade dos cidadãos, ou melhor, para a sua consciente apropriação por parte da elite.^{14 15}

O mesmo é dizer que o modelo jurídico – urbanístico nacional e europeu assenta numa vontade socialista de abrir as cidades ao cidadão através da imputação de custos sociais ou de urbanismo que acabam por contribuir para o empobrecimento da generalidade dos cidadãos – contribuintes, impedindo-os de conseguir a tão desejada habitação própria e a aquisição de propriedades com base no aforro.

Daí que questionemos a teoria das legítimas funções do Estado no qual este é a instituição que detém o monopólio territorial legal e financeiro compulsório, limitando-se a aceitar a localização dos direitos de propriedade dos cidadãos. Esta teoria política – legal mantém a existência de classes antagónicas na sociedade tal como no regime monárquico ou feudal. A eleição de representantes políticos por sufrágio universal apenas substitui os privilégios funcionais adquiridos pelo voto da maioria, ao qual não podemos esquecer a essência principiológica e desigual do funcionamento do sistema monetário internacional.

É, pois, uma consequência natural que o ideal liberal da unidade da lei não é cumprido de forma justa e igualitária, dado que o grupo de indivíduos que controla o aparelho de Estado tem necessariamente de viver da produção do setor privado.¹⁶

E como pode a legítima função do Estado consagrar a defesa dos direitos de propriedade da generalidade dos cidadãos, de forma a abolir as distinções legais entre indivíduos, se para exercer essa função o Estado age, *prima facie*, sob uma lei diferente daquela aplicável a todas as outras associações e indivíduos na sociedade e, *secundum*, sob os interesses financeiros e económicos da elite que o financia?

A partir do momento em que a participação e usufruto de uma comunidade é contratualmente estabelecida, a possibilidade do término do contrato é necessariamente uma pré – condição. Essa garantia fundamental da liberdade de escolha do indivíduo em relação à sua propriedade justamente adquirida é o que está em falta nas relações do indivíduo com

¹⁴ Ver neste sentido Karl Marx, *Die heilige Familie. Aus dem literarischen Nachlass von Karl Marx, Friedrich Engels und Ferdinand Lassalle*, Vol. II, Mehring, Estugarda, 1902, p. 132 que afirma “A propriedade privada “nas suas tendências político – económicas” está a deslizar para a sua dissolução, “mas só através de um desenvolvimento independente da mesma, para o qual é inconsciente, que está a ter lugar contra a sua vontade e está condicionado pela questão; só ao criar o proletariado qual proletariado, a miséria que é deliberada da sua miséria física e espiritual, a desumanização que é deliberada da sua desumanização”.

¹⁵ O *subprime* no imobiliário não é mais do que a consequência da cooperação entre a banca e a classe política que ao definir, nos planos municipais de 1.ª geração, a capacidade construtiva na maioria dos terrenos detonou a consagração do princípio constitucional de que a propriedade privada adquirida pelo trabalho ou que serve como instrumento do trabalho merece uma proteção especial e goza de uma garantia constitucional mais sólida do que a propriedade obtida por outros meios (*v.g. especulativos*).

¹⁶ Rui Botelho Rodrigues, O Erro da Teoria das Legítimas Funções do Estado, disponível in <http://mises.org.pt/posts/artigos/o-erro-da-teoria-das-legitimas-funcoes-do-estado-4/> p. 2 cit. Hans – Hermann Hoppe, *Democracy - The God that Failed: The economics and Politics of Monarchy, Democracy, and Natural Order*, Transaction Publishers, 2002, p. 233 para quem «*In a democracy no personal privileges or privileged persons exist. However, functional privileges and privileged functions exist. As long as they act in official capacity, public officials are governed and protected by public law and occupy thereby a privileged position vis – à – vis persons acting under the mere authority of private law (most fundamentally in being permitted to support their own activities by taxes imposed on private law subjects)*».

o Estado, mesmo com um Estado que se limite a fornecer policiamento e tribunais. E nenhuma das suas funções pode ser considerada ultimamente legítima, se essa garantia não existir. Enquanto a autoridade do Estado não for contratualmente concedida então as suas acções, mesmo limitadas ao mínimo, não podem ser justificadas com recurso à ideia de propriedade privada, pois o simples facto de serem levadas a cabo por uma agência como o Estado contradiz o princípio que é suposto defender.¹⁷

Daí que, com o devido respeito, não possamos concordar com Jorge Miranda e Fernando Alves Correia quando afirmam que *“O facto de a nossa Constituição não fazer uma alusão expressa no artigo 62.º à “função social” da propriedade privada não significa, de modo algum, que a nossa Lei Fundamental tenha rejeitado um tal princípio. O legislador constitucional terá apenas considerado desnecessário referir expressamente no artigo citado a “função social” da propriedade privada, porque este princípio resulta de outras normas constitucionais. Parafraseando JORGE MIRANDA, diremos que a desnecessidade de uma alusão expressa à “função social” do direito de propriedade deriva do facto de o n.º 1 do artigo 62.º da Lei Fundamental se inserir num contexto mais vasto: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1.º); a realização da democracia económica, social e cultural (artigo 2.º); a promoção da igualdade real entre os portugueses [artigo 9.º, alínea d)]; a correcção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento [artigo 81.º, alínea b), 103.º, n.º 1 e 104.º], bem como a propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo [artigo 80.º, alínea d)].”*¹⁸ A determinação da função social da propriedade privada acaba por ser, na maioria dos casos, à exceção daqueles que tem índole de prevenção ambiental (E mesmo esses!), um exercício discricionário mas injudicioso e gratuito que fere os mais elementares direitos dos proprietários e das populações.

A este respeito salientamos as sábias palavras de Sidónio Pardal *“Na prática nos PDM faz-se a negociação obscura das designadas áreas urbanizáveis como o negativo das ditas Reservas Agrícola e Ecológica escamoteando os problemas concretos do desenvolvimento territorial. Compete também à esfera do Direito fazer uma cuidada avaliação crítica da argumentação técnica subjacente a este tipo de diplomas que não têm qualquer suporte técnico – científico mas têm, porventura, intenções que remetem para a esfera de interesses políticos e económicos. Esta Legislação é grave por que esconde esses interesses, dando a entender que os seus postulados derivam de evidências técnico – científicas, procurando legitimar-se através de uma aparente objetividade.”*¹⁹

Esperamos que o leitor tenha atingido a nossa linha de pensamento. Mas se assim não acontecer, voltamos a referir que aquilo que o legislador consagra como “regime socialmente justo do direito de propriedade, isto é, um regime em que “ a pertinência dos bens realize o objetivo de contribuir de qualquer modo para o bem-estar material e (ou) espiritual da sociedade”,²⁰ não passa, na maioria das vezes, de um embuste retórico aos olhos de uma comunidade que não tem conhecimento da realidade dos factos, ou aceita, de forma impotente e conivente, a vitória dos verdadeiros vencedores da contenda.

