

A intangibilidade da obra pública: Fim à vista?

Resumo

O princípio da intangibilidade da obra pública, de criação jurisprudencial, em 1853, foi assumido no país de origem, a França, na Itália e, em Portugal, pelos tribunais da jurisdição cível. A partir do início da década de noventa do século passado, por influência da doutrina francesa e italiana e, principalmente, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, foi sendo aplicado de uma forma mais mitigada, e, inclusivamente, repudiado pelo legislador italiano. Pretende-se dar uma ideia da sua evolução e situação atual.

1. Introdução¹

Eu reconheço que não me acostumo a ver o arbitrário penetrar por todo o lado, e um tão grande Estado ter magistrados sem que se lhes possa apresentar queixas. Eu sei que se dirá que isso entravarão tudo, mas eu sei que não entravarão nada e que isso impedirá novos abusos...”acostumando-se a jogar com a propriedade, ela é violada; e daí resultam abusos revoltantes, que descontentam a opinião pública”. Isto disse NAPOLEÃO, em 29 de setembro de 1809, referindo-se à legislação que implementou sobre as expropriações por causa de utilidade pública, no que se refere à transferência para os tribunais de competências até aí exclusivas da Administração².

Em dezembro de 2004, ANDRÉ FOLQUE, em comentário ao acórdão da 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de fevereiro de 2001, adiante referido, escreveu: “É particularmente difícil não nos deixarmos impressionar pela conduta usada pelas autoridades municipais, quando seria legítimo supor que as garantias da propriedade privada tivessem encontrado já sedimentação na atividade administrativa. Não é assim ao que parece, e nem infelizmente esta situação parece invulgar”. Em nota de rodapé, cita diversos casos em que “o Provedor de Justiça conclui pela procedência de queixas relativas a situações congêneres contra autoridades municipais das mais variadas regiões”³.

Em 29 de agosto de 2013, o JORNAL DE NOTÍCIAS (p.21), com o título “Cedeu terreno para alargar rua mas cortaram a mais”, noticiava o caso de um proprietário ter cedido à

¹ **BIBLIOGRAFIA:** CHARLES DEBBASCH / JACQUES BOURDON //JEAN-MARIE PONTIER / JEAN-CLAUDE RICCI, *Institutions et droit administratifs*, 3 – Biens, Expropriation et Travaux Publiques, PUF – Paris, 1ª edição, 1982, p. 327 ; FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 360 ; JEAN-MARIE AUBY / PIERRE BON, *Droit administratif des biens*, Précis Dalloz – Paris, 3ª edição -1995, p. 318 ; JEANNE LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, Economica – Paris, 2ª edição, 2001, p. 292 ; MARTINE LOMBARD / GILLES DUMONT, Paris, Dalloz, 7ª edição, 2007, p. 457; PHILIPPE GODFRIN / MICHEL DEGOFFE, *Droit Administratif des biens*, Dalloz-Sirey Université, Paris, 8ª edição, 2007, p. 314 ; RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo 2, Montchrestien – Paris, 5ª edição, 1991, p. 445.

² M. SERRIGNY, *Révue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, Cottillon Éditeur, Librairie du Conseil d'État, 1858, p. 98.

³ « Antes de ser expropriado, já o era... », Cadernos de Justiça Administrativa, nº 48, novembro / dezembro de 2004, p. 31.

freguesia, em fevereiro de 2008, uma faixa de terreno para o alargamento de uma rua. Tratava-se, pelos vistos, de uma obra da competência da câmara municipal, delegada na junta de freguesia, ao abrigo do disposto no artigo 66º da Lei nº 169/99, de 18 de setembro. Passou-se ano e meio sem a obra estar concluída. A saga do proprietário começou quando verificou que foi ocupada uma área superior à negociada. Tentando resolver o assunto, dirigiu-se à Câmara Municipal, onde foi informado de que a explicação para o sucedido era do executivo da freguesia, cujo presidente prometeu repor a legalidade, não sabendo quando, mas adiantando que houve lapso do empreiteiro que retirou mais de um lado que do outro. De empurrão em empurrão, o assunto não está resolvido. Cabe referir que o alijar de responsabilidades, fazendo recair estas sobre aquele que se encontra no fim da linha, neste caso o empreiteiro, não tem justificação, porque a câmara municipal, como delegante, tem poder de controle e fiscalização sobre o delegado, e este sobre o empreiteiro.

À distância de dois séculos, o problema é sempre o mesmo: a prepotência da Administração e o desrespeito por um direito fundamental dos cidadãos, que é o da propriedade privada, de foro constitucional e inclusivamente (felizmente, até) de tratados internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os casos referidos ao longo deste trabalho são, entre muitos outros, exemplos perfeitos do que afirmamos.

Com frequência, para a realização de obras públicas, ocupam-se prédios particulares ao arrepio dos respetivos procedimentos de aquisição, amigável ou através de expropriação. E não é só em Portugal que tal acontece. O mal propagou-se de tal forma que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi chamado a decidir sobre a matéria centenas de vezes, sendo essas intervenções decisivas para se ir abandonando práticas abusivas que obtinham a cobertura dos tribunais, com o fundamento de que as obras públicas são intocáveis. A obra pública era uma espécie de “vaca sagrada” intangível, qualquer que fosse o grau de ilegalidade na sua execução, incluindo a via de facto.

Essa ideia foi-se enraizando e transformou-se em brocardo, designado por **princípio da intangibilidade da obra pública**, que foi assumido pela primeira vez na decisão do CONSELHO DE ESTADO francês de 7 de julho de 1853 (caso *Robin de Grimaudière*), a ele se referindo E. LAFERRIÈRE no sentido de que o interesse geral opõe-se a que ele afete as obras públicas estabelecidas para servir este interesse⁴. Na mesma linha de pensamento, M. HAURIOU considerou a expropriação indireta “uma ideia fecunda e verdadeiramente criadora”⁵. De acordo com o princípio, toda a obra pública, mesmo mal implantada, não podia ser destruída senão pela administração, estando vedado aos tribunais ordenar a sua demolição. O poder judicial não podia intervir na atividade administrativa.

2. Figuras jurídicas relacionadas

a) O princípio da intangibilidade de obra pública, em declínio acentuado, está relacionado com algumas figuras jurídicas que ganharam forma a partir de meados do século XIX e que são inadmissíveis num estado de direito. Nos países europeus latinos, a violação pela Administração Pública do direito de propriedade privada é frequente e, com a exceção de Espanha, tem obtido a cobertura dos tribunais, embora tal estado de coisas venha mudando,

⁴ *Traité de la Jurisdiction Administrative*, tome 2, 2ª édition speciale, 1896, p.647, citado por CHRISTINE MAGÜÉ, em «Tangibilité de l'ouvrage public », *Internet – dalloz-etudiant.fr/* e por RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo 2, Paris – Montchrestien, 5ª edição – 1991, p- 445.

⁵ Citado por RENÉ HOSTIOU, em « La Cour Européenne des Droit de l'Homme et la Théorie de l'Ex-propriation Indirecte », <http://www.rtdh.eu/pdf/2007385-pdf>.

adivinhandando-se estar a chegar o seu fim, com muito mérito da doutrina, principalmente francesa e italiana, e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Quando a administração, para a realização de uma obra pública invade um terreno privado ao arrepio dos procedimentos legais, a situação de facto criada pode ser considerada, nos casos mais graves, uma *via de facto* (voie de fait) e, quando a violação da propriedade for mais leve, uma *apropriação ou ocupação irregular* (emprise irrégulière). A situação de facto ilegal tem um tratamento jurídico, uma solução, a que se chama *expropriação indireta* ou *expropriação de facto*, que surgiu como uma necessidade de dar cobertura ao princípio de que na obra pública não se toca. Em Itália, foi criada a figura jurídica da *ocupação aquisitiva*.

b) *Via de facto*⁶– A formulação da teoria da via de facto surgiu verdadeiramente nas conclusões do comissário do Governo Léon Aucoc no processo do Conselho de Estado francês de 9 de maio de 1867, caso Duc d’Aumale, embora já anteriormente fosse referida em algumas decisões, inicialmente abarcando apenas o direito de propriedade, mas alargando posteriormente o seu âmbito às liberdades fundamentais. Opõe-se à via de direito ou via legal e supõe uma operação material da administração cometida à margem de todo o fundamento legislativo ou regulamentar.

A via de facto era definida como a atuação da administração que causa “prejuízo grave à propriedade privada ou a uma liberdade fundamental”. Esta noção foi, contudo, reformulada pelo TRIBUNAL DE CONFLITOS francês, em acórdão nº 3911, de 17 de junho de 2013 para “prejuízo à liberdade individual ou que conduza à extinção do direito de propriedade⁷. Esta nova definição clarifica a fronteira entre via de facto e apropriação irregular, adiante referida, no que respeita designadamente às servidões administrativas, as quais não implicam a extinção do direito de propriedade mas apenas a imposição de restrições.

Tradicionalmente, entendia-se que existiam duas variedades de via de facto, por *falta de direito* e por *falta de procedimento*, às quais JEAN WALINE e GILLES LEBRETON acrescentam uma terceira, que é a via de facto por *falta de motivo adequado*, a qual remonta a 1984, mais propriamente à sentença do TRIBUNAL DE CASSAÇÃO CIVIL de 28 de novembro de 1984 (casos Bonnet, Buisson e Listzman). Neste caso, a via de facto resulta de um ato que se liga à aplicação de um texto cujo único erro é o de repousar sobre um motivo radicalmente diferente daquele que nesse mesmo texto está previsto.

