

■ **FORMAÇÃO CONTÍNUA** ■

DIREITO DO URBANISMO

**Jurisdição
Administrativa
e Fiscal**

setembro, 2020

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

Grande parte das situações com as quais são diariamente confrontados os Tribunais administrativos tem que ver com a matéria do Direito do Urbanismo.

E as acções de formação do Centro de Estudos Judiciários – pela forma como são concebidas e realizadas – reflectem isso mesmo.

Este e-book – com oito textos de reputados/as especialistas – vem permitir que não apenas quem assistiu às sessões em directo, mas todos/as os/as que a ele acedam possam usufruir do conhecimento e das reflexões feitas e agora plasmadas em escrito.

Assim se cumpre a função de serviço público do CEJ, sempre com a colaboração dos/as Autores/as e o gratificante esforço dos/as docentes que organizam as formações e as encerram com a publicação do e-book correspondente.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito do urbanismo

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Fernando Duarte – Juiz Desembargador e Docente do CEJ

Ana Carla Duarte Palma – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Tiago Brandão de Pinho – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2017/2018:

Direito do Urbanismo – 12 e 13 de Abril de 2018 ([programa](#))

Conceção e organização:

Marta Cavaleira, Fernando Duarte, Ana Carla Duarte Palma

Intervenientes:

João Miranda – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Dulce Lopes – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Paulo Correia – Professor do Instituto Superior Técnico

Fernanda Paula Oliveira – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Francisco Paes Marques – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Jorge Pação – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

António Duarte de Almeida – Advogado

Bernardo Azevedo – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 23/09/2020	

Direito do urbanismo

Índice

1. Natureza e efeitos dos atos administrativos de gestão urbanística	9
João Miranda	
2. Atos de gestão urbanística nulos e alteração superveniente dos pressupostos de direito	13
Dulce Lopes	
Introdução	15
Exposição	15
Análise	17
a. Alterações supervenientes de direito e procedimentos de legalização	17
b. A “contradição interna” entre efeitos putativos e a legalização	20
c. A comprovação das preexistências legais e a boa fé do particular	22
Conclusões	24
3. Conceitos técnicos nos domínios do Ordenamento do Território e do Urbanismo	37
Paulo Correia	
4. Loteamentos urbanos e dinâmica de normas de planeamento: revisitando o tema a propósito do Parecer da Procuradoria Geral de República n.º 33/2016	63
Fernanda Paula Oliveira	
1. Da sucessão de normas urbanísticas no tempo e a sua aplicação a situações intertemporais	66
2. Operações de transformação fundiária que dão origem a lotes para construção	71
3. O Parecer da PGR n.º 33/2016	83
4. Breves notas sobre a declaração de voto constante do Parecer da PGR	93
5. Os contrainteressados na impugnação de atos de gestão urbanística. Em especial a legitimidade do condomínio	109
Francisco Paes Marques	
1. Introdução: os “terceiros” e o Direito do Urbanismo	111
1.1. O Direito do Urbanismo como berço dogmático da multipolaridade administrativa	111
1.2. Conflitos interprivados e Direito do Urbanismo	112
2. Direito do Urbanismo e multipolaridade administrativa substantiva	115
2.1. Dogmática geral jurídico-administrativa no quadro urbanístico	115

2.2. Questões próprias do Direito do Urbanismo	117
3. Direito do Urbanismo e multipolaridade administrativa processual	119
3.1. Delimitação temática	119
3.2. Os contrainteressados na impugnação de actos de gestão urbanística	120
3.2.1. Enquadramento processual	120
3.2.2. Estatuto processual do contra-interessado	124
3.2.3. O acesso dos contra-interessados ao processo	126
3.2.3.1. A legitimidade processual dos contra-interessados	126
3.2.3.2. Interesse em (re)agir dos contra-interessados	127
3.2.4. Em especial- a legitimidade do condomínio	130
6. Obra pública ilegal e restauração natural	135
Jorge Pação	
7. A informação prévia favorável e a aprovação do projeto de arquitetura face à alteração superveniente dos pressupostos de direito	147
António Duarte de Almeida	
8. Expropriações e servidões administrativas	163
Bernardo Azevedo	
1. Nota introdutória	165
2. Servidão administrativa e figuras afins	166
2.1. Servidão administrativa e expropriação por utilidade pública	166
2.1.2. Os pressupostos de indemnizabilidade da imposição de servidões administrativas	172
2.2. Servidão de direito público e restrições de utilidade pública	180
2.3. Servidão de direito público e direitos de uso público	189
3. Modos de constituição e de extinção das servidões administrativas	215
3.1. Modos de constituição de servidões administrativas	215
3.2. Procedimento(s) administrativo(s) a que deve obediência a imposição de servidões administrativas	220
3.3. Modos de extinção de servidões administrativas	222
4. Tutela das servidões administrativas	227
4.1. Inalienabilidade	227
4.2. Imprescritibilidade	230
4.3. Autotutela	231