¹⁷ Rui Botelho Rodrigues, O Erro da Teoria das Legítimas Funções do Estado, disponível in <http://mises.org.pt/posts/artigos/o-erro-da-teoria-das-legitimas-funcoes-do-estado-4/> p. 3 e 4

¹⁸ Ver neste sentido Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 812 cit. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 526. Et alli.

¹⁹ Ver a propósito da violação do princípio da racionalidade que não é admissível nas Leis de um Estado de Direito Sidónio Pardal, O Direito ao Território in 1.º Colóquio Internacional, O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo, Actas, Coordenador Prof. Doutor Fernando Alves Correia, Coimbra, Almedina, 2002, p. 31 e 32

²⁰ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 812 cit. A. Sandulli, *Profili Costituzionali della Proprietà Privata*, in RTDPC, 26 (1972), p. 476

A subordinação do direito de propriedade privada a uma “função social”, que relembramos imputa aos proprietários e aos cidadãos custos diretos e custos sociais, coloca angustiosas dificuldades no que respeita à determinação de uma linha de fronteira entre as medidas legislativas e administrativas que se situam no âmbito daquela e os atos do poder público que tocam o núcleo essencial do direito de propriedade, de igualdade, de liberdade e de livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1 da CRP).

O problema é que a Constituição não consagra uma obrigação de indemnização para as primeiras, ao passo que nas situações expropriativas que afetam o mencionado núcleo devem ser acompanhadas de uma “justa indemnização”, conforme o artigo 62.º, n.º 2 da CRP.²¹

No final pairará quase sempre, no espectro do indivíduo, do cidadão comum, do trabalhador – proprietário, mesmo que seja cumprido o direito de audiência prévia, de reclamação e de discussão pública dos planos municipais, a ideia de que o direito do proprietário em dispor do gozo pleno e exclusivo de uso, fruição e disposição da coisa corpórea imóvel está, constantemente, em risco pelo facto de a ideia inerente ao raciocínio proposto no teorema do Equilíbrio de Nash, no qual a solução – combinações das decisões entre a elite financeira e a classe política – trazer à colação uma solução de equilíbrio ineficiente, na medida em que o esquema de incentivos e racionalidade induz, tal como o fenómeno do *subprime* o demonstrou, a um resultado pior para a maioria dos cidadãos.

Robert Axelrod, citado por Francis Fukuyama, apresenta assim o dilema do prisioneiro, problema clássico da teoria do jogo:

*«Eu e Sam estamos presos numa cela, e acordamos num plano para tentar a fuga. Se cooperarmos, conseguimos escapar. Mas se eu cumprir a minha parte ao passo que Sam me denuncia aos guardas, serei severamente castigado. Inversamente, se Sam cumprir a sua parte do acordo e eu o denunciar a ele, os guardas recompensar-me-ão a mim. Se ambos denunciarmos, nenhum dos dois ganhará seja o que for. O melhor para nós será cumprirmos ambos os termos do acordo original, mas o risco de Sam me trair é substancial, e eu obterei uma recompensa se o trair a ele. Assim sendo, ambos decidimos denunciar».*²²

Reconhecemos que no jogo do urbanismo verifica-se a síndrome do dilema do prisioneiro com vantagens mútuas na cooperação entre a elite financeira e a governança municipal com interesses egoísticos que vencem a racionalidade da consciência social urbanística por razões sistémicas. De tal forma que nos atrevemos a responder à questão levantada por Maria da Glória F.P.D. Garcia²³ «Será que o direito do urbanismo conseguirá criar o clima social de confiança indispensável ao desenvolvimento de soluções urbanísticas racionais, económicas, eficientes e justas?», afirmando no atual contexto da ciência jurídica, apesar dos anos e anos de investigação científica, não há Direito, nem mesmo o civil, que consiga encontrar as soluções urbanísticas racionais, económicas, eficientes e justas, porque simplesmente a raiz de todos os problemas é sistémica.

²¹ Ver neste sentido Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 816

²² Maria da Glória F.P.D. Garcia, O financiamento do desenvolvimento urbano como problema político e jurídico cit. A Grande Ruptura. A natureza humana e a reconstituição da ordem social, Lisboa, 2000, p. 252 disponível in 1.º Colóquio Internacional, O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo, Actas, Coordenador Prof. Doutor Fernando Alves Correia, Coimbra, Almedina, 2002, p. 63 a 73

²³ Maria da Glória F.P.D. Garcia, ob. cit., p. 73

3.1.3.O direito de propriedade privada do solo e os “direitos” de urbanizar, de lotear e edificar. Uma faculdade jurídico – pública atribuída pelo ordenamento urbanístico, em especial pelo plano?

Considerando que o direito à propriedade privada é reconhecido como um direito fundamental dos cidadãos europeus no artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais, que estabelece que “todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte”, que “ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil” e que “a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral”, cumpre questionar se os direitos de “urbanizar”, de “lotear” e de “edificar” – o “*jus aedificandi*” – são sub-direitos do direito de propriedade privada, estando dependentes de uma autorização permissiva da Administração Pública? Ou, ao invés, os referidos direitos não se incluem na garantia constitucional da propriedade privada, sendo antes o resultado de uma atribuição jurídico – pública decorrente do ordenamento jurídico urbanístico, designadamente dos planos?²⁴

i) A doutrina do “*jus aedificandi*” como uma componente essencial do direito de propriedade do solo.

Uma primeira posição doutrinária é aquela que enquadra o direito de edificar como um direito subjetivo integrante do direito de propriedade ou, como melhor define J. Oliveira Ascensão²⁵, no poder ou faculdade de construção no poder de transformação da coisa, que decorre da faculdade de disposição, não em sentido jurídico, mas em sentido material e económico.