A via de facto inclui aqueles casos em que existe o direito e o procedimento correto, em que o ato administrativo em si mesmo não é irregular, mas sim as modalidades da sua execução. A constituição de uma via de facto pressupõe uma decisão positiva ou de recusa

⁶ **BIBLIOGRAFIA** : CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999, p. 298; FERNANDO ALVES CORREIA, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982, p. 172, e *Manual de Direito do Urbanismo*, II, Coimbra, Almedina, 2010, ps. 352 e 403; GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 5ª edição, 1989, p. 772; GUIDO CORSO, *Ma-nuale di Diritto Amministrativo*, G.Giappichelli Editore – Torino, 3ª edição, 2006, p. 238 ; JEAN WALINE, *Droit administratif*, Dalloz Précis, 22ª edição, 2008, p. 550; GILLES LEBRETON, *Droit administratif général*, Paris, Cours Dalloz, 4ª edição, 2007, p. 349; GUY BRAIBANT / BERNARD STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences PO et Dalloz., 7ª edição, 2005, ps. 218, 311 e 536; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1981, p. 202; MARCEAU LONG / PROSPER WEIL / GUY BRAIBANT / PIERRE DEL-OLVÉ / BRUNO GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 12ª edição, 1999, ps. 68, 309 e 699; MARTINE LOMBARD / GILLES DUMONT, Paris, Dalloz, 7ª edição, 2007, ps. 243, 244, 382 e ss., 446 e 450; M. MICHEL HUYGHE / M. PIERRE NEUMAYER, *Mémento pratique Francis Lefebvre (Urbanisme – Construction)*, 2000-2001, 1999, p. 543 ; OLIVIER LE BOT, « Maintenir la voie de fait ou la supprimer ? Considérations juridiques et d’opportunité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, en <http://rdlf.upmf.grenoble.fr/>, em 20 de novembro de 2012 ; RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, 2, Paris, Montchrestien, 5ª edição, 1991, p.445 ; SERGE PETIT, *La voie de fait administrative*, PUF - Que sais je?, Paris, 1ª edição, 1995, ps..19, 32, 33, 35 e 38 ;

⁷ www.legifrance.gouv.fr/.

da administração, uma atividade ou uma abstenção administrativa, englobando os atos que não entram nas atribuições da administração ou para os quais esta não tem competência e ainda o comportamento da administração quando age com fundamento num texto que não está em vigor e quando executa irregularmente um ato administrativo.

É imprescindível para a existência da via de facto que ela seja *insuscetível de responder a um poder pertencendo à autoridade administrativa*⁸, sendo esta característica que estabelece a diferença entre a via de facto e a apropriação irregular.

São exemplos de via de facto a ocupação de um terreno antes de qualquer procedimento de expropriação, sem acordo do proprietário, sem ato autorizativo e ainda aqueles casos em que a administração se apodera dos bens particulares após a anulação pelo tribunal administrativo do ato de declaração de utilidade pública. Pressupõe um atentado às liberdades públicas ou aos direitos fundamentais.

Para FERNANDO ALVES CORREIA, a via de facto não se caracteriza pela falta de alguns requisitos do ato expropriatório, mas sim “por um ataque grosseiro à propriedade do particular por meio de factos onde não se pode encontrar nada que corresponda ao conceito de expropriação”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ classificam a *via de hecho* como “uma atuação jurídicamente viciada, um abuso grave da prepotência da Administração à margem do direito”, “uma nulidade de pleno direito na atuação fáctica administrativa, não coberta nem justificada no direito”, “indigna de toda a proteção”.

*c) Apropriação ou ocupação irregular (emprise irrégulière)*⁹ - Esta teoria caracteriza-se por respeitar apenas à posse de um imóvel, e não ao direito de propriedade nem às liberdades individuais, como sucede com a via de facto, além de configurar uma ilegalidade simples e leve.

Quando acontece uma operação ilegal da Administração, ela constitui ou uma via de facto ou uma apropriação irregular. A importância da qualificação das situações concretas como via de facto ou apropriação irregular é relevante em França para determinar a competência dos tribunais. A via de facto é da competência dos tribunais judiciais, a apropriação irregular dos tribunais administrativos. Estes assumem essa competência quando têm de julgar a Administração como tal, no exercício de um poder próprio, ou seja, nos casos de apropriação irregular. Já assim não é em caso de via de facto, porque, então, a Administração não tem qualquer poder para intervir sobre a propriedade.

Ao contrário da via de facto, a apropriação irregular pressupõe um ato administrativo, uma base jurídica anterior, que é ultrapassada. Na via de facto, não há qualquer apoio jurídico.

Constituem ocupações irregulares: O desrespeito de uma convenção de servidão que permitia à Administração ocupar uma faixa de terreno, com a largura de sete metros, sobre a qual deveriam ser efetuados trabalhos de arranque de árvores, indispensáveis para permitir a colocação de canalizações e obras, consubstanciando no alargamento da mesma faixa para dezassete metros, sem acordo dos proprietários¹⁰; a implantação em 1983, sem procedimento legal nem consentimento dos proprietários, de um poste em betão destinado a suportar uma

⁸ TRIBUNAL DE CASSAÇÃO, 1ª Câmara civil, 28 de novembro de 1984, nº 83-14.046, e TRIBUNAL DE CONFLITOS s, 23 de outubro de 2000, nº 3227, ambos em www.legifrance.gouv.fr/; Acórdão do RELAÇÃO DE LISBOA de 19 de janeiro de 1988, recurso n. 24309, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, 1988, tomo 1, p. 120.

⁹ **BIBLIOGRAFIA:** FERNANDO ALVES CORREIA, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982, p. 175, GUY BRAIBANT / BERNARD STIRN, *Le droit adminis-tratif français*, Paris, Dalloz, 7ª edição, 2005, p.536; JEANNE LEMASURIER, *Le droit de l'expro-priation*, Paris, Économica, 2ª edição, 2001, ps. 323 e 526; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p. 205; M. MICHEL HUYGHE / M. PIERRE NEUMAYER, *Mémento prati-que Francis Lefebvre (Urbanisme – Construction)*, 2000-2001, 1999, p. 543.

¹⁰ TRIBUNAL DE CONFLITOS francês, decisão de 23/04/2007, nº 3590, www.legifrance.gouv.fr/.

linha elétrica de baixa tensão¹¹; a implantação de uma rede de alimentação da água potável pela comuna¹²; a implantação de um coletor de águas usadas no subsolo de um terreno¹³; uma concessão funerária de terreno que antes tinha sido concedido perpetuamente a outra pessoa¹⁴. O campo predileto da ocupação irregular é o das servidões administrativas, nas quais não existe uma aquisição do direito de propriedade, mas apenas um encargo sobre o mesmo.

Coloca-se o problema de saber se a inércia dos proprietários durante um longo período de tempo não corresponderá a um *consentimento tácito* na realização da obra pública, que terá como consequência a não qualificação como via de facto e sim como ocupação irregular. Este tema é profusamente dissecado pela Comissária do Governo Mme. Anne-Marie Battut, a qual conclui em sentido positivo¹⁵. É esta a posição da jurisprudência recente do TRIBUNAL DE CASSAÇÃO francês, para o qual a aceitação tácita da obra pública pelo proprietário, que se deduz do tempo passado depois da tomada de conhecimento dos factos, e ainda da situação e da visibilidade da obra pública, constitui obstáculo à aplicação da via de facto¹⁶. Porém, o Conselho de Estado, no acórdão de 6 de novembro de 2009, já citado, considerou que ao silêncio dos proprietários desde a implantação do coletor não tem qualquer incidência sobre a regularidade da ocupação.

d) *Expropriação indireta ou expropriação de facto*¹⁷ – A secular teoria da expropriação indireta ou expropriação de facto, a que SANDULLI chama “uma espécie de conciliação entre o diabo e a água santa”, de origem doutrinal e aceite pela jurisprudência, foi criada para salvaguarda da intangibilidade da obra pública, quando irregularmente efetuada. Constitui um modo de aquisição forçada de propriedade imobiliaria pela administração, quando esta, no decurso de uma operação administrativa (por exemplo, uma operação de trabalhos públicos), foi levada a tomar posse irregularmente dum imóvel privado e que por outro motivo esta tomada de posse era necessária ao serviço público e aparecia como devendo ser mantida. O exemplo tipo é o da obra “mal implantada”, quer dizer, construída irregularmente, conscientemente ou não, sobre um terreno que não pertence à administração. A tomada de posse é irregular, mas é um princípio tradicional que o juiz não pode prescrever a demolição da obra pública, mesmo “mal implantada”. Outro exemplo é fornecido pela jurisprudência relativa às delimitações irregulares do domínio público natural.

A expropriação indireta tem as seguintes *características* em relação ao procedimento normal: não há fase administrativa; o desencadeamento da expropriação faz-se por iniciativa do proprietário que é privado da posse; a Administração não pode opor-se à transferência da propriedade dos imóveis cuja posse é afetada pelas obras¹⁸

¹¹ TRIBUNAL DE CONFLITOS francês, decisão de 17/06/2013, nº 3911, www.legifrance.gouv.fr/.