1. Natureza e efeitos dos atos administrativos de gestão urbanística

João Miranda

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. NATUREZA E EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DE GESTÃO URBANÍSTICA¹

João Miranda*

Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/1zgm6rd4za/streaming.html?locale=pt>

¹ Vídeo da apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



2. Atos de gestão urbanística nulos e alteração superveniente dos pressupostos de direito

Dulce Lopes

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. ATOS DE GESTÃO URBANÍSTICA NULOS E ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DOS PRESSUPOSTOS DE DIREITO*

Dulce Lopes**

Introdução

Exposição

Análise

a. Alterações supervenientes de direito e procedimentos de legalização

b. A “contradição interna” entre efeitos putativos e a legalização

c. A comprovação das preexistências legais e a boa fé do particular

Conclusões

Apresentação de *Power Point*

Vídeo

Introdução

O presente texto serve de memória à nossa participação na Ação de Formação Contínua "Direito do Urbanismo", que ocorreu no dia 12 de abril de 2018, no Centro de Estudos Judiciários, servindo, portanto, de registo escrito do que por nós foi exposto naquela sessão. Nesta, foi-nos pedido que nos debruçássemos sobre o tema da alteração superveniente dos pressupostos de direito nos casos em que tenha havido declaração (judicial ou, mesmo, administrativa) de nulidade de atos de gestão urbanística. Para o efeito e pelo seu particular interesse, analisaremos o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 6 de dezembro de 2017, proferido no processo 22/13.1BEBJA¹, de modo a com ele encetar um diálogo e retirar ilações pertinentes para a temática objeto do presente texto.

Exposição

O Acórdão acima mencionado teve como fundamento a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja, que, em termos sucintos (e de acordo com o resultante dos termos do acórdão) declara a nulidade do ato de licenciamento de obras de edificação (com 950 m² de área de implantação/construção, cêrcea de 6m e volumetria de 7586,50 m³), por violação do regime jurídico da reserva ecológica nacional, considerando irrelevante a invocação da garantia do existente na situação *sub iudicio* (uma vez que não constava qualquer prova no processo administrativo de que umas ruínas de antigos currais existentes no monte efetivamente tivessem existido). Complementarmente, reconhece efeitos putativos ao ato declarado nulo, pois entende que a contrainteressada agiu com a diligência devida e instruiu o processo como lhe foi demandado pelo Município. Como referido naquela sentença “*Na verdade, a declaração de reconhecimento de efeitos putativos (v.g. por apelo ao principio da proporcionalidade), por contraponto à requerida reposição do terreno no estado em que antes se encontrava (v.g. por apelo ao principio da legalidade), justifica-se na exata medida em que*

* Apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/43F68C833A99ED4F802581FD0052C484>

dos autos resulta que a Contrainteressada atuou com a diligência que lhe era devida, porquanto ao ter requerido o licenciamento e instruído o pedido como lhes foi solicitado pela Entidade Demandada, não tinha o dever de conhecer a existência dos assinalados vícios de violação de lei relativamente ao ato impugnado, até porque, o ato praticado pela Entidade Demandada goza de presunção de legalidade”.

Pondera ainda que, como houve posteriormente alteração da reserva ecológica nacional, excluindo aquela área do seu âmbito espacial de aplicação, haverá lugar à possibilidade de execução do licenciado, o que milita como argumento a favor dos efeitos putativos, não condenando, por isso, na reposição do terreno na situação em que se encontrava em data anterior à prática do ato nulo.

Já em sede de recurso, as questões suscitadas pelo Ministério Público recorrente, delimitadas pelas alegações de recurso e respectivas conclusões, traduzem-se em apreciar se o Tribunal *quo* errou ao reconhecer efeitos putativos ao ato declarado nulo, competindo sim à Administração, no âmbito do cumprimento do dever de executar a decisão, extrair as consequências da sua eliminação da ordem jurídica. De acordo com aquelas alegações *“Embora se reconheça que a peticionada medida de reposição da legalidade urbanística de demolição/reposição do terreno não podia ser decretada, dado que, na pendência da causa, o solo onde a obra foi erigida, ao abrigo do ato administrativo eliminado, deixou de integrar a REN, tornando-se abstratamente viável, em reexercício do poder administrativo, a sua legalização, o reconhecimento daqueles efeitos significa uma “juridificação da nulidade”, que confere à contrainteressada uma imediata e definitiva paz jurídica, segurança e estabilidade perante a obra que ilegalmente erigiu”.*