Nos termos do artigo 1305.º do Código Civil “O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”, o que segundo a maioria da doutrina civilista determina que as limitações legais compõem o conteúdo do direito de propriedade privada.²⁶Reforçam a sua linha de pensamento através da inclusão do “*jus aedificandi*” no direito de propriedade do solo, consagrada no artigo 1344.º, n.º 1 do Código Civil, afirmando que o proprietário tem a referida capacidade edificativa quer em altura (solo aéreo), quer em profundidade (subsolo), e, ainda, na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações, no âmbito do exercício do direito de superfície consagrado nos artigos 1524.º, 1525.º e 1534.º do mencionado diploma legal.²⁷ Simultaneamente, e em consonância com a posição civilista do direito de propriedade do solo, J. Oliveira Ascensão defende, tal como M. Neves Pereira, que “o direito de construir é um atributo natural da propriedade imóvel”, apesar de reconhecer que tal direito pode, em casos extremos, ser objeto de limitação ou extinção.²⁸

²⁴ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 831

²⁵ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 831 apud José Oliveira Ascensão, O Urbanismo e o Direito de Propriedade, disponível in Direito do Urbanismo, coord. Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, INA, 1989

²⁶ Cfr. J. Oliveira Ascensão, Direito Civil (Reais), 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 213 e A. Santos Justo, Direitos Reais, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 223 – 226.

²⁷ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 834, apud Diogo Freitas do Amaral, Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia “O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade”, cit., p. 99 - 101

²⁸ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 835, apud José Oliveira Ascensão, O Urbanismo e o Direito de Propriedade, cit., p. 322 e 323



ii) A doutrina do “*jus aedificandi*” como uma faculdade jurídico – pública atribuída pelo ordenamento urbanístico, em especial pelo plano.

Contrariamente à tese civilista, a doutrina publicista defende que o “*jus aedificandi*” é um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário, nos termos e nas condições definidas nas normas jurídico – urbanísticas, em especial através dos planos municipais dotados de eficácia plurissubjectiva, isto é, vinculativa não apenas da administração públicas, mas também dos particulares.

Como principal defensor da aludida tese, salientamos Fernando Alves Correia que sustenta que o direito à edificação, como elemento necessário e natural do direito fundiário, é uma faculdade obtida pela existência de um instrumento de planeamento que, em primeiro lugar, qualifica o solo – como solo urbano – e, em segundo lugar, define o direito à construção. Para sustentar a sua posição socorre-se da posição dominante da jurisprudência constitucional e administrativa que realça que a faculdade de construir apresenta-se como o resultado de uma concessão jurídico – pública em face dos planos urbanísticos.²⁹

iii) A nossa posição à luz da Constituição e da Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio que estabelece as bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo

A elaboração científica da nossa posição é sustentada em três operações fundamentais: a análise jurídica, a concentração lógica e a construção jurídica.

O direito fundamental da propriedade privada, tal como já referimos, caracteriza-se na sua génese pelo reconhecimento ao seu titular de um poder de domínio (*Herrschaftsgewalt*), que se manifesta em duas vertentes: num “poder – ter” (*Haben – Dürfen*), que constitui a componente estática do direito de propriedade; e num “poder – utilizar” (*Gebrauchen – Können*), que constitui a sua componente dinâmica.³⁰

Considerando que o n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia estipula que “a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do

²⁹ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 847 a 856 para além do argumento jurisprudencial, destaca ainda que:

a) A desadequação da tese do “*jus aedificandi*” como uma faculdade imanente ao direito de propriedade à realidade e ao atual direito, pelo simples facto de que o plano é o acto realmente constitutivo da faculdade de construir;

b) A planificação integral do território nacional, impondo aos municípios a elaboração e a aprovação dos planos municipais nos quais, segundo o autor, pressupõe a existência do “*jus aedificandi*” e as condições do seu exercício;

c) O princípio da reserva do plano – subjacente ao artigo 41.º do RJUE que estabelece que “as operações de loteamento só podem realizar-se em áreas situadas dentro do perímetro urbano e em terrenos já urbanizados ou cuja urbanização se encontre programada em plano municipal ou intermunicipal de ordenamento do território” -, que consagra a iniciativa e responsabilidade públicas na elaboração, alteração ou revisão de um plano diretor municipal, plano de urbanização ou plano de pormenor e a respetiva execução objeto de um contrato celebrado entre a câmara municipal e os particulares interessados, nos termos do artigo 6.º - A e 6.º - B do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, lhe atribuir vocação edificativa ou classificar e qualificar como solo urbano, nos termos dos artigos 72.º e 73.º do RJIGT;

d) A existência de mecanismos de garantia do princípio da igualdade em face das medidas dos planos dotados de eficácia plurissubjectiva, constitui, segundo o autor, uma forma mais sensível à correcção das desigualdades decorrentes, *primo*, da atribuição ou concessão do “direito de construir” definidas no plano e, *secundum*, porque entende que o «“*jus aedificandi*” não é um direito originário do proprietário do solo, é mais consentâneo com a adopção de mecanismos de “perequação” dos benefícios e encargos entre os proprietários dos terrenos abrangidos por um mesmo plano, através de uma pluralidade de instrumentos, entre os quais o da recuperação pela comunidade das mais – valias oriundas do plano.».

³⁰ Cfr. Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 802 apud. W. Ernst/W. Hoppe, Das Öffentliche Bau – und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, cit., p. 88

Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados – Membros”.

Considerando que, no n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, a União se compromete a respeitar os direitos fundamentais, tal como garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).

Considerando que o direito à propriedade privada é reconhecido como um direito fundamental dos cidadãos europeus no artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais, que estabelece que “todas as pessoas têm o direito de usufruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte”, que “ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil” e que “a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral”.

Considerando que a função social deste direito limita ou priva o seu conteúdo, desde que seja justificada a utilidade pública ou interesse social, mediante a correspondente indemnização e de acordo com a lei.

Considerando que há muitos exemplos práticos e reais de casos em que toda a administração – central, regiões autónomas e local – são responsáveis pela adoção de modelos urbanísticos insustentáveis com consequências gravíssimas do ponto de vista ambiental, económico e social.

Considerando que o artigo 65.º, n.º 2 alínea c) da C.R.P. determina que todos os cidadãos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, estimulando a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral, a fim de impedir a especulação.