¹² CONSELHO DE ESTADO, decisão de 08/03/2002, nº 231843. www.legifrance.gouv.fr/.

¹³ CONSELHO DE ESTADO, decisão de 06/11/2009, nº 303686; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE APELAÇÃO DE NANTES, decisão de 29/09/2009, nº 08NT03168; ambos em www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁴ CONSELHO DE ESTADO, 12/12/1986, nº 64576, www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁵ Local citado na nota anterior.

¹⁶ Acórdão da 3ª Câmara, de 19 de dezembro de 2012, www.legifrance.gouv.fr/.

¹⁷ ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2, Jovene Editore, Napoli, 15ª edição, 1989, p. 872; ANDRÉ DE LAUBADÈRE / YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif – tome 2 – Droit administratif des biens*, L.G.D.J. – Paris, 11ª edição – 1998, p. 314; GUSTAVE PEISER, *Droit administratif*, Paris, Dalloz-Mémentos, 15ª edição – 1999, p. 133; JEAN FRANÇOIS POLI, *Droit ad-ministratif des biens*, Paris, Ellipses – Universités, 2003, p. 93; JEAN-MARIE AUBY / PIERRE BON, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz-Précis, 3ª edição – 1995, p. 491; JEANNE LEMASURIER, *De droit de l'expropriation*, Paris, Economica, 2ª edição – 2001, p. 206; JOSÉ OSVALDO GOMES, *Expropriações por Utilidade Pública*, Lisboa, Texto Editora, 1997, p.43; PHILIPPE GODFRIN / MI-CHEL DEG OFFE, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz - Sirey Université, 8ª edição – 2007, p. 367; RENÉ CHAPUS, *Droit administratif général*, 2, Paris, Montchrestien, 5ª edição, 1991, p. 363.; RENÉ HOSTIOU, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Théorie de l'Expropriation Indirecta », *Internet* : <http://www.rtdh.eu/pdf/2007385.pdf>.

¹⁸ DENIS TOURET, “Expropriation: procédures spéciales”, <http://denistouret.net/droit-des-biens>.

Distingue-se dos simples danos de trabalhos públicos, os quais não compreendem a perda da posse e não conduzem à transferência de propriedade¹⁹

O particular desapossado não pode reivindicar o imóvel, porque continua a ser o proprietário, nem intentar uma ação possessória, porque a detenção pela administração é necessária ao serviço público, restando-lhe pedir uma indemnização. Fixando-lhe uma indemnização pelo desapossamento, o juiz judiciário pronuncia pela mesma a *transferência de propriedade*, por isso se dizendo que há expropriação.

A jurisprudência francesa sofreu uma inflexão com o acórdão do pleno do TRIBUNAL DE CASSAÇÃO, de 6 de janeiro de 1994, no qual foi sustentado que a transferência de propriedade, não pedida pelo proprietário não pode acontecer senão através de um procedimento regular de expropriação, não havendo assim lugar a uma expropriação de facto translativa de propriedade.

e) *Ocupação aquisitiva*²⁰ - A ocupação aquisitiva, conhecida ainda por expropriação substancial, acessão invertida, ocupação apropriativa e “ocupação expropriativa”, é também de origem jurisprudencial, sendo teorizada pela primeira vez na sentença nº 1464/1983, de 26 de fevereiro, do TRIBUNAL DE CASSAÇÃO italiano, reunido em pleno. É elemento essencial do instituto a emanação da declaração de utilidade pública, que, faltando, com o conseqüente não relacionamento entre a obra realizada e o interesse público, conduz ao fenómeno inverso da **ocupação usurpativa**²¹

Derivou da aplicação analógica do artigo 938º do código civil italiano, que contempla a chamada acessão invertida. Este preceito, correspondente ao artigo 1340º do código civil português, sob a epígrafe “Ocupação de porção de prédio contíguo”, diz o seguinte: *Se na construção de um edifício se ocupa de boa fé uma porção de prédio contíguo, e o proprietário deste não se opõe dentro de três meses a contar do dia em que teve início a construção, a autoridade judiciária, tendo em conta as circunstâncias, pode atribuir ao construtor a propriedade do edifício e do solo ocupado. O construtor tem de pagar ao proprietário do solo o dobro do valor da superfície ocupada, além de ressarcimento dos danos.*

Quando a Administração Pública, ocupado um prédio privado pela realização de uma obra pública com base na declaração de utilidade pública, não cumpria o procedimento expropriativo (com a tempestiva adoção do decreto de expropriação dentro do prazo de ocupação legítima) ficava igualmente titular originariamente do prédio particular, em consequência de irreversível transformação que o bem tinha sofrido com a intervenção pública.

O instituto acabou por ser consagrado no artigo 43º do Texto único em matéria de expropriações por utilidade pública de 8 de junho de 2001, subordinado ao título *Utilização sem título de um bem para fins de interesse público*, cujo nº 1 determinava que *Avaliados os interesses em conflito, a autoridade que utiliza um bem imóvel para fins de interesse público, modificado na ausência do válido e eficaz procedimento de expropriação ou declarativo da utilidade pública, pode dispor que ele seja adquirido para o seu património indisponível e que ao proprietário sejam ressarcidos os danos.* Adiante se verá a sorte que coube a este princípio da ocupação aquisitiva, com a declaração de inconstitucionalidade deste preceito e a sua substituição pelo artigo 42-bis.

¹⁹ O CONSELHO DE ESTADO francês considerou que as captações de água sobre terrenos particulares não constitui nem empresa irregular nem via de facto (acórdão de 05/11/1980, nº 12072, www.legifrance.gouv.fr/.)

²⁰ **BIBLIOGRAFIA:** LUIGI DELPINO / FEDERICO DEL JUDICE, *Diritto Amministrativo*, Simone-Napoli, XXIV edição, 2007, p. 501; NICOLA ASSINI / PIERLUIGI MANTINI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Giuffrè Editore – Milano, 2ª edição, 1997, p. 128; M PIETRO VIRGA, *Diritto Amministrativo*, I, Giuffrè Editore-Milano, 5ª edição, 1999, p. 361; ROBERTO MONTIX, “Occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa”, *Internet: altalex.com/*.

²¹ CONSELHO DE ESTADO, 5ª Secção, n. 5844, www.giustizia-amministrativa.it/.

3. Direito comparado

a) *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* – Em termos de direito comparado, no que respeita à “ocupação ilegal de imóveis”, as referências a fazer dizem respeito primordialmente à França e à Itália, países onde o tema assumiu contornos próprios e uma importância invulgar em comparação com os demais países. O facto de iniciarmos este percurso pelo direito comparado com uma referência às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem por fundamento o facto de em toda a evolução sofrida em ambos os países terem sido fundamentais essas sentenças. O princípio da intangibilidade da obra pública sofreu reveses sucessivos, os quais, para além das achegas doutrinárias, conduziram a uma mudança significativa na abordagem da matéria, de tal modo que já hoje se fala no princípio da “tangibilidade da obra pública” e se tecem numerosas considerações acerca do seu futuro.

As sentenças do tribunal europeu relacionam-se com a interpretação do artigo 1º do Protocolo nº 1 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem²², que tem o seguinte teor:

Qualquer pessoa singular ou coletiva tem o direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional.

As condições precedentes entendem-se sem prejuízo dos direitos que os Estados possuem de por em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.

O TEDH tem reiteradamente sustentado que este preceito enuncia três regras: a primeira, com carácter geral, enuncia o princípio do respeito pelo direito de propriedade; a segunda admite a privação da propriedade, mediante certas condições; a terceira consagra a possibilidade de o Estado regulamentar o uso dos bens, de acordo com o interesse geral. A segunda e terceira, que se ocupam dos exemplos particulares de violação do direito de propriedade devem ser interpretadas de acordo com o princípio consagrado na primeira, razão pela qual o tribunal examina a aplicabilidade das segunda e terceira, antes de verificar o respeito da primeira²³.

O TEDH tem proferido um número bastante acentuado de decisões condenatórias de práticas da Administração Pública por violação do artigo 1º do protocolo 1 à Convenção. Assim, no caso *Papamichalopoulos e outros c/ Grécia*, em 24 de junho de 1993, o tribunal considerou que a perda de toda a disponibilidade dos terrenos dos requerentes, combinada com o fracasso das tentativas para remediar a situação, tinha originado consequências demasiado graves para que os interessados tenham sofrido uma expropriação de facto incompatível com o seu direito ao respeito dos seus bens e condenou o Estado grego a restituir os terrenos litigiosos, com a superfície de 104 018 m², assim como as construções que aí se encontram.

²² A União Europeia aderiu à CEDH, que é parte do seu direito (artigo 6º, nºs 2 e 3 do Tratado da União). A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, determina no seu artigo XVII, nº 2, que ninguém será arbitrariamente privado da sua propriedade. Também a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, no artigo 17º, nº 1, refere que ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos na lei, e que a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.

²³ IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, Coimbra Editora, 2ª edição, 1999, p.328, e jurisprudência aí referida, incluindo a sentença no caso *Belvedere Alberghiera, SRL*. e no caso português *Antunes Rodrigues c/ Portugal*, de 26 de abril de 2011.