Em consequência, o Acórdão do Tribunal central Administrativo Sul de 6 de dezembro de 2017, refere que a Decisão recorrida *“é errática nos seus pressupostos”*, tanto afirmando, de um passo, que atribui efeitos putativos a um ato nulo, como, de outro, considera que este ato é passível de ser substituído pela Administração em sede de um eventual novo processo de licenciamento. Em qualquer caso, é seguro, no juízo do Tribunal Central, que passou a ser possível assegurar a conformidade da construção questionada, com as disposições legais e regulamentares em vigor e que, por isso, a ordem de demolição não deve ser imediatamente executada. Todavia, entende que nada disto tem a ver com o regime de salvaguarda de efeitos putativos do ato administrativo nulo, considerando que a matéria de facto provada é insuficiente para dar como demonstrada uma boa fé operativa para efeitos do disposto no artigo 134.º, n.º 3 do Código de Procedimento Administrativo, acentuando que esta demonstração é um ónus da recorrida. Conclui pela necessidade de se apreciar a susceptibilidade de legalização do edificado (reinstrução e nova decisão do procedimento), pois o ato de licenciamento da mesma é, para todos os efeitos nulo e assim foi declarado judicialmente. O que, na perspetiva do Tribunal, não contende com a improcedência do pedido relativamente ao pedido de condenação à reposição do terreno no estado em que antes se encontrava, o que aliás, não integra o objecto do recurso, pois não vem sequer questionado que não estão verificados os pressupostos de decretamento da medida de reposição do terreno/demolição.

Análise

A análise do acórdão referido suscita três questões essenciais, que, apesar de profundamente imbricadas no caso concreto, podem ser “destacadas” para efeitos expositivos. São elas a consideração da alteração superveniente dos pressupostos de direito em procedimentos de legalização (adoção de medidas de reposição da legalidade) de competência municipal (a); a alegada “contradição interna” entre a declaração de efeitos putativos e o decurso (e eventual desfecho) daquele procedimento de legalização (b.); e os termos e efeitos da comprovação de uma preexistência legal, para efeitos da garantia do existente, e para aferição da boa-fé do interessado (c.).

a. Alterações supervenientes de direito e procedimentos de legalização

Um das primeiras palavras devem ser dirigidas às múltiplas modalidades de alterações supervenientes de direito que podem ter um impacto nos procedimentos de legalização subsequentes a um ato que tenha sido declarado nulo². Desde logo, as alterações supervenientes àquela declaração podem ser de vária natureza: podem referir-se à modificação das condicionantes aplicáveis (a alteração da delimitação da reserva ecológica nacional, da reserva agrícola nacional, da cessão de uma servidão administrativa); à mudança de regras de planeamento (a alteração ou revisão de um plano municipal ou a aprovação de um novo instrumento de planeamento); à obtenção posterior de pareceres de entidades externas exigíveis e que, sendo vinculativos, foram ilegalmente omitidos ou não seguidos; ou à própria modificação de atos de gestão urbanística pressupostos, como sucede com a viabilização de uma necessária alteração ao loteamento. Estas são as situações que mais influenciarão as soluções normativas aos casos a que nos reportamos: aqueles em que houve lugar a declaração de nulidade e em que, *a final*, uma alteração normativa posterior passa a permitir a solução urbanística que inicialmente foi censurada.

Naturalmente que não são apenas estas as situações que influenciam os posteriores procedimentos de legalização, uma vez que poderá também haver situações de facto enquadradas normativamente que concorram para o mesmo objetivo. Pense-se numa situação em que a declaração de nulidade teve como objeto o excesso de área construtiva autorizada relativamente ao disposto nos instrumentos normativos aplicáveis. Neste caso, a realização de trabalhos de demolição parcial ou de correção/alteração, pode solucionar, supervenientemente, o problema jurídico congénito daquele ato. Do mesmo passo, pode esta situação ser solucionada pela ampliação da área do prédio, através da aquisição de prédios contíguos que possam ser considerados para o cumprimento dos índices e parâmetros de planeamento.

² Naturalmente que novos referentes normativos são relevantes também nos procedimentos de legalização relativos a ocupações urbanísticas desprovidas de quaisquer atos ou atuações urbanísticas que, à partida, as pareciam legitimar. Neste caso, porém, não há qualquer expectativa na aplicação de um determinado enquadramento jurídico, uma vez que este não chegou a ser concretizado, ao contrário do que sucede com as situações precedidas de um procedimento administrativo que findou e que pareceria ter sido devidamente concluído.