Considerando que o setor da construção civil, que obteve lucros consideráveis durante os anos de rápida expansão económica, é uma das principais vítimas da atual crise dos mercados financeiros, ela própria parcialmente provocada por atividades especulativas no setor imobiliário, e considerando que esta situação afeta não só as empresas, que correm o risco de falência, mas também dezenas de milhares de trabalhadores que arriscam o desemprego devido às insustentáveis políticas de urbanização que foram desenvolvidas e de que agora também são vítimas.

Considerando que os direitos dos proprietários podem ter sido afetados, quer em virtude de terem sido subvalorizados pelo município, quer pelo facto de esses proprietários serem por vezes forçados a assumir encargos de urbanização excessivos, impostos unilateralmente pelo município.

Considerando que o acesso à informação e a participação dos cidadãos no processo urbanístico devem ser garantidos desde o início do processo e que deve ser facultada aos cidadãos informação precisa, clara, simples e compreensível.

Considerando que a atual legislação portuguesa em vigor não consagra uma definição de “interesse geral ou público” devidamente delimitada e que este conceito é utilizado arbitrariamente para aprovar planos, programas e projetos insustentáveis, e em certos casos, para ignorar estudos, relatórios e avaliações ambientais, económicas e sociais de parecer negativo, coloca-se em causa, tal como já fizemos *supra*, a teoria da legítima função urbanística da administração – central e local - no âmbito da concretização da função social do direito de propriedade privada dos particulares.

O atual conceito de direito de propriedade é um conceito – quadro unitário, regulado pela Constituição e pela lei suscetível de integrar múltiplas posições jurídicas ativas e passivas, de conteúdo dinâmico, em razão da criação, modificação ou extinção de relações

jurídicas públicas ou privadas de índole económica, não obstante consubstanciarem razões diversas, por exemplo: ambiental, de foro íntimo, entre outras.

Tendo os governos, nacional e municipais, o monopólio territorial legal e financeiro compulsório, inseridos num sistema económico que é principiologicamente desigual à nascença e cria instabilidade social, não faz sentido entrarmos em interpretações esquizofrênicas ou separatistas que permitam concluir se o direito de edificar é algo inerente à propriedade ou, por seu lado, algo que é adquirido por via do ordenamento urbanístico, em especial pelo plano municipal.

O direito ao ser ciência pressupõe que a sua matéria seja transformada em conceitos e que estes conceitos sejam interpretados em unidade sistemática. O direito deve ser organizado para se simplificar o seu conteúdo, quer quantitativo, quer qualitativo, aumentando a segurança da sua realização.

A análise jurídica rumo a uma construção jurídica consiste no processo de decomposição das regras de direito nas suas unidades elementares, sendo indispensável uma rigorosa terminologia que, em forma abreviada e resumida, nos dê as qualidades essenciais características dum instituto.

Destarte, torna-se imperativo procurar retirar do atual complexo normativo o sentido que o legislador procura dar ao conteúdo do direito de propriedade.

A Lei n.º 31/2014 de 30 de Setembro que estabelece as bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, acaba por consagrar, salvo melhor entendimento, a unidade sistemática, o mesmo é dizer agrega as posições defendidas por civilistas e por publicistas.

Senão vejamos. O atual artigo 4.º, n.º 2 do referido diploma legislativo que determina, no n.º 1 e n.º 2, que «o direito de propriedade privada do solo é garantido nos termos da Constituição e da lei e que os demais direitos relativos ao solo são ponderados e conformados no quadro das relações jurídicas de ordenamento do território e de urbanismo, como princípios e valores constitucionais protegidos, nomeadamente nos domínios da defesa nacional, do ambiente, da cultura e do património cultural, da paisagem, da saúde pública, da educação, da habitação, da qualidade de vida e do desenvolvimento económico e social».

Prevê ainda o n.º 3 do aludido artigo, e não foi à toa que o exaltamos de forma singular, que «a imposição de restrições ao direito de propriedade e aos demais direitos relativos ao solo está sujeita ao pagamento de uma justa indemnização, nos termos e de acordo com o previsto na lei».

Quer isto dizer, salvo melhor entendimento, que o “*jus aedificandi*” é uma componente essencial do direito de propriedade, um direito subjetivo de natureza privada, mas que está genericamente limitado por uma prerrogativa de autoridade estatal que pode consolidar, definindo o *como*, e, em caso extremo, retirar em concreto o conteúdo daquele. O legislador assume, de forma imprecisa e indeterminada, a existência de direitos subjetivos relativos ao solo através da expressão «demais direitos relativos ao solo». Ou seja, trata-se de um conceito indeterminado, i.e. subsumível à categoria de «conceitos elásticos, de natureza não descritiva, que não indicam uma classe de situações individuais, antes expressam de modo difuso factos ou valores nos quais as situações concretas da vida não se podem encaixar com rigor», que concedem, entre outros³¹, «à Administração um amplo espaço de discricionariedade na verificação da existência das circunstâncias que justificam a alteração

³¹ A interpretação dos conceitos imprecisos – no caso concreto a expressão «demais direitos relativos ao solo» - terá que ser concretizada não apenas pela Administração, mas também pela doutrina e, em última instância, pela jurisprudência administrativa e constitucional.

dos planos, desde logo porque elas implicam avaliações técnicas especializadas e juízos de prognose, isto é, avaliações de circunstâncias futuras».³²

Tudo isto nos faz ver quanto é alta e árdua a missão do jurista, e como ele se distingue do empírico e do leigo. O conhecimento científico do direito pede um conjunto de vistas e uma educação muito particular, sensível, não sendo suficiente aprender de cor o material legislativo. É necessário assimilá-lo e servir-se, convenientemente, dele.

De maneira que o plano, nos termos do artigo 65.º, n.º 4 da C.R.P., acaba por funcionar como o elemento ponderador e conformador das relações jurídicas entre privados e entre privados e a Administração, no âmbito das relações jurídicas criadas pelas diversas situações de vida no domínio poligonal ou multipolar urbanístico.