No que respeita à Itália, que bate o record de condenações pelo TEDH por violação do preceito referido²⁴ foram proferidas duas sentenças marcantes, ambas de 30 de maio de 2000. Foram as primeiras decisões do Tribunal respeitantes às muitas que proferiu relativamente a esse País.

No caso *Belvedere Alberghiera, SRL, recurso n. 31524/96*, foram dados assentes os seguintes factos: o recorrente era proprietário de um prédio com a área de 1372 m², que foi ocupado em virtude de um decreto do presidente da comuna, com fundamento na urgência, tendo em vista a construção de uma estrada que tinha sido deliberada pela comuna; a deliberação foi anulada pelo tribunal administrativo; perante esta decisão, o proprietário requereu ao mesmo tribunal a reintegração na posse do terreno em causa, tendo tal pedido sido rejeitado com fundamento na ocupação aquisitiva, em última instância pelo Conselho de Estado.

Na segunda decisão (caso *Carbonara e Ventura, recurso n. 24638/94*), a prefeitura autorizou a comuna a proceder à ocupação de urgência de 2649 m² de terreno pertencente aos recorrentes, por um período máximo de dois anos, com vista à sua expropriação por causa de utilidade pública, tendo a ocupação material do terreno ocorrido em 30 de junho de 1970 e os trabalhos de construção terminados em 28 de outubro de 1972. Em 3 de maio de 1980, os proprietários propuseram uma ação para ressarcimento dos danos, não tendo pedido e restituição do terreno ocupado, nem se procedendo à expropriação formal nem ao pagamento de qualquer indemnização; a Administração invocou a prescrição do direito à indemnização; em 1 de abril de 1993, em última instância, o Tribunal de Cassação indeferiu o pedido dos recorrentes, com fundamento na invocada prescrição.

Em ambos os casos, o tribunal considerou haver sido violado o preceito em causa, a segunda regra supra referida, por ter sido subtraída ao recorrente a possibilidade de obter a restituição do bem e que “o efeito da decisão do Conselho de Estado era o de privar o recorrente da sua posse”.

Na sentença de 6 de março de 2007 (caso *Scordino c/ Itália, recurso n. 43662/98*), o TEDH não deixa, de algum modo, de assacar cumplicidade na violação do princípio da legalidade aos tribunais, quando afirma que “a violação do direito dos recorrentes, garantido pelo artigo 1º do Protocolo nº 1, deriva de um problema em grande escala, que resulta do comportamento anormal das administrações e convalidado pelos tribunais (*corti e tribunali*) a título de expropriação indireta, e que permite a estas mesmas administrações aproveitarem-se dos bens em questão”. O tribunal reitera “que uma sentença que certifique uma violação implica para o Estado em causa a obrigação jurídica de por fim a tal violação e de reparar as consequências de modo a ripristinar, tanto quanto possível, a situação preexistente à violação” e que a declaração de expropriação indireta “não tem o efeito de regularizar a situação denunciada, mas sim de limitar a ratificar uma situação ilegal, situação que assim não pode ser sanada na ausência de um ressarcimento conforme aos critérios aplicáveis aos casos de ilegal privação de bens”. Diz-se ainda nessa decisão que “o mecanismo da expropriação indireta não garante em grau suficiente a segurança jurídica”.

O **Comité dos Ministros do Conselho da Europa**, que tem como um dos seus propósitos a defesa dos direitos humanos, em sintonia com o TEDH, adotou uma resolução em 14 de fevereiro de 2007 (ResDH 2007-3), na qual convidou “as autoridades italianas a prosseguir os seus esforços e a adotar rapidamente todas as medidas necessárias adicionais com a finalidade de remediar de maneira definitiva a prática da expropriação indireta e de assegurar

²⁴ RENÉ HOSTIOU contabiliza mais de uma centena de condenações da Itália pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entre 2000 e 2007, por motivo do recurso abusivo à teoria da expropriação indireta (<http://www.rtdh.eu/pdf/2007385pdf>). No acórdão do TEDH de 06/03/2007, recurso n. 43662/98, *Scordino c/ Itália*, faz-se também uma referência pouco laudatória, quando se diz que “*la corte è già stata investita di decine di ricorsi di questo tipo*”.

que qualquer ocupação de terreno por parte da administração seja conforme ao princípio da legalidade, como está codificado na convenção²⁵.

b) Em **França**, o impedimento de os juízes dirigirem injunções à Administração constituía obstáculo à não aceitação do princípio da intangibilidade da obra pública. Se este princípio foi consagrado em 1853 pelo Conselho de Estado, ele manteve-se inalterado mais de um século. Em 1960, o TRIBUNAL DE CONFLITOS afirmava que “não pertence em nenhum caso à autoridade judiciária prescrever qualquer medida de natureza a causar dano, sob qualquer forma que seja, à integridade ou ao funcionamento de uma obra pública” e, em 1968 o TRIBUNAL DE CASSAÇÃO CIVIL reconhecia aos particulares apenas o direito a uma indemnização²⁶.

Mas, nos inícios da década de noventa surgem os primeiros sinais de evolução do princípio da intangibilidade, primeiro com o acórdão do CONSELHO DE ESTADO de 19 de abril de 1991 (caso *Époux Denard et Martin*), depois com o TRIBUNAL DE CASSAÇÃO, em pleno, em 6 de janeiro de 1994²⁷. A partir daí não mais foi admitido que a implantação irregular de uma obra pública sobre uma propriedade privada realizasse uma expropriação indireta, a não ser mediante determinadas condições.

Daí se partiu para a atual posição da jurisprudência francesa acerca da demolição da obra irregular. Em *primeiro lugar*, deve-se procurar saber se, atendendo designadamente aos motivos da decisão, é possível uma regularização apropriada. Em *segundo lugar*, na negativa, devem tomar-se em consideração, duma parte, os inconvenientes que a presença da obra acarreta para os diversos interesses públicos ou privados em presença e designadamente, dado o caso, para o proprietário do terreno da situação da obra, doutra parte, as consequências da demolição para o interesse geral, e apreciar, juntando estes elementos, se a demolição não representa um dano excessivo para o interesse geral²⁸. Esta constitui a posição atual da jurisprudência²⁹, que, porém, deixa uma porta aberta à não permissibilidade da demolição da obra mal implantada.

Muito se tem escrito sobre esta evolução do princípio da intangibilidade da obra pública, ao qual alguns autores pressagiam o fim, enquanto outros falam na sua ressurreição. PIERRE SABLIERE considera prematura a sua morte, referindo ter-se encontrado em “equilíbrio entre o respeito da propriedade privada e a continuidade do funcionamento da obra pública”³⁰.

Seja como for, é um avanço importante, que possibilita a demolição, designadamente quando aos interesses ligados à obra pública se opõem outros interesses públicos. É o caso do acórdão do CONSELHO DE ESTADO de 20 de maio de 2011, nº 325552, *Communauté d’Agglomération du Lac du Bourget*³¹, que manteve a anulação de um ato de declaração de utilidade pública e autorização de instalação e trabalhos diversos, com vista a um empreendimento turístico e portuário, assim como a reposição do terreno no estado natural, pela razão de o empreendimento se situar em espaço terrestre e marítimo que constitui património natural e cultural do litoral, necessário à manutenção dos equilíbrios biológicos. Prevaleceu o interesse ecológico sobre o interesse económico e turístico. O empreendimento abrangia uma área de 16 000 m², com áreas de jogos e diversões e uma doca de 4 500 m²

²⁵ Não pode confundir-se Conselho da Europa, dentro do qual se encontra o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem com Conselho Europeu, que é um dos órgãos de União Europeia..

²⁶ Sentença de 22 de fevereiro de 1960, caso Borel, recurso 858, e sentença de 16 de fevereiro de 1965, caso Comuna de Manosque, nº 984, citadas por Charles Débbasch..., ps. 327 e 328.

²⁷ MARTINE LOMBARD / GILLES DUMONT, p. 457.

²⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE APELAÇÃO DE NANTES, de 29 de setembro de 2009, n.º 08NT03168, www.legifrance.gouv.fr/.

²⁹ CONSELHO DE ESTADO, 29 de janeiro de 2003, nº 245239, caso *Commune de Clans*. www.legifrance.gouv.fr/.

³⁰ [Dalloz-etudiant.fr/](http://www.dalloz-etudiant.fr/).

³¹ www.legifrance.gouv.fr/. e, com comentário de GWELTAZ EVEILLARD, “La tangibilité de l’ouvrage publique irrégulièrement édifié sur un espace remarquable », em <http://actu.dalloz-etudiant.fr/>

com capacidade para 60 barcos de recreio, e ainda áreas de estacionamento e a construção de um pavilhão.