Uma outra questão que também assume relevo nesta matéria prende-se com as exigências técnicas (projetos de especialidades), procedimentais e instrutórias que podem ter sido alteradas entre o momento em que se proferiu o primeiro ato (declarado nulo) e o ato de legalização. Tradicionalmente estes eram obstáculos que, na prática administrativa, dificultavam muito aquela legalização. Porém, desde a inclusão do artigo 102.º-A no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação que esta tarefa ficou facilitada, uma vez que esta disposição permite o ajustamento das exigências técnicas e instrutórias à especificidade das situações de legalização. Merece particular atenção o disposto no n.º 5 daquele artigo que refere poder “(...) *ser dispensado o cumprimento de normas técnicas relativas à construção cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, desde que se verifique terem sido cumpridas as condições técnicas vigentes à data da realização da operação urbanística em questão, competindo ao requerente fazer a prova de tal data*”. Ou seja, mesmo que haja regras posteriores aplicáveis, por exemplo, aos requisitos acústicos dos edifícios, o cumprimento destas pode ser dispensada se a sua exigência se revelar desproporcional, o que significa que se pode assim proceder à legalização sem ajustamentos “internos” de maior às edificações (face àquilo que, portanto, era exigido no momento da realização da operação urbanística).

Mas as questões não se ficam por aqui, uma vez que há problemas que se suscitam ao nível dos termos de responsabilidade que constam do processo inicial de licenciamento quanto aos projetos então exigíveis. Ora, nos casos em que não haja obras de alteração e de ampliação, que obriguem a que o projeto de legalização tenha um objeto distinto do projeto inicialmente licenciado, tendemos a considerar que aqueles projetos devem igualmente ser aproveitados, não obstante a sua antiguidade. Porém, deverá ser submetido um novo termo de responsabilidade do coordenador do projeto que ateste e justifique o cumprimento pelo projeto das novas regras de direito (entretanto alteradas) e que fundamentam a legalização.

Não se pense, porém, que as alterações de direito superveniente, quando ocorram, apontam sempre no sentido da “legalização” de situações que teriam sido desenvolvidas *ao abrigo* de atos que se vieram a revelar nulos. É certo que esta é uma situação frequente uma vez que as entidades públicas competentes de tudo farão para viabilizar a legalização de situações que tiveram como base atos nulos, ao que não é estranho o facto de poderem ser responsabilizadas pela nulidade ocorrida e pelos efeitos devastadores que a mesma poderá ter em edificações que, muitas vezes, se encontram já concluídas³. Aliás, parece-nos ter sido precisamente isso que sucedeu no caso em apreciação, pois é referido que “*por despacho de 29.10.2015 publicado na 2ª série do DR nº 231 de 25.NOV.2015 a delimitação das áreas integradas na REN sofreu alterações, tendo sido excluídas “as situações participadas” pela Inspeção Geral ao MP entre as quais a situação dos presentes autos*”. Ou seja, a redelimitação

³ Na nossa experiência, porém, nestes casos, muitas situações há em que o ato é nulo, mas a edificação não foi concretizada (ou concretizada na sua totalidade) ou então foi-o mas em moldes muito diferentes daqueles previstos no ato nulo (com distinta implantação, com grandes ampliações, etc.). Neste caso, não se poderá dizer que, pelo menos integralmente, o ato nulo é o facto idóneo causador dos prejuízos sofridos pelos interessados com uma eventual necessidade de demolição do edificado.

da reserva ecológica nacional teve como objeto situações identificadas de nulidade num relatório inspetivo, tendo, portanto, um claro escopo legalizador⁴.

Não obstante, pode suceder que, ao mesmo tempo que se viabiliza uma legalização (pela redelimitação da reserva ecológica nacional ou pela alteração das normas do plano municipal aplicável, por exemplo), surjam outras alterações normativas que funcionem *em sentido oposto* ao da legalização.

Na nossa experiência, esta situação ocorre amiúde. Com o decurso do tempo modificações normativas ocorrem, seja com a aprovação, alteração ou revisão de planos territoriais, seja com a aprovação de novas condicionantes, como sucede com as relativas à defesa de pessoas e bens contra incêndios florestais que obrigam a afastamentos à extrema que, no momento dos licenciamentos iniciais (entretanto declarados nulos), não eram aplicáveis⁵. Esta “contradição” entre pressupostos de direito que estão vigentes no momento de legalização tem suscitado problemas relevantes que resultam, essencialmente, da regra geral *tempus regit actum* (o ato de legalização deve ser apreciado tendo em linha de conta os referentes normativos então aplicáveis, artigo 67.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Sabendo, ademais, que algumas daquelas disposições supervenientes não incluem regras sobre a sua aplicação a situações (de facto ou de direito) anteriores, coloca-se a questão de saber se as mesmas inviabilizam ou devem inviabilizar uma legalização que se pretenda levar a cabo.