Não podemos concordar com a fundamentação jurisprudencial e de grande parte da doutrina ao concluírem que o direito de construir é um direito exclusivamente de natureza pública, subjacente à regulamentação integral da possibilidade de construir pelo direito público e pela definição, nos planos urbanísticos dos tipos e intensidades de utilização do solo. A este respeito não é demais relembrar as sábias palavras de Fernando Alves Correia para quem “o conceito de propriedade jurídico – constitucional abrange, além da “*proprietatis rerum*” e dos direitos reais limitados, certos direitos obrigacionais, como o direito ao arrendamento, a propriedade intelectual, os direitos de invenção, os direitos de autor, os direitos sobre as marcas e os modelos, os direitos de crédito, a universalidade das coisas e direitos inerentes ao direito de estabelecimento, os direitos sociais, como, por exemplo, as acções, e ainda as posições jurídicas profissionais. Em suma: o direito de propriedade garantido pela Constituição abrange qualquer direito individual de valor patrimonial (...)”³³.

Não será o direito individual de construir um direito de valor patrimonial inerente ao proprietário de um bem imóvel? Tendo presente as diversas coordenadas retiradas da proposta de enquadramento jurídico – constitucional do problema do efeito conformador do plano relativamente ao conteúdo do direito fundamental de propriedade privada, descemos ao nível do caso concreto.

Toquemos nas múltiplas situações em que o ordenamento jurídico – urbanístico nega, no seu Plano Diretor Municipal ou em PEOP, a construção aos proprietários, retirando qualquer capacidade construtiva aos seus terrenos. As denominadas expropriações de plano. Não deverá neste caso o particular lesado, no seu direito individual de construir, ser indemnizado analogamente ao caso de uma expropriação de um terreno (“expropriação em sentido clássico”), no qual nos termos do artigo 25.º, n.º 2 do Código de Expropriações se estabelece um critério concreto de potencialidade edificativa, espelhados na adopção de elementos certos e objetivos, ao consagrar solo apto para construção: “a) o que dispõe de acesso rodoviário e de rede de abastecimento de água, de energia elétrica e de saneamento, com características adequadas para servir as edificações nele existentes ou a construir; b) o que apenas dispõe de parte das infra – estruturas referidas na alínea anterior, mas se integra em núcleo urbano existente; o que está destinado, de acordo com instrumento de gestão territorial, a adquirir as características descritas na alínea a); d) o que, não estando abrangido pelo disposto nas alíneas anteriores, possui, todavia, alvará de loteamento ou licença de construção em vigor no momento da declaração de utilidade pública, desde que o processo respetivo se tenha iniciado antes da data de notificação a que se refere o n.º 5 do artigo 10.º”? Esta ideia vem, atualmente, consagrada nos artigos 15.º, n.º 2 e 17.º, n.º 3 da

³² Ver Jorge Silva Sampaio, *Contratos Urbanísticos de Cariz Atributivo – Ressorcitório disponível in* Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos, Vol. II, Coord: Fernanda Paula Oliveira, Coimbra, Almedina, 2012, p. 471 apud Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 573-574

³³ Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 836 e 837, nota de rodapé (90)

LBPPSOTU que consagra o princípio da compensação ou da justa indemnização constantes do Código das Expropriações ou dos mecanismos de perequação de benefícios e encargos resultantes dos planos territoriais e dos regulamentos municipais ou intermunicipais.

Ora, esta ideia de que o “*jus aedificandi*” é um direito subjetivo de natureza pública que acresce à esfera jurídica do proprietário, não passa, em nossa modesta opinião, num errado exercício interpretativo, de cariz macroeconómico e jurídico, por parte do Tribunal Constitucional, da jurisprudência do STA e da generalidade da doutrina nacional que só admite que o critério da capacidade edificativa seja tido em conta, no âmbito das expropriações de sacrifício, se existir na esfera jurídica do particular um ato administrativo válido ou que tenha sido atribuído por um plano municipal, desde que as disposições deste tenham um tal grau de especificidade ou de concretização que confirmem, por si mesmas, um direito de edificação.

A este respeito Fernando Alves Correia³⁴ afirma que o artigo 15.º, n.º 1 da LBPPSOTU encerra o princípio da aquisição gradual das faculdades urbanísticas – claramente inspirado na Ley de Suelo espanhola de 2008 – no qual o direito de propriedade do solo é efetuada de forma sucessiva e gradual e está sujeita ao cumprimento dos ónus e deveres urbanísticos estabelecidos na lei e nos planos municipais de âmbito municipal ou intermunicipal aplicáveis. Aliás, conclui que o “*jus aedificandi*” não integra o conteúdo essencial do direito de propriedade do solo, é antes uma faculdade atribuída pelo ordenamento jurídico urbanístico, designadamente pelos planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal. Por outro lado, a aquisição do “*jus aedificandi*” e a sua concretização através da edificação não ocorrem instantaneamente, mas de modo gradual e sucessivo, pressupondo a prática de vários actos administrativos, em especial os atos de controlo prévio das operações urbanísticas, e o cumprimento de vários ónus e deveres jurídicos pelos particulares.

Sendo o urbanismo uma atividade dinâmica, sendo a cidade um polo em constante metamorfose, perguntamos qual é a lógica de um determinado particular transferir a sua propriedade sem capacidade edificativa para um terceiro, atendendo ao facto de mais tarde ou mais cedo³⁵, através da alteração ou revisão de um PDM – artigos 93.º a 98.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – ou até mesmo através da elaboração, alteração ou revisão de um plano de urbanização ou plano de pormenor, ou ainda através de plano especial ver conformada ou desconformada tal situação? Qual é a lógica de um particular investir as poupanças de uma vida inteira na aquisição de uma propriedade para construção de um imóvel e, de repente, ver limitado o seu sonho e a sua vontade individual por imposição de um ente público e por um período de tempo indeterminado?

São inúmeras as situações nos municípios em que se constata a supremacia dos princípios da hierarquia mitigada e da contra – corrente, nos quais os planos hierarquicamente inferiores – PU e PP – incluem disposições desconformes ou incompatíveis com o PDM, revogando ou alterando as disposições deste, nomeadamente ao nível da qualificação dos solos. Sabemos que o plano é a representação de que a unidade da lei não é cumprida de forma justa e igualitária, dado que o funcionamento económico, social, ambiental, urbanístico do Estado de Direito está dependente da produção e do comportamento do setor empresarial público, privado e digamos, genericamente, dos cidadãos.