A decisão do Conselho de Estado contraria a ideia de que “os projetos de envergadura disfrutaram quase de uma presunção de legalidade”, sendo certo que a operação visada custava cerca de 800 000 € e os custos da demolição ascendiam a 130 000 €³².

c) Em **Itália**, a lei sobre expropriações de 25 de julho de 1865, nº 2359, não previa o instituto da ocupação de urgência preordenada à expropriação, mas já não assim a ocupação temporária necessária à execução de obras públicas, em casos de força maior ou de absoluta urgência (artigo 71º). Estava excluída a ocupação estável de prédio para a realização de uma obra pública antes do decreto de expropriação. A ocupação era sempre temporária e ditada pela extrema urgência³³. Todavia, fazia notar LUIGI MARUOTTI que na praxe, a exigência de realizar rapidamente a obra induzia as administrações a entrar na posse dos imóveis logo após a declaração de utilidade pública, sem atender ao decreto de expropriação, encontrando-se como justificação uma interpretação extensiva do referido artigo 71º^{34 35}.

Até 1983, a jurisprudência encontrava-se dividida em relação aos efeitos da construção de obra pública em área ocupada ilicitamente. Para uma primeira corrente, o proprietário da área ocupada pela Administração não perdia a propriedade da área depois de terminada a obra, mas não podia pedir a restituição da área ao estado anterior. Uma segunda orientação era no sentido de excluir que o proprietário da área ocupada perdesse a propriedade e consentia-lhe pedir a sua restituição ao estado anterior quando a Administração tivesse agido sem declaração de utilidade pública. A terceira posição consistia em perder automaticamente a propriedade da área com a transformação irreversível da área ocupada pela Administração, com direito a ser indemnizado pelos danos³⁶.

Por sentença de 16 de fevereiro de 1983, nº 1464, o Tribunal de Cassação, em reunião das secções, resolveu este conflito jurisprudencial optando pela terceira orientação referida, consagrando, assim, o princípio da expropriação indireta. De acordo com esta, a execução de obra pública equivale à aquisição originária da propriedade pela administração, sem necessidade de processo de expropriação formal, independentemente da legitimidade da ocupação.

As reações doutrinárias fizeram sentir-se, ao que se juntou a reprovação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, designadamente no já aludido caso *Belvedere Alberghiera, SRL*. O legislador interveio, inserindo no Texto único em matéria de expropriação, de 8 de junho de 2001, o artigo 43, subordinado à epígrafe “Utilização sem título de um bem para fins de interesse público”, cujo nº 1 tem o seguinte texto: *Avaliados os interesses em conflito, a autoridade que utiliza um bem imóvel para fins de interesse público, modificado na ausência de válido e eficaz procedimento de expropriação ou declarativo da utilidade pública, pode dispor que ele seja adquirido para o seu património indisponível e que ao proprietário sejam ressarcidos os danos.*

Só que a sina da ocupação aquisitiva, a que passou a chamar-se *occupazione sanante*, estava traçada. A doutrina e parte da jurisprudência manifestavam-se-lhe contrárias e, finalmente, o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, no acórdão nº 293, de 4 de outubro de 2010, nº 293, declarou a inconstitucionalidade do artigo 43, com fundamento no artigo 76º da Constituição, que determina que o exercício da função legislativa não pode ser delegada

³² CHRISTOPHE ROUX, *univ.lyon.fr/*.

³³ CARLO TAGLENTI, “Occupazione d’urgenza preordinata all’esproprio”, em *Internet: www.giustizia - amministrativa.it/*.

³⁴ *L’espropriação per pubblica utilità*, Giuffrè, 2007, ps. 385 e segs., citado por CARLO TAGLENTI.

³⁵ Na sentença do TEDH no caso *Belvedere Alberghiera* refere-se que foi nos anos 70 que se iniciou essa prática de os entes locais efetuarem ocupações de urgência de áreas que não foram seguidas de decretos de expropriação.

³⁶ Sentença do caso *Belvedere Alberghiera* e jurisprudência aí citada.

no Governo senão com determinação dos princípios e critérios diretivos e só por tempo limitado e por objetos definidos.

Desaparecido da ordem jurídica o artigo 43, através do decreto-lei n. 98, de 6 de Julho de 2011, convertido na lei n. 111, de 15 de julho de 2011, foi acrescentado ao artigo 42 do mesmo diploma, o artigo 42-bis, subordinado ao mesmo título do anterior artigo 43, do teor seguinte: “1. Avaliados os interesses em conflito, a autoridade que utiliza um bem imóvel para fins de interesse público, modificado na ausência de um válido e eficaz procedimento de expropriação ou declarativo da utilidade pública, pode dispor que ele seja adquirido, *não retroativamente*, para o seu património indisponível e que o proprietário seja *compensado com uma indemnização pelo prejuízo patrimonial e não patrimonial, este último em montante fixo liquidado na medida de dez por cento do valor venal do bem* (em itálico a parte do novo texto diferente do anterior artigo 43).

Mas, ressalta ainda deste novo preceito que o procedimento de aquisição “comporta a passagem do direito de propriedade sob condição suspensiva do pagamento da soma devida”, nele devendo indicar-se “as circunstâncias que conduziram à indevida utilização da área e se possível a data em que ela teve início”, devendo ainda ser “especificamente fundamentado com referências às atuais e excecionais razões de interesse público que o justificam a sua emanção, avaliadas comparativamente com os contrapostos interesses privados e evidenciando a ausência de razoáveis alternativas à sua adoção”.

Após toda esta longa e complexa evolução normativa e jurisprudencial, a ocupação aquisitiva não tem base legal no ordenamento jurídico italiano, não constitui mais uma forma de aquisição da propriedade. A transferência da propriedade privada para a mão pública processa-se apenas por instrumento negocial, usucapião, procedimento expropriativo ordinário ou, excepcionalmente, através do instrumento do artigo 42-bis do Texto Único sobre Expropriação³⁷. Levando à prática este novo posicionamento, o TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL PARA A SICÍLIA, num processo em que o proprietário expoliado pedia o ressarcimento pelos danos com a perda de terrenos, condenou a comuna, “*a restituir à parte recorrente, com prévia redução ao estado primitivo, os terrenos de sua propriedade ainda ilegítimamente ocupados, ou, em alternativa, a adquirir o imóvel nos termos e para os efeitos do art. 42-bis TU expropriações, ressalvada qualquer outra hipótese de aquisição legítima do bem de que se trata*”, fixando o prazo de sessenta dias para o respetivo cumprimento (4 de junho de 2013, recurso n.1684)³⁸.

d) Em **Espanha**³⁹, o princípio da intangibilidade de obra pública não se coloca. O artigo 125º da Ley de Expropiación Forzosa, de 16/12/1954, cujo texto se mantém desde a versão original, inserido no título referente às garantias jurisdicionais, estipula que *sempre que sem haver-se cumprido os requisitos substanciais de utilidade pública ou interesse social,*

³⁷ SPANÒ GUISEPPE, “Alcune recenti riflessioni della Cassazione sull’art. 42-bis Testo Unico Espropri”, *www.personaedanno.it/*; CONSELHO DE ESTADO, n. 2279, de 11 de janeiro de 2013; TRIBUNAL DE CASSAÇÃO CIVIL, Secção I, n. 1804, de 28 de janeiro de 2013; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL PARA A TOSCANA, 3ª Secção, 00901/2013, de 5 de junho de 2013, todos em *www.giustizia-amministrativa.it/*.

³⁸ No mesmo sentido, embora sem a condenação na restituição dos terrenos ao estado anterior, o acórdão do CONSELHO DE ESTADO nº 1514, de 16 de março de 2012. Ambos em *www.giustizia-amministrativa.it/*.

³⁹ **BIBLIOGRAFIA:** ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, “Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 9, de 1 de Janeiro de 2001; (*Internet: http://dialnet.unirioja.es/*); EDUARDO GRACÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas – Madrid, 5ª edição, 1989, ps. 748 e 771, e II, 2ª edição, 1989, p. 245; JESÚS GONZALEZ PÉRES, “Control jurisdiccional de la inactividad y de la vía de he-cho”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2, de 1 de fevereiro de 1999 (*Internet: http://dialnet.unirioja.es/*); JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Iustel - Madrid, 1ª edição, 2004, p. 706; RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo*, I, Marcial Pons – Madrid, 4ª edição, 1992, p. 591..

necessidade de ocupação e prévio pagamento de depósito, como é apropriado, nos termos estabelecidos nesta lei, a Administração ocupar ou intente ocupar a coisa objeto de expropriação, o interessado poderá utilizar, aparte os demais meios legais procedentes, os interditos de reter e recuperar para que os juízes o protejam e, nesse caso, o reintegrem na sua posse ameaçada ou perdida. O processo interdital é um processo sumário apto para deter a fazer cessar a via de facto. Não está dependente do esgotamento da via administrativa.

Nos termos dos artigos 25º e 30º da Ley nº 29/1998, de 13 de julho, da Júrisdição Contencioso-administrativa, é admitido o recurso contra as atuações materiais da Administração que constituam via de facto.

Esta dupla jurisdição levanta o problema da sua compatibilidade, da exclusão de uma pela outra ou da sua coexistência. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, que se manifesta vigorosamente contra a concessão de um curto prazo de vinte dias para o recurso ao procedimento interdital, resume nas seguintes palavras as divergências doutrinárias sobre o tema: “aquí hay opiniones para todos los gustos”.

Se o problema da aquisição dos prédios através do princípio da intangibilidade se não coloca em Espanha, havendo também nesse País ocupações ilegais de terrenos para a implantação de obras públicas, pode perguntar-se se a posse exercida sobre os terrenos através do uso dessas obras, permite a aquisição da propriedade dos mesmos por *usucapião*. A jurisprudência espanhola tem-se firmado no sentido de a posse ganha por via de facto não poder considerar-se pacífica, não sendo, assim, aproveitada para a usucapião⁴⁰.