Ora, tendo de ser praticado um ato regularizador, que poderá permitir a conversão do ato nulo⁶, através da “*mutação*” de *actos através do aproveitamento dos seus segmentos válidos, procedendo-se, com base neles, à prática de um outro acto*”⁷, cumpre saber se a existência superveniente de outro enquadramento normativo, exige que se afira o cumprimento deste. Ora, apesar de o ato de convalidação ser um novo ato que permite “sanar” os aspetos ilegais do ato nulo, a verdade é que ele tem uma nítida intenção regularizadora e se refere a uma

⁴ Na nossa perspetiva este escopo não poderá ser o único fundamento subjacente a esta redelimitação, devendo a mesma resultar de uma adequada tarefa de ponderação dos interesses que aconselham e dos que contraditam a modificação do âmbito espacial daquela reserva. Efetivamente, poderá haver casos em que o tipo de interesse público ambiental em presença e os riscos envolvidos na manutenção de uma edificação, inviabilizam uma qualquer exclusão da área ocupada pela edificação do regime jurídico da reserva ecológica nacional e, por isso, impossibilitam a sua legalização.

⁵ Aliás, estas restrições ancoradas no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de junho, e nos planos municipais de defesa da floresta contra incêndios aplicáveis, são aquelas que mais têm suscitado dúvidas no que se refere às legalizações de operações urbanísticas em solo rústico.

⁶ Contrariando, no acórdão em apreciação, a necessidade de um ato de legalização, cf. o voto de vencido da Juíza Desembargadora Cristina Santos: “Na medida em que nada se provou no domínio da incompatibilidade de usos do solo decorrente da construção do pavilhão agrícola à data da aprovação do projecto de arquitectura em 21.02.2003, sendo certo que a situação territorial de implantação do pavilhão deixou de integrar área REN, há uma *redução da discricionariedade a zero por parte do Município no tocante à legalidade da operação urbanística em causa*, que só pode ser no sentido da manutenção do licenciamento consequente à aprovação do projecto de arquitectura em 21.02.2003” (substituídos os negritos do texto originário do voto de vencido, por itálico).

⁷ LICÍNIO LOPES MARTINS, “A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes”, *Comentários ao Código de Procedimento Administrativo*, II Vol., 4.ª ed, AAFDL, 2018, p. 313.

realidade que se encontra já firmada anteriormente, no momento em que foi praticado o ato nulo. Assim, deve questionar-se se o enquadramento de referência não deverá, afinal, ser reportado ao momento em que o ato nulo foi praticado, sob pena de se inviabilizar qualquer intento convalidador, hoje expressamente permitido pelo Código do Procedimento Administrativo (artigo 164.º, n.º 2).

Em qualquer caso, cumpre sempre questionar, em face das dificuldades expostas, se no caso vertente e noutros similares, bastará a alteração da delimitação da reserva ecológica nacional para que se conclua pela possibilidade e/ou, mesmo, pela deverosidade da legalização. Ou se esta legalização não será ainda uma “incógnita” que, naturalmente, cumprirá às autoridades municipais competentes apreciar e decidir, em face dos dados normativos (e de facto) aplicáveis no momento da decisão. Portanto, não obstante o Acórdão em análise referir que “*é seguro que passou a ser possível assegurar a conformidade da construção questionada*”, com a reserva ecológica nacional, não é seguro que daí se possa concluir pela inevitável legalização do edificado.

b. A “contradição interna” entre efeitos putativos e a legalização

Para além da possibilidade de conversão de atos nulos, a que já aludimos, a tentativa de temperar os efeitos radicais e destrutivos de situações de nulidade passam, na perspetiva do legislador, pela atribuição ou reconhecimento de efeitos putativos àqueles atos⁸. Também no âmbito urbanístico se percebe uma tendência progressiva, nos Tribunais, para invocar aqueles efeitos, de modo a conseguir um “equilíbrio” entre a ausência “de direito” do ato legitimador e a concretização de edificações que o tiveram “de facto” como pressuposto⁹.

Os efeitos putativos na situação vertente são invocados à luz do disposto no Código de Procedimento Administrativo de 1991, que dispunha que “(o) disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito” (artigo 134.º, n.º 3). O hoje vigente Código de Procedimento Administrativo estabelece que “(o) disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo” (artigo 162.º, n.º 3). Assiste-se a alguma evolução entre as duas disposições, na medida em que a última delas deixou de fazer depender de forma expressa a atribuição dos efeitos putativos do fator tempo para passar a decorrer de forma mais marcada de referentes

⁸ Outras formas de moderação do regime de nulidade têm sido relevantes no plano urbanístico, designadamente pelo regime especial previsto no artigo 69.º, n.º 4 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e pela ocorrência de situações de declaração de nulidade parcial de atos de gestão urbanística. Não constituem, porém, objeto da nossa intervenção.