³⁴ Fernando Alves Correia, A Nova Lei de Bases Gerais da Política de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo: Alguns Princípios Fundamentais, disponível in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente n.º 34_Ano XVII_2.14, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 12 e 13

³⁵ Na verdade a alteração dos planos municipais e dos planos especiais de ordenamento do território só é, nos termos do artigo 95.º, n.º 1 do RJIGT (D.L. n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, admissível decorridos três anos sobre a respetiva entrada em vigor ou sobre a sua última revisão. Contudo, o legislador consagrou, logo no artigo 95.º, n.º 2 do referido diploma legal, diversas exceções ao denominado princípio da duração mínima ou da estabilidade» daqueles planos, permitindo a alteração dos PMOT, sempre que se verifiquem determinados pressupostos de facto e de direito, ainda que não tenha passado o prazo – regra mínimo de 3 (três) anos desde a sua entrada em vigor.

A ciência jurídica não deve promover o magnífico e solitário castelo de marfim inerente ao funcionamento de um sistema económico e financeiro montado para promover a desigualdade social, distante dos rumores do dia, tem de entrar na vida, seguir-lhe os movimentos e as aspirações, perscrutar as necessidades que a fazem pulsar, sempre consciente da advertência que não é a vida que deve adaptar-se ao direito, mas sim o direito à vida.

O direito de propriedade consubstancia, em nossa opinião, os direitos subjetivos de natureza privada de edificar e de lotear e urbanizar que são direitos relativos ao solo, consagrados no artigo 4.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio. Contudo, a permissão normativa específica do aproveitamento da propriedade e dos respetivos direitos inerentes à utilização do solo são moldados e ponderados pela *potestatis* de autoridade do município, através de uma situação jurídica ativa de natureza complementar, não atributiva e relativa, que modifica objetivamente o conteúdo do direito com o fundamento da função social da propriedade privada e da execução de políticas públicas urbanísticas.³⁶

O próprio artigo 26.º, n.º 12 do atual Código de Expropriações ajuda-nos a sustentar a nossa posição, ao consagrar que «*no caso dos solos serem classificados como zona verde, de lazer ou para instalação de infra – estruturas e equipamentos públicos por plano municipal de ordenamento do território plenamente eficaz, cuja aquisição seja anterior à sua entrada em vigor, o valor de tais solos será calculado em função do valor médio das construções existentes ou que seja possível edificar nas parcelas situadas numa área envolvente cujo perímetro exterior se situe a 300 metros do limite da parcela expropriada.*», ou seja, subsume-se que antes da existência de planos, o direito de edificar era visto como parte integrante do direito de propriedade ou pelo menos era tido para efeitos indemnizatórios. O que mudou então?

Não muito. Apenas a falta de vontade em utilizar dados macroeconómicos e a lógica para se fazer um correto entendimento relativamente à verdadeira função dos planos e das políticas públicas a ele inerentes, o que significa destruir ou eliminar o direito de propriedade privada de quem trabalhou para o alcançar, em detrimento da manutenção de um sistema talhado para promover a desigualdade social, não obstante o facto de poder consagrar um ou mais valores constitucionais protegidos: defesa nacional, ambiente, cultura, paisagem, saúde pública, educação, habitação, qualidade de vida, desenvolvimento económico e social.

O problema é que a tal ideia de ordenamento do território, da dinâmica das cidades traz um custo social à generalidade dos cidadãos. Daí que não podemos concordar, novamente, com Fernando Alves Correia quando afirma que “um sistema jurídico que se baseie no princípio fundamental da liberdade de construção e que considere, em traços gerais, o “*jus aedificandi*” como uma resultante da garantia constitucional do direito de propriedade do solo, tende, em regra, a dar relevo apenas a um tipo de medidas do plano urbanístico que violam o princípio da igualdade, precisamente aquelas que se traduzem em “expropriações”, quer se trate de expropriações em sentido clássico, isto é, de expropriações translativas do direito do solo do particular para a Administração, quer de expropriações que sacrificam o “*jus aedificandi*” do proprietário do solo por motivos de interesse geral.”³⁷.

³⁶ Jacqueline Morand – Deviller, Droit de l’urbanisme, 3e édition, Mémentos Dalloz – série droit public – science politique, Paris, Dalloz, 1996, p. 97. Também assim, HENRY JACQUOT E FRANÇOIS PRIET, Droit de l’urbanisme, 4e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 449 salienta o facto de os loteamentos urbanos constituírem, originalmente, uma actividade puramente privada, cuja regulamentação se impôs a partir do momento em que se sentiu a necessidade de controlar a implantação desordenada de construções no território.

³⁷ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 – 972 – 40 – 3571 – 0, p. 851

A nossa posição vai ao encontro, em linhas gerais, à posição sustentada pelo sistema jurídico alemão que se preocupa tão só com as intervenções (*Eingriffe*) da Administração Pública no “*jus aedificandi*” que merecem o qualificativo de expropriações, deixando de lado as medidas do plano de conteúdo não expropriativo e que se traduzem na definição de tipos e de intensidades diferentes de utilização do solo, as quais atingem muitas vezes proprietários de terrenos, situados uns ao lado dos outros. O intérprete e o aplicador do direito não podem ignorar a desigualdade inerente à classificação e qualificação dos solos e consequente valorização dos terrenos.³⁸

Torna-se legítimo colocar, deste modo, o problema da não concretização do princípio da igualdade material em face das medidas do plano sob o ângulo do princípio do tratamento igual (*Gleichbehandlung*) dos particulares à Administração, vincando a ideia de que não se pode atribuir um benefício maior a uns do que a outros.

Sabemos que é imperativo que o legislador adopte medidas compensatórias entre os vários proprietários dos terrenos, visando uma repartição, tão igual quanto possível, dos benefícios e dos encargos derivados do plano. Perguntamos, por isso, se é legítima a natureza subsidiária do dever de indemnizar, nos termos do n.º 1 do artigo 143.º do RJIGT, quando os critérios perequativos que, segundo a unanimidade da doutrina, visam uma maior igualdade real dos benefícios e encargos derivados da atividade administrativa urbanística, e cuja definição a legislação remete para os municípios³⁹, são raramente definidos naquela sede?