4. A jurisprudência portuguesa

No que tange às decisões dos tribunais superiores portugueses, são diferentes os caminhos seguidos pelo Supremo Tribunal de Justiça e Relações, por um lado, e pelo Supremo Tribunal Administrativo, por outro.

a) O **Supremo Tribunal de Justiça** e as **Relações** têm aceite que o princípio da intangibilidade da obra pública é aplicável, notando-se um certa evolução, semelhante à da jurisprudência francesa, no sentido de uma aceitação matizada, devidamente justificada. Numa posição mais tradicional, “o princípio da intangibilidade pública determina a sua preservação, dando prevalência ao interesse público sobre o interesse privado do expropriado”.

*Relação do Porto, em acórdão de 22/03/2011*⁴¹ - O caso respeita à expropriação urgente, por ser indispensável à correção de uma rua, de uma parcela de terreno, na qual se incluía a parte da frente de uma casa de habitação de rés-do-chão e andar e parte do quintal, com a área de 76 m². A área total do prédio ocupada foi de cerca de 133 m², ou seja mais de 57 m² do que o previsto. As obras foram realizadas de madrugada. O Tribunal, apesar de considerar que se verificava uma via de facto, que o município violou os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da boa fé, e que o pedido de restauração natural não se revestia de iniquidade nem excedia o fim económico e social do direito de propriedade dos autores, aplicou o princípio da intangibilidade e indeferiu o pedido de reposição do prédio no estado anterior.

*Relação do Porto, em acórdão de 29/10/2012*⁴² - Foi declarada a utilidade pública da expropriação urgente de uma parcela de terreno com a área de 26 291 m², situada em

⁴⁰ TRIBUNAL SUPREMO (CONTENCIOSO), 6ª Secção, nos seguintes acórdãos, todos em www.po-derjudicial.es/: de 6 de março de 1997, recurso n. 1142/1992, caso Juan Antonio Xiol Ríos, de 10 de maio de 1999, recurso 525/1995, caso Jesus Ernesto Peces Morate; de 22/07/2002, recurso n. 5065/1998, caso Francisco González Navarro; e TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA (CONTENCIOSO) DE CAS-TILHA-LA MANCHA, 2ª Secção, de 03/07/2012, recurso n. 446/2008, caso Ricardo Estévez Goytre.

⁴¹ Processo nº 1120/08.9TBSJM.P1, em www.dgsi.pt/.

⁴² Processo nº 705/08.8TBVCD.P2, em www.dgsi.pt/.

área de Reserva Agrícola Nacional, destinada à execução da auto-estrada Póvoa de Varzim – Famalicão, na qual a parcela foi incorporada. O ato de declaração de utilidade pública foi declarado nulo pelo Supremo Tribunal Administrativo. Com fundamento no princípio da intangibilidade, a Relação não aceitou a restituição da parcela em causa.

*Relação de Lisboa, em acórdão de 29/06/2006*⁴³- Para a realização de obras em estrada municipal, mediante autorização do proprietário, foi ocupada uma área de 1923 m². Com a realização total das obras, a área total ocupada foi de 2017 m². Os autores pediram a restituição da totalidade da área ocupada, com o fundamento de que a autorização dada ficou sujeita a condições que não foram cumpridas. Baseada no princípio da intangibilidade da obra pública a Relação entendeu não haver lugar à restituição, revogando, nesta parte, a decisão da 1^a instância.

*Relação de Lisboa, em acórdão de 19/05/2011*⁴⁴- O Instituto de Estradas de Portugal, além dos 1265 m² constantes da declaração de utilidade pública, ocupou mais 385 m². Em nenhum instante, o Instituto informou o proprietário dessa diferença. Também neste caso prevaleceu o princípio da intangibilidade da obra pública.

*Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 09/10/2003*⁴⁵- O Supremo considerou que o Tribunal não pode ordenar a destruição de obra pública erigida por erro numa propriedade privada, que considera uma apropriação irregular, mas apenas conceder uma indemnização ao proprietário, considerando que o princípio da intangibilidade da obra pública prevalece sobre o direito de propriedade particular.

*Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 29/04/2010*⁴⁶, em cujo caso está também implicada a mesma Câmara Municipal a que respeitam os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de fevereiro de 2001 e 4 de fevereiro de 2003, adiante referidos, foi declarada a urgência da expropriação e autorizada a posse administrativa do terreno, com vista ao rápido início dos trabalhos. No que respeita ao interesse público justificativo da expropriação, o Tribunal considerou provado que a parcela de terreno destinou-se à construção de acessos a um hipermercado e galeria comercial. O Tribunal considerou não ter havido expropriação, mas uma atuação próxima da “via de facto”, com violação do direito de propriedade “no seguimento de indiscutível ilegalidade cometida pelos órgãos da Autarquia, em preterição dos atos e formalidades fixados e impostos por lei como condições de existência e validade da transferência dos direitos”. Acrescenta-se ainda no acórdão que “essa conduta surge apenas mitigada pela então obtida declaração de utilidade pública, com a inerente cobertura de legalidade, conquanto logo esgotada pela não continuidade do processo expropriativo, o que retira ao desapossamento o caráter de usurpação grosseira, de atentado à propriedade imobiliária, imbuído de ilegalidade também grosseira e flagrante”

Foi aplicável o princípio da intangibilidade da obra por a atuação da Administração não representar um atentado grosseiro ao direito de propriedade e por isso dever mantida a posse, “sob pena de resultarem graves danos para o interesse público, como os resultantes da subtração da coisa irregularmente apropriada ao uso público”.

No caso em apreço é considerado fundamental que haja um “princípio de atuação legal expropriativa”, ainda que essa atuação não tenha seguimento e a intenção de cumprir a lei não exista.

b) Quanto ao **Supremo Tribunal Administrativo**, maioritariamente rejeita a vigência do princípio da intangibilidade da obra pública no nosso País, “sem prejuízo da natural rele-

⁴³ Processo n^o 6863/2005-6, em www.dgsi.pt/.

⁴⁴ Acórdão n^o 663/03.0OTBLNH.L1-6, www.dgsi.pt/.

⁴⁵ Processo 283575, em www.dgsi.pt/

⁴⁶ Processo 1857/05.4TBMALSI.81, da 1^a Secção, em www.dgsi.pt/.

vância do facto para o juízo a emitir pelo Tribunal em sede de declaração de causa legítima de inexecução de julgado anulatório”. Assim se diz no acórdão de 6 de fevereiro de 2001, e se confirma nos de 4 de fevereiro de 2003 e de 16 de janeiro de 2008⁴⁷.

Neste último aresto é equacionada uma outra questão que é a da *competência do tribunal* para apreciar os litígios sobre a responsabilidade dos entes públicos emergente de ato materiais praticados por órgãos ou pessoas ao serviço da Administração Pública no exercício das suas atribuições para prossecução do interesse público. O Supremo tem jurisprudência firmada no sentido de essa competência pertencer aos tribunais administrativos, o que resulta, para além do artigo 212^o, n^o 3 da Constituição, do artigo 4^o do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do artigo 2^o do Código do Processo nos Tribunais Administrativos^{48 49}.

Em dissonância com a posição maioritária do Supremo, está o acórdão de 19 de fevereiro de 2002⁵⁰, no qual se declarou a inutilidade de um recurso contencioso que tinha por objeto o ato declaratório da utilidade pública, com caráter de urgência, de uma expropriação de terreno, se este, entretanto, foi utilizado para o fim em vista, ou seja a beneficiação de uma estrada nacional. Neste aresto, aceita-se a via de facto, a expropriação indirecta, a intangibilidade da obra pública. Porém, como se refere no voto de vencido, “o Tribunal não se destina a aceitar factos consumados, mas a averiguar da legalidade, e sempre seria diferente a parcela estar integrada no domínio público por expropriação válida ou apenas para uso público *imposto pela força e sem fundamento jurídico*” (é nosso o itálico).

O **Tribunal Central Administrativo Norte**, em acórdão de 27 de outubro de 2011⁵¹, considerou que a impossibilidade absoluta de restituir o terreno ao estado anterior o excepcional prejuízo para o interesse público obstatam à procedência da pretensão de reposição no estado anterior do terreno objeto de expropriação indirecta, nos termos do artigo 45^o do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Tratou-se de uma expropriação com caráter de urgência de uma parcela de terreno necessária à execução de obras numa Estrada Nacional, que estava classificada pelo PDM como solo da reserva agrícola nacional e da reserva ecológica nacional. O ato de declaração de utilidade pública não foi precedido dos pareceres necessários, do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais de então e da Comissão Regional da Reserva Agrícola, o que não impediu a efetivação da obra. A obra tinha sido realizada havia cerca de nove anos.