⁹ Sobre estes efeitos, cf. CLARA SERRA COELHO, “A preservação de efeitos do acto administrativo de gestão urbanística nulo”, *O Direito do Urbanismo, do Ordenamento do Território e os Tribunais*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 241-294; e RICARDO NEVES, “Os Efeitos Putativos na Nulidade dos Actos Urbanísticos: Entre a Tutela da Confiança e o Interesse Público”, *@pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 2, junho, 2014, disponível *online*.

principiológicos¹⁰. Ainda assim, anote-se que, no caso em análise, o critério tempo nos pareceria sempre estar verificado (nem foi colocado em causa), uma vez que o lapso transcorrido extraprocessualmente é de cerca de dez anos (o projeto de arquitetura foi aprovado a 21.02.2003 e a ação deu entrada a 10.01.2013), o que inequivocamente, na doutrina, tem servido de critério-guia nesta matéria.

É certo que o Acórdão coloca em causa o cumprimento do requisito da boa-fé por parte do contrainteressado (*i.e.* o requerente da licença e à qual esta, bem como a declaração de nulidade, foram dirigidos). Sobre esta questão nos debruçaremos *infra*.

Não obstante, mais do que a não satisfação dos requisitos para a atribuição dos efeitos putativos, o acórdão a que nos reportamos considera, se assim podemos formulá-lo, que há uma contradição nos termos entre a aferição pelo município da possibilidade de legalização e a declaração de efeitos putativos.

Tanto para o Tribunal, como para o Ministério Público recorrente, o reconhecimento daqueles efeitos significa uma "*juridificação da nulidade*", que confere à contrainteressada uma imediata e definitiva paz jurídica, segurança e estabilidade perante a obra que ilegalmente erigiu, pelo que tal tornaria – assim concluímos – desnecessário o desencadear um procedimento de legalização.

Mas será verdadeiramente assim? Ou será sempre assim?

Uma coisa é certa: a legalização é uma "*(r)realidade distinta do regime de salvaguarda de efeitos putativos do acto administrativo nulo*" (cf. conclusões do Acórdão) e, na nossa posição, é precisamente por isso que não há qualquer contradição insanável entre uma declaração judicial (ou, mesmo administrativa, de ocorrência de efeitos putativos) e um posterior procedimento de legalização.

Desde logo porque, como pensámos já ter acentuado, não há necessariamente a certeza, no momento em que se profere a decisão sobre efeitos putativos, que o procedimento de legalização será iniciado, tramitado e concluído em sentido positivo (no sentido da legalização integral do edificado). É certo que, no caso concreto, tal pareceria estar "à partida" assegurado, mas esta não será a configuração de muitas outras situações em que tenham ocorrido ou possam ocorrer alterações normativas supervenientes.

Mas, mais do que isso, não concordamos que a atribuição de efeitos putativos permita uma absoluta juridificação da nulidade. Se, de facto, por via do reconhecimento desses efeitos se consegue uma "*imediate e definitiva paz jurídica, segurança e estabilidade perante a obra que ilegalmente erigiu*", tal não implica que esta estabilização equipare uma situação de atribuição de efeitos putativos a um ato nulo a uma outra em que aquele ato foi seguido por outro que legalizou a edificação construída. É que, quanto a este último, os seus efeitos serão similares aos de um ato de licenciamento *ex ante*, o que significa que, dentro do enquadramento em

¹⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA/JOSÉ EDUARDO DIAS, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 4.ª ed., 2015, p. 241.

cada momento aplicável, poderá o seu proprietário alterar, ampliar, modificar a utilização, etc. da edificação que conseguiu ver legalizada. Já quanto às edificações que estejam *a coberto* de um ato nulo meramente “juridificado”, não vemos que as mesmas possam ser objeto de intervenções que viabilizem um qualquer “agravamento” do cumprimento das regras urbanísticas, apenas podendo ser alvo de obras de conservação da própria construção e de manutenção da utilidade e função da edificação, tendo em vista o definido no ato nulo.

Pelo que terão sempre aqueles efeitos putativos um efeito necessariamente parcial e retrospectivo. Pretendendo o interessado uma mais extensa tutela da sua posição jurídica apenas a conseguirá por via da legalização *stricto sensu* do edificado e não por intermédio do reconhecimento daqueles efeitos putativos. Pelo que, e assim concluímos, não há qualquer coincidência, nem de pressupostos nem de efeitos entre as duas figuras jurídicas, pelo que tendemos a considerar que ambas podem ser conjugadas, judicial e administrativamente, em casos concretos, dos quais não excluiríamos o vertente.

c. A comprovação das preexistências legais e a boa fé do particular

Há uma outra linha argumentativa no acórdão, resultante das alegações produzidas pelo Ministério Público e que se sintetizam na seguinte consideração: *“(n)ão se verificam os pressupostos de atribuição de efeitos putativos ao ato declarado nulo, pois tudo indica que a contrainteressada agiu de má-fé ou, pelo menos, não atuou de boa-fé nem no âmbito de uma situação de confiança justificada pela precedente conduta administrativa”*. Acrescentando, para justificar essa ausência de boa fé que *“(n)a verdade, na memória descritiva e justificativa do projeto de arquitetura invocam-se umas “ruínas existentes dos antigos currais anexos ao monte (...), não se alterando (...) o estado de utilização dos solos da propriedade” (fls. 16 do instrutor); no entanto, nenhum documento público ou privado as descreve ou sequer refere, permitindo concluir pela sua realidade, para além de que, nem naquela peça, nem no livro de obra, se faz a mínima referência à necessária demolição das pretensas “ruínas existentes”, que a fiscalização municipal também não verificou”*.