A ausência de aplicação de critérios perequativos, na generalidade dos municípios, no que se refere às situações integrantes no conceito de «expropriações de plano», apesar de a legislação vigente consagrar critérios abstratos, leva-nos a sugerir a inversão da aplicação dos critérios de indemnização legalmente estabelecidos, privilegiando-se o dever de indemnizar nos termos do artigo 143.º do RJIGT em consonância com os princípios da liberdade de construção e igualdade real entre proprietários consubstanciados nos artigos 25, n.º 1 e n.º 2 e 26.º, n.º 1 e n.º 12 do Código de Expropriações. Esta ideia vem, aliás, consagrada nos artigos 4.º, n.º 3, 15.º, n.º 2 e 17.º, n.º 3 e 71.º, n.º 2 alínea a) da atual LBPPSOTU que determinam que a «inexistência das faculdades urbanísticas referidas no número anterior não prejudica o disposto na lei em matéria de justa indemnização devida por expropriação.»⁴⁰

A este respeito não é demais relembrar as sábias palavras de George Sutherland⁴¹, Juiz do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos sobre o direito de propriedade “Não é o direito de propriedade que é protegido, mas o direito à propriedade. Propriedade, por si, não tem direitos. No entanto, o indivíduo – o homem – tem três grandes direitos, igualmente sagrados perante a interferência arbitrária: o direito à sua vida, à sua liberdade e à sua propriedade (...) Os três direitos estão tão interligados que são na verdade um direito.

³⁸ Fernando Alves Correia, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978 - 972 - 40 - 3571 - 0, p. 851

³⁹ Jorge Carvalho, Fernanda Paula Marques de Oliveira, Perequação, Taxas e Cedências, Administração Urbanística em Portugal, 3.ª Reimpressão da edição de Fevereiro/2003, Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-1826-3, p. 46 e 47

⁴⁰ No entanto, os problemas do passado mantêm-se no presente, na medida em que o carácter subsidiário do dever de indemnização mantêm-se, nos termos do artigo 171.º, n.º 6 do Decreto – Lei n.º 80/2015, de 14 de Maio, “a indemnização a que se refere os números anteriores segue o regime previsto no Código das Expropriações” quando a compensação por métodos perequativos não seja possível.

⁴¹ George Sutherland foi um juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça dos E.U.A., nascido no estado de Utah, e que ganhou especial reconhecimento no tema do controlo judicial de políticas públicas com o proferimento de decisões judiciais nas quais foram declarados inconstitucionais uma série de pacotes legislativos referentes à política pública do New Deal levada a cabo pelo Presidente *Franklin Delano Roosevelt*. Para uma maior investigação científica e jurídica do trabalho levado a cabo por *George Sutherland*, indicamos como referência o artigo jurídico de *Andrew M. Morse*, *The New Respect for Justice George Sutherland*” disponível in *Utah Bar Journal*, Volume 25, N.º 5, p. 18 a 24

Garantir ao Homem a sua vida mas negar-lhe a sua liberdade, é retirar-lhe tudo o que dá valor à sua vida. Garantir-lhe liberdade mas retirar-lhe a sua propriedade que é resultado do fruto do seu trabalho e símbolo da sua liberdade é mantê-lo como escravo.”⁴² Ou até mesmo na pequena mas riquíssima lição de António Maria M. Pinheiro Torres⁴³ na qual defende que “No âmbito de direitos, liberdades e garantias, como direitos fundamentais, encontramos o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à liberdade, o direito à identidade, o direito ao trabalho, o direito à propriedade privada, o direito à constituição da família, o direito à educação dos filhos, liberdade religiosa, cultural, entre outros. (...) Os direitos do Homem apresentam-se como figuras primariamente de direito natural, hoje de direito internacional. Os direitos do Homem são portanto universais e eternos, sejam ou não reconhecidos pelos vários direitos positivos ao longo do tempo e do espaço. (...) A Carta das Nações Unidas (1945) faz-lhe várias referências no seu preâmbulo, fixando os seus objetivos. E depois na ONU em 1948 é assinada em Paris a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e em 1950 a Convenção dos Direitos do Homem.”

A nova LBPPSOTU é um verdadeiro exercício de antinomia jurídica que, por um lado, determina que o direito de edificar resulta de uma faculdade atribuída pelo ordenamento jurídico – artigo 15.º, n.º 1 - e, por outro lado, determina que a inexistência das faculdades urbanísticas não prejudica a aplicação do princípio da justa compensação ou indemnização nos termos do disposto na lei em matéria de justa indemnização devida por expropriação – artigo 15.º, n.º 2 e artigo 17.º, n.º 3 – aplicando-se os artigos 25.º, n.º 2 e 26.º, n.º 12 do Código das Expropriações na definição do valor de mercado normativamente entendido do solo objecto de expropriação.

Posto isto, resta-nos concluir que efetivamente, sem separatismos, o direito de edificar é parte integrante da permissão normativa específica de aproveitamento do direito de propriedade por parte de um determinado sujeito jurídico – proprietário, superficiário, agente eco-

⁴² Paul L. Poirot, Cliché #9 – *Human Rights are more importante than property rights*, disponível in <http://mises.org.pt/posts/artigos/cliche-9-os-direitos-humanos-sao-mais-importantes-do-que-direitos-de-propriedade/> no qual refere ainda que “O *Bill of Rights* nos Estados Unidos da América não reconhece qualquer distinção entre propriedade privada e outros direitos humanos. A proibição contra buscas e apreensões despropositadas abrange “pessoas, casas, documentos e outros bens pessoais”, sem discriminação. (...) Os pais fundadores dos EUA entenderam que um homem ou mulher sem direitos de propriedade – sem o direito ao fruto do seu trabalho – não é um ser livre. Ver, neste sentido, Armen A. Alchian, *Property Rights*, disponível in <http://www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html>