5. O regime legal em Portugal

Depois desta amostra da nossa jurisprudência, vejamos o amparo que nos traz a legislação.

a) Um preceito que pode ser trazido à colação nesta matéria, como aconteceu em Itália, é o artigo 1340^o do Código Civil, respeitante à **accessão industrial imobiliária**, em cujo n^o 1 se diz que *se alguém, de boa fé, construir obra em terreno alheio, e o valor que as obras tiverem trazido à totalidade do prédio for maior que o valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obras*. Entende-se que houve boa fé se o autor da obra desconhecia que o

⁴⁷ O primeiro dos arestos citados pode ver-se em *Apêndice ao Diário da República* de 21 de julho de 2003, volume II, pág. 900, e em *Cadernos de Justiça Administrativa*, n^o 48, 2004, p.18, com anotação de ANDRÉ FOLQUE, e os demais em www.dgsi.pt/.

⁴⁸ Ver ainda CARLA AMADO GOMES, em *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e seu Controlo Jurisdicional*, Coimbra Editora, 1999, ps.335 e 336

⁴⁹ Posição diversa é a do TRIBUNAL DE CONFLITOS, para o qual é competente a jurisdição comum para conhecer do pedido em ação de reivindicação (Acórdãos de 9 de junho de 2010, processo 012/10, de 28 de setembro de 2010, processo 02/10, de 20 de outubro de 2011, processo 10/11, de 16 de fevereiro de 2012, processo 020/11, e de 15 de maio de 2013, processo 024/13).

⁵⁰ Processo 044961, da 2^a Subsecção do CA, em www.dgsi.pt/.

⁵¹ www.dgsi.pt/.

terreno era alheio ou se foi autorizada a incorporação pelo dono. Se o valor acrescentado for menor do que o valor anterior à incorporação, o dono do terreno adquire as obras, indemnizando o seu autor (nº 3).

Podem levantar-se dúvidas sobre a constitucionalidade deste preceito. No sentido de que não é inconstitucional, pronunciou-se o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, em acórdão de 4 de abril de 2000⁵², confirmando o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de junho de 1996. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, contudo, advertem que a expropriação por utilidade pública e a requisição “não esgotam as formas de privação forçada da propriedade, mas a falta de uma implícita credencial constitucional não deixa de levantar certas dificuldades a algumas figuras correntes de direito civil, de perda ou transmissão forçada do direito de propriedade, incluindo a acessão (industrial) e a usucapião”⁵³. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS sustentam também que, referindo-se o nº 2 do artigo 62º da Constituição apenas à requisição e à expropriação, a sua razão “não pode deixar de ser mais abrangente”, devendo quaisquer figuras afins submeter-se a limites similares⁵⁴.

Não nos parece, de qualquer modo, que a acessão imobiliária resolva qualquer problema. Em primeiro lugar, porque dificilmente se encontrará a boa fé na atuação administrativa. Além disso, sendo a *ratio* do preceito a eliminação de conflitos entre particulares, as armas de ambos os proprietários devem ser iguais, isto é, tanto pode o dono da obra adquirir o terreno como o dono deste adquirir a obra. Não se vislumbra, porém, como é possível o proprietário adquirir a parte da estrada assente sobre o seu terreno, a qual não tem para ele qualquer valor. Ora, de acordo com o mesmo preceito, o proprietário do terreno também tem a possibilidade de adquirir as obras efetuadas, regime este inviável *in casu*.

b) Tem sido sustentado como representando um obstáculo à restituição dos prédios que constituam vias de facto ou ocupação irregular a incorporação nos mesmos de uma obra pública, os quais passam por via disso o **integrar o domínio público** e, por conseguinte a estarem fora do comércio e insuscetíveis de serem objeto de direitos privados⁵⁵.

Esse argumento não é, porém, válido para todos os casos, porque nem todos os bens expropriados se destinam ao ingresso no domínio público, como sucede, por exemplo, com a expropriação de um terreno para uma escola (artigo 84º da Constituição, Decretos-Leis nºs 477/80, de 15 de outubro, e 280/2007, de 7 de agosto)⁵⁶.

Por outro lado, a integração de um bem no domínio público pressupõe que esse bem é propriedade da entidade pública que efetua o ato de integração⁵⁷. CHARLES DEBBASCH / JACQUES BOURDON / JEAN-MARIE PONTIER / JEAN-CLAUDE RICCI pronunciam-se nos seguintes termos : « Quase sempre a incorporação no domínio público supõe um elemento material de aquisição dum bem e um ato jurídico, sendo os dois elementos absolutamente necessários e indissociáveis um do outro”; “o poder de afetar, de desafetar ou de mudar de afetação aparece como um corolário do direito de propriedade, uma das prerrogativas que lhe estão ligadas”. Em Espanha, RAMÓN PARADA afirma que para pertencerem à categoria de bem dominial não é suficiente que as leis qualifiquem uma coisa ou um bem como dominial, “pois que é necessário que, além da titularidade de um ente público, concorra o elemento do destino ou da afetação do bem a uma finalidade pública”⁵⁸. Também, em

⁵² Acórdão nº 205/200, da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, no *Diário da República*, II Série, de 30 de Outubro de 2000.

⁵³ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª edição, 1993, p. 334.

⁵⁴ *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 629.

⁵⁵ Nesse sentido, o citado acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 29 de abril de 2010.

⁵⁶ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, Almedina - Coimbra, 9ª edição reimpressa, 1980, p.1015.

⁵⁷ PHILIPPE GODFRIN / MICHEL DEGOSSE, *Droit administratif des biens*, Sirey Université-Dalloz, Paris, 8ª edição, 2007, p. 9

⁵⁸ *Derecho Administrativo*, III, Marcial Pons, Madrid, 5ª edição, 1993, p.45.

Itália, ALDO SANDULLI refere que a qualificação de bens públicos “é reconhecida só aos bens na propriedade de entes públicos”⁵⁹.

Contrariamente a esta tese, o argumento de que o facto de o bem estar afetado ao domínio público impedir a restituição do terreno ocupado põe as coisas ao contrário, isto é, de acordo com tal argumentação, a afetação constitui título de aquisição da propriedade.

c) O **código de processo nos tribunais administrativos** contém três preceitos relativos a esta matéria de respeito pela obra pública mal implantada. Nos termos do **artigo 45º, nº 1**, *quando em processo dirigido contra a Administração se verifique que à satisfação dos interesses do autor obsta a existência de uma situação de impossibilidade absoluta ou que o cumprimento, por parte da Administração, dos deveres a que seria condenada originaria um excecional prejuízo para o interesse público, o tribunal julga improcedente o pedido em causa e convida as partes a acordar, no prazo de 20 dias, no montante da indemnização devida*. Na falta de acordo, o tribunal fixa o montante da indemnização. VASCO PEREIRA DA SILVA sustenta a inconstitucionalidade deste preceito com fundamento, além do mais, na violação do princípio da separação de poderes (ao permitir ao tribunal “administrar”) ⁶⁰

No processo de execução para prestação de facto ou de coisas, o **artigo 163º, nº 1** estatui que *só constituem causa legítima de inexecução a impossibilidade absoluta e o grave prejuízo para o interesse público na execução da sentença*.

Por último, após a notificação do pedido de suspensão de eficácia de ato administrativo, a autoridade administrativa não pode iniciar ou prosseguir a execução, salvo se, mediante resolução fundamentada, reconhecer, no prazo de 15 dias, que o diferimento da execução seria *gravemente prejudicial para o interesse público* (**artigo 128º, nº 1**).

Destes preceitos resulta a consagração do princípio da intangibilidade de obra pública, não na formulação clássica do século XIX e parte do século XX, mas também não em concordância com a moderação que o mesmo tem sofrido nas últimas décadas. Na verdade, para além da impossibilidade absoluta da execução, o que releva é o *interesse público*.

Parece, contudo, que o interesse público deve ser mais abrangente do que é, de acordo com uma leitura mais apreçada dos preceitos citados. A demolição de uma obra lesa sempre o interesse público, quanto mais seja pelos custos que a mesma implica. Mas, não basta lesar o interesse público, pois que se exige uma “lesão grave”.

Não se refere o legislador à lesão do interesse público que resulte da própria obra, que pode ser maior do que a derivada da demolição. Julgamos que a pesagem dessas duas lesões deve ser feita, como sucedeu com o acórdão do Conselho de Estado francês citado (nota 31) e como tem sucedido na Suíça em relação aos terrenos agrícolas (*surfaces d'assolement*). A jurisprudência do Tribunal Federal deste País firmou-se no sentido de que “deve ser atribuída uma importância relevante na tutela dos terrenos cultivados e na garantia das superfícies para revezamento das culturas”, podendo todavia ser aceite uma utilização diversa da agrícola se for justificada por interesses preponderantes ⁶¹.

A preservação de uma série de prédios agrícolas inseridos em Reserva Agrícola Nacional tem subjacente um interesse público, tanto mais relevante quanto maior for a sua produtividade e que pode ser superior ao interesse público da auto-estrada cuja construção conduz à sua expropriação, sobretudo se essa via não tem movimento que a justifique, como sucede no caso a que se refere o acórdão da Relação do Porto de 29 de outubro de 2012, e era previsível que sucedesse, como em tantas outras auto-estradas, transformadas em verdadeiros elefantes brancos.

⁵⁹ *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2, Jovene Editore, Napoli, XV edição, 1989, p.760.

⁶⁰ “Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 34 - Julho /Agosto 2002. p. 30.

⁶¹ Sentença do Tribunal Federal de Direito Público de 27 de maio de 2008, processo nº 1C_234/2007, em www.bger.ch/.