Ou seja, censura-se a circunstância de não ter sido comprovada objetivamente a preexistência invocada, ao não ter sido a instrução do procedimento precedida ou nela incluído um momento de atestação da preexistência, da sua antiguidade e do seu uso, como o exige o artigo 60.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, para que o interessado pudesse invocar as, assim designadas, garantia da existência passiva (permitindo a manutenção de edifícios e usos legalmente existentes, ainda que supervenientemente contrários às determinações de uso do dolo para o local) e garantia da existência ativa (permitindo a realização de algumas obras nesse mesmo edificado: as de alteração e das de reconstrução).

Em face daquela disposição legal, é límpido concluir que o primeiro e principal interessado na atestação de uma preexistência legal é o seu proprietário, uma vez que com essa certificação o coloca acoberto de um conjunto amplo de exigências legais e regulamentares que dificilmente (ou apenas com alguns encargos) poderia satisfazer.

E porque a existência legal da construção (e identidade entre a construção anterior à exigência legal de licenciamento e a construção atual, em especial a sua implantação e volumetria) são pressupostos constitutivos da emissão da certidão sobre o edifício (ou parte dele), considera a nossa doutrina mais qualificada que *àquele a quem aproveitar a cláusula da garantia do existente cabe o ónus da prova dos seus pressupostos*¹¹.

O que significa que, de facto, cabe aos interessados provar os factos que tenham alegado, devendo estes carrear todos os dados que tenham a este propósito e que permitam firmar a sua pretensão jurídica. Tal não implica que o Município não deva, ao abrigo do princípio do inquisitório, auxiliá-los nesta tarefa, designadamente através de vistorias que lhe sejam solicitadas. No entanto, este auxílio na recolha das provas relevantes no caso não pode exceder o que é pertinente e possível para as entidades municipais.

Não obstante, o que inequivocamente se exige das autoridades municipais é que estas fixem *“os critérios e trâmites do reconhecimento de que as edificações construídas se conformam com as regras em vigor à data da sua construção, assim como do licenciamento ou comunicação prévia de obras de reconstrução ou de alteração das edificações para efeitos da aplicação do regime da garantia das edificações existentes”* [artigo 3.º, n.º 1, alínea e) do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação], portanto que explicitem e publicitem de que forma podem os interessados obter o reconhecimento de edifícios legalmente preexistentes. Portanto, pode concluir-se que a prova das preexistências compete aos interessados, mas de acordo com os critérios definidos ao nível municipal.

Podemos no entanto dar nota que, na nossa experiência, existe nesta matéria uma grande dualidade de perspetivas municipais: municípios há que pouco controlo objetivo fazem daquelas preexistências, bastando-se com menções ou relatórios privados sobre as mesmas e admitindo situações em que as edificações são, afinais, ruínas ou amontoados de escombros; outros há que procedem a um controlo adequado dessas preexistências exigindo prova objetiva da antiguidade e manutenção da preexistência nos seus contornos essenciais: volume e função do edificado. Naturalmente que não podemos deixar de censurar, em geral, a atuação daquele primeiro núcleo de municípios (acentuando que muitos têm vindo a rever as suas práticas, orientações e regras internas, de modo a se adequarem de forma criteriosa ao regime legal da garantia do existente). Mas, por termos consciência desta dualidade, não nos quer parecer que se possa fazer uma associação direta e imediata entre o não cumprimento do ónus da prova que impendia, é certo, sobre o interessado, e a sua má-fé ou, pelo menos, a ausência de boa-fé deste.

Parece um passo muito largo admitir, sem mais, que, em face daquela circunstância – que até poderia corresponder ao *modus operandi* municipal, que nada mais exigiu ao interessado em termos de prova da preexistência, o que, aliás, é acentuado na sentença recorrida –, o conainteressado não viesse a merecer qualquer tutela pelo direito, dado não se ter guiado pelo princípio da boa-fé. Se bem que o não cumprimento daquele ónus de prova pode funcionar como *indício* no sentido de se aferir da boa ou má-fé do interessado, o mesmo teria

¹¹ Cfr. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 4.ª ed., 2009, p. 678.

de ser corroborado por outras considerações fáctico-jurídicas, designadamente pela análise das práticas de apreciação municipal das situações de garantia do existente, de modo a aferir se o interessado, afinal, confiou nas informações que lhe foram prestadas ou tentou, ao invés, influenciar o procedimento e decisão no sentido que lhe era mais favorável.