⁴³ Cfr. António Maria M. Pinheiro Torres, *Direitos do Homem*, Lisboa, Prefácio, 2010, ISBN 978-989-652-071-7, p. 39 e 40 e no qual salienta-se ainda o prefácio escrito por António Marques Bessa, *Uma Reflexão Sobre o Direito*, onde “*neste momento não há direito ao trabalho, à família, ao bom nome e reputação, à educação, à saúde integral e mais um sem fim de direitos que seria inútil seriar. É um bem político tê-los, mas não servem para nada. Tem que se pagar para ter esses direitos que o Estado não garante e aí aparece o rico e o pobre. Depois a seguir, aos chamados direitos sociais vão os direitos fundamentais porque não há poder político que os possa sustentar. Tal foi a gestão dos direitos que estes acabaram por subverter a sociedade, protegendo ladrões, corruptos, homens de mão, preguiçosos, devassos dignos de Sodoma e Gomorra, patetas, imbecis comprovados, gangs de mafiosos, gente mal-afamada, pilhadores de galinhas, até aos mais altos funcionários do Estado e Empresas que desviaram consideráveis fundos em seu próprio benefício. Mas que é que se esperava: Anjos para nos governar? Nesta decadência Portugal vai adiantando neste sistema romano de fazer leis e decreto – lei, num processo de imposição de interesses de minorias sexuais, de pequenas reivindicações ecológicas, de interesses de grupos que surgiram no país por acaso e que não são do país, mas querem direitos. Suponho que isto acabará mal. (...) Quando Deus quis criar um Código para as suas criaturas, como se vê na Bíblia, fê-lo por exclusão de partes: façam tudo o que lhes apetecer, menos isto que vos digo: tudo indica que se trata de oito comandos negativos. Para melhorar a vossa natureza e não esquecer quem vos deu a vida: façam mais duas coisas simples (que eram comandos positivos): Gostem de Mim e gostem do Próximo. Não mandou cair do céu catrapásios confusos para os advogados virem criar quezílias. E Isso chegava para o Altíssimo. Não chego a perceber que para viver numa sociedade menos complicada que a Etérea, sejam precisos milhares de leis contraditórias, milhares de injunções, milhares de tentativas de controle da vida onde o Grande Código nos dava grande liberdade. Afinal quem é o Grande Ditador?”.*



nómico urbanizador⁴⁴, cuja concretização é ponderada e conformada no quadro das relações jurídicas de ordenamento do território e de urbanismo pela administração central e local.

Tal entendimento obrigará certamente a Administração a um exercício de planificação, programação, eficiência, sustentabilidade financeira e de coesão territorial e social muito mais ponderado, digno do tão em voga denominado urbanismo de contenção, e, ao mesmo tempo, a uma participação mais ativa da sociedade civil no exercício da cidadania em prol do cumprimento homogêneo dos direitos fundamentais.

4 – Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e de outras entidades públicas por factos lícitos

Depois de manifestada a nossa posição, independentemente de ter sido feita à luz do quadro normativo em vigor, a verdade é que a mesma é aplicável à sentença em análise, relembrando sempre o princípio determinante na aplicação do direito do *tempus regit actum*.

Todavia, antes mesmos de concluirmos, cumpre dar nota do entendimento vertido na sentença relativamente à verificação conjunta dos pressupostos legais de responsabilidade civil previstos no artigo 9.º, n.º 1 do D.L. n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967 e no artigo 143.º do RJIGT.

É notório que a aludida sentença faz uma interpretação extensiva da tese do STA vertida, por exemplo, no Ac. de 05.11.2013, que defende a obrigatoriedade cumulativa dos requisitos: a revisão ou alteração do instrumento de planeamento ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor; a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

É igualmente visível que se socorre da posição perfilhada por Cláudio Monteiro⁴⁵ que equipara ao conceito jurídico de “licenciamento prévio válido” todos os atos que constituam – ou consolidem - o direito de construir em termos análogos aos da licença de obras de edificações, entre os quais se incluem, inquestionavelmente, a informação prévia favorável e a aprovação do projeto de arquitetura, bem como os contratos sobre o exercício de poderes urbanísticos, quando deles resulte uma vinculação da câmara municipal ao licenciamento.

Consequentemente, nesta sentença, a aprovação de um anteprojecto de construção no longínquo ano de 1970, a submissão de um novo projeto no ano de 1981 no qual o terreno denominado “...” foi inserido num espaço qualificado como urbano com índice de construção de 1,5 permitindo-se a construção de 15.000m² acima do solo, no caso de equipamentos hoteleiros e similares”, a emissão de parecer pelos serviços de Urbanização da Câmara Municipal de “...” aprovado em reunião de Câmara, são atos garantísticos que consubstanciam o direito de edificar.

Deste modo, a entrada em vigor do POOC e a imposição das condicionantes no terreno da Autora, bem como a existência de habitações coletivas e de infra – estruturas rodoviárias e ferroviárias nos terrenos adjacentes levam à conclusão da especialidade e anormalidade da lesão que provocou um dano anormal, isto é, a perda do direito a edificar.

5 - Conclusão

Em suma, a ideia que queremos transmitir é a de que a classificação e a qualificação dos solos por parte da Administração reduzem ou confirmam o conteúdo do direito à propriedade de bens imóveis. Se a governança estadual ou municipal não permite ao comprador vender

⁴⁴ Neste sentido, Henri Jacquot e François Priet, *Droit de l’urbanisme*, 4e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 449

⁴⁵ Cláudio Monteiro, A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o sacrifício de faculdades urbanísticas”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 91, Janeiro/Fevereiro de 2012, páginas 3 e seguintes.

ou colocar no mercado determinados direitos subjetivos de valor patrimonial pertencentes ao conteúdo do direito de propriedade privada estão automaticamente a reduzir a sua utilidade económica.

Facto é que, em nossa opinião, a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Administrativo vacilam, independentemente das palavras utilizadas para racionalizar as suas decisões, no tocante às denominadas restrições de utilidade pública constantes dos instrumentos de planificação e gestão territorial com eficácia plurissubjectiva que reduzem o conteúdo do direito de propriedade privada, limitando a utilidade económica do bem.

Destarte, não fará muito sentido, pelo menos do nosso ponto de vista, escapelizar o teor do artigo 143.º do RJIGT – hoje artigo 171.º do D.L. n.º 80/2015, de 14 de Maio – visto que o conteúdo do direito de propriedade alberga o direito de construção. Qualquer atuação da administração que elimine ou reduza substancialmente esse direito, gera automaticamente na esfera do particular um dano anormal e grave, logo susceptível de gerar um direito à indemnização pela limitação da utilidade económica do bem⁴⁶, devendo o cálculo de tal valor ser realizado nos termos do Código das Expropriações.

Jorge Meira Costa

Advogado, mestrando em Administrativo na Escola de Direito da Universidade do Minho

⁴⁶ Ver neste sentido Carlos José Batalhão, Era uma vez a capacidade de construir... E a “justa” indemnização! disponível in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente n.º 33, Ano XVII, 1.14, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 83-107; Armen A. Alchian and Harold Demsetz, The Property Right Paradigm disponível in The Journal of Economic History, Vol. 33, No. 1, The Tasks of Economic History (Mar., 1973), pp. 16-27 et al.