Normalmente, contrapõe-se um interesse público ao interesse privado do proprietário, sendo certo que este fica em desvantagem, designadamente pela prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Deve, porém, considerar-se o próprio interesse público afetado pela obra pública.

6. Justifica-se o princípio da intangibilidade da obra pública ?

O princípio da intangibilidade da obra pública tem os seus defensores e os seus detratores, como é natural. Um dos argumentos a favor reside na *prevalência do interesse público sobre o interesse privado*. Só que essa superioridade do interesse público está sujeita, na sua concretização, a regras fixadas pelo legislador, designadamente nos textos constitucionais, sendo uma delas a sujeição a um procedimento expropriatório, no qual são dadas garantias capazes aos proprietários, as quais não existem quando se trata de uma expropriação irregular.

Um outro argumento, de ordem prática, consiste em a Administração poder, se o desejar, chegar ao *mesmo resultado através de uma expropriação formal*. Só que, como nos mostram alguns exemplos extraídos da jurisprudência citada, nem sempre a Administração está para aí virada. E será caso para perguntar para que servem os diplomas sobre expropriações. E se essa expropriação formal não for possível, por exemplo por não existir interesse público atual que legitime a expropriação?

Diz-se que a aceitação do princípio da intangibilidade, *evita demoras e custos para a Administração e para os contribuintes*. É mais simples e mais rápido, evitando-se um procedimento expropriatório (economia de procedimento) e custos. A sua não aceitação conduziria, em primeiro lugar à demolição da obra ilegal, seguindo-se-lhe a elaboração de um processo de expropriação, por natureza moroso, e terminando na realização de uma obra igual. Em vez da execução de uma obra, teríamos três: obra inicial, a sua demolição e a realização novamente da obra. E tudo isto sem qualquer benefício para o proprietário. Quanto aos custos, este argumento é facilmente rebatível, pois seria mais correto responsabilizar os autores dos atropelos à lei, criando legislação para esse efeito, do que fazer recair sobre as suas vítimas inocentes as consequências dos mesmos. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, na sentença 6 de março de 2007 (recurso n. 43662/98, *Scordino c/ Itália*), atento às responsabilidades pelos desmandos na matéria, exorta o Estado, “antes de tudo, a tomar medidas que tenham por objetivo evitar qualquer ocupação anormal de terrenos, seja em caso de ocupação sem título desde o início, seja de ocupação inicialmente autorizada e tornada sucessivamente sem título” e “ainda a desencorajar a prática não conforme às normas das expropriações, em boa e devida forma, adotando medidas dissuasivas e procurando identificar as responsabilidades dos autores de tais práticas”. Acrescenta ainda que “o Estado deveria suprimir os obstáculos jurídicos que impedem a restituição do terreno sistematicamente e por princípio”. GIUSEPPE SPANÒ, diz a este respeito o seguinte: “O estado deve desencorajar a prática não conforme às normas das expropriações lícitas, adotando disposições dissuasivas e investigando a responsabilidade dos autores de tais práticas”⁶².

Numa expropriação nem sempre está em causa o dinheiro. Pode haver razões de ordem moral que assistem aos proprietários para não quererem que um prédio seja expropriado. E o proprietário tem todos os meios legais que o ordenamento jurídico lhe concede para se opor à expropriação, designadamente o da impugnação do ato de declaração de utilidade pública. O princípio da intangibilidade da obra pública afasta o princípio do contraditório, que constitui um princípio básico do nosso ordenamento jurídico.

⁶² Em 02/04/2013, « Alcune recenti riflessioni della Cassazione sull'art. 42 – Bis Testo Único expropri », em *Internet. ersonaedanno.it/*.

Diz RENÉ CHAPUS que “é necessário reconhecer que é sempre difícil justificar juridicamente a capitulação do direito perante o facto consumado”⁶³. Na verdade, tirando um caso ou outro em que razões específicas e aceitáveis ajudam a concordar com o princípio da intangibilidade, noutros casos, como em alguns dos que antes citamos, a atropelo à lei é de tal monta, que é muito difícil aceitá-lo. Para RENÉ HOSTIOU “a expropriação indireta constitui, quer se goste ou não, um desafio ao princípio da legalidade. Esta teoria, que se quer realista, incorre, nestas condições, no risco de aparecer como um brinde ao facto consumado, isto é, um encorajamento ao vício”⁶⁴.

Este último autor alude até haver quem defenda que a expropriação indireta representa uma “vantagem para a vítima, garantida de beneficiar da sorte da proteção que é mais favorável ao particular”. Todavia, uma tal argumentação conduz a que até o direito de renunciar a uma vantagem lhe é retirado!

O mecanismo da expropriação indireta *não garante um grau suficiente de segurança jurídica*⁶⁵. A título de exemplo, no caso tratado no acórdão identificado em rodapé, os proprietários, que se viram privados da propriedade do bem em janeiro de 1982, só tiveram segurança jurídica quando, em 23 de agosto de 2002, lhes foi dada a conhecer a decisão do Tribunal de Cassação. Acrescente-se ainda que a sentença do TEDH é de 6 de março de 2007.

Uma outra razão ainda. Numa aquisição de prédios para fins públicos, mesmo quando decorre um procedimento expropriatório normal, a iniciativa é da entidade adquirente, limitando-se, a maior parte das vezes, o proprietário a seguir atentamente o desenrolar do procedimento. No caso da expropriação indireta, a iniciativa é do proprietário e, se a não tomar, fica sem prédio e sem dinheiro. Por outras palavras, o particular tem de correr atrás do prejuízo, é empurrado para um litígio judicial que, às vezes, chega ao TEDH e demora anos e anos a ser resolvido. Não há indemnização que pague os contratemplos. A expropriação indireta é mais cómoda para o seu beneficiário, mais incómoda para o proprietário.

O princípio da intangibilidade da obra pública apresenta, lamentavelmente, uma vantagem que não é de sobras: *permite a realização de obras públicas sem capacidade financeira do beneficiário da expropriação*. Isto vem suficientemente retratado no acórdão do TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL DA TOSCANA (Itália) de 5 de junho de 2013, no qual se refere uma nota em que “a administração (Província) expõe a própria carência de disponibilidade financeira para chegar a uma transação”, num caso em que a mesma administração tinha decretado a ocupação urgente de 21 148 m² de terreno.

A cobertura pelo tribunal do princípio da intangibilidade da obra pública através da expropriação indireta, não só viola as regras de direito relativas à propriedade privada, como ainda *permite evitar a fiscalização prévia do Tribunal de Contas*, obrigatória nos termos do artigo 46º, nº 1, alínea b), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, nº 98/97, de 26 de agosto.

Viola ainda qualquer *norma ou diploma que, por razões de interesse público, impeça as construções realizadas*, mesmo no caso em que o ato de declaração de utilidade pública de expropriação tenha sido declarado nulo pelo tribunal administrativo, como aconteceu no caso referido no acórdão da Relação do Porto citado de 29 de outubro de 2012.

Também o problema da própria constitucionalidade se equaciona, visto que, em verdade, o juiz se substitui à entidade política ou administrativa com competência para declarar a utilidade pública da expropriação (artigo 14º do Código das Expropriações), praticando

⁶³ *Droit administratif général*, tomo 2, 5ª edição, 1990, Montchrestien - Paris, p. 443.

⁶⁴ Local citado.

⁶⁵ Sentença do TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM de 6 de março de 2007, recurso n. 43662, caso *Scordino c/ Itália*.

um ato administrativo ou político⁶⁶ e extrapolando dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 202^o da Constituição). Mais ainda, declara a utilidade pública da operação efetuada sem se preocupar com a respetiva fundamentação, obrigatória no procedimento normal de expropriação, e passando por cima de todos os impedimentos legais à realização da obra.

7. Qual o destino para o princípio da intangibilidade?

Muito se tem escrito sobre o destino que se encontra reservado ao princípio da intangibilidade da obra. Fala-se, com alívio, no seu fim, com esperança, na sua ressurreição e vitalidade, qual fénix renascida das cinzas. Rejeitamos estas duas posições extremas. A leitura dos acórdãos dos nossos tribunais judiciais, leva-nos a não aceitar a primeira hipótese. Quanto ao futuro, as mudanças verificadas em Itália apontam inelutavelmente para o seu fim. A França, por razões sentimentais, vai mantendo o princípio, sob condições, procurando uma adaptação aos novos ventos. A Espanha, como dissemos, resolveu o problema à nascença. Em Portugal, valha-nos, pelo menos, a posição dos tribunais administrativos.

É altura de se acabar com as prepotências da nossa Administração Pública e sermos realmente um Estado de Direito onde os direitos dos cidadãos são respeitados.

Deixando um diagnóstico da situação, diremos que o doente se encontra mal, com poucas hipóteses de sobrevivência.

Palavras-chave: Obras públicas; princípio da intangibilidade; direitos humanos; expropriação; demolição.

António Pereira da Costa
Advogado

⁶⁶ MARCELLO CAETANO define a declaração de utilidade pública como “o ato, legislativo ou administrativo, pelo qual se reconhece que determinados bens são necessários à realização de um fim de utilidade pública mais importante do que o destino a que estão afetados” (*Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 9^a edição reimpressa, 1980, p. 1024).