Conclusões

A alteração de pressupostos de direito posterior à declaração de nulidade de um ato de gestão urbanística suscita um conjunto de questões relevantes que carecem ainda de desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial. Não obstante o legislador incluir mecanismos que permitem considerar e operacionalizar aquelas alterações e, bem assim, (re)enquadrar normativamente uma situação ilegal, resultante da prática de um ato nulo, é importante perceber como aqueles se articulam entre si. Na presente exposição pretendemos realçar que a atribuição de efeitos putativos a atos nulos nem sempre será mutuamente excludente em face da tentativa de legalização da operação urbanística que com base neles foi concretizada. De facto, os pressupostos e efeitos de cada um destes instrumentos jurídicos de moderação dos efeitos gravosos resultantes de uma situação de nulidade não são coincidentes, podendo perceber-se um núcleo pertinente de casos em que ambos podem operar conjuntamente.

Apresentação Power Point

Atos de gestão urbanística nulos e alteração superveniente dos pressupostos de direito

Dulce Lopes

dulce.rdgr@gmail.com

Diálogo com as decisões judiciais

- Decisão TAF Beja:
 - Declara a nulidade do ato de licenciamento (violação da REN; irrelevante a garantia do existente)
 - **Reconhece-lhe efeitos putativos por apelo ao princípio da proporcionalidade**
 - Considera que a contrainteressada agiu com a diligência devida e instruiu o processo como lhe foi demandado pelo Município
 - Como houve alteração da REN, excluindo aquela área, considera a possibilidade de execução como um argumento a favor dos efeitos putativos, **não condenando na reposição do terreno**

Recurso

- As questões suscitadas pelo **Recorrente (MP)**, delimitadas pelas alegações de recurso e respectivas conclusões, traduzem-se em apreciar se o Tribunal *a quo* errou ao reconhecer **efeitos putativos ao acto declarado nulo**, competindo sim à Administração, no âmbito do cumprimento do dever de executar a decisão, extrair as consequências da sua eliminação da ordem jurídica.

Acórdão TCA Sul 6 Dezembro 2017, proc. 22/13.1BEBJA

- Refere que a decisão **recorrida é errática nos seus pressupostos, tanto afirmando, de um passo, que atribui efeitos putativos a um acto nulo, como, de outro, considera que este acto é passível de ser substituído pela Administração em sede de um eventual novo processo de licenciamento.**
- é **seguro** que passou a ser possível assegurar a conformidade da construção questionada, com as disposições legais e regulamentares em vigor
- E que, por isso, **a ordem de demolição não deve ser imediatamente executada**

- Nada disto tem a ver com o regime de salvaguarda de efeitos putativos do acto administrativo nulo.
- **Matéria de facto provada é insuficiente** para dar como demonstrada uma boa fé operativa para efeitos do disposto no art. 134.º, nº 3 (que é um ónus da Recorrida)
- Necessidade de apreciar a susceptibilidade de legalização do edificado (reinstrução e nova decisão do procedimento), sob pena da sua demolição, pois que o acto de licenciamento da mesma é, para todos os efeitos nulo e assim foi declarado judicialmente.

- O que acaba de se explicitar não contende com a **improcedência do pedido relativamente ao pedido de condenação à reposição do terreno** no estado em que antes se encontrava
- O firmado no dispositivo da sentença e que, aliás, não integra o objecto do recurso, terá necessariamente que entender-se como referindo-se a uma imediata reposição do terreno no estado anterior, o que não sai beliscado com a decisão deste recurso.

Alteração superveniente (de direito?)

- Alteração superveniente de circunstâncias relevantes:
 - A modificação da lei (questões técnicas e procedimentais)
 - A modificação das condicionantes (como a REN)
 - A modificação dos instrumentos de planeamento
 - A obtenção de pareceres exigíveis
 - A modificação de atos de gestão urbanística (alteração ao loteamento, alteração da autorização de utilização)
 - Realização de trabalhos de correção/ alteração
 - A modificação de áreas dos prédios
 - A aquisição de legitimidade
 - A ocorrência de factores pessoais (doenças, ausência de alternativa habitacional, etc.)

Redelimitação da REN e legalização

- No caso vertente, bastará a alteração da delimitação da REN para que se conclua pela possibilidade e deverosidade da legalização?
- O “desaparecimento” do “edifício legalmente preexistente” que funcionou como ancoradouro do licenciamento inicial...
- E a própria legalidade da redelimitação da REN?
 - Foram excluídas “as situações participadas” pela Inspeção Geral ao MP entre as quais a situação dos presentes autos

Efeitos putativos: tempo

- Efeitos putativos
 - Voto de vencido: Segundo a petição inicial, está em causa um pavilhão agrícola construído em espaço REN, com projecto de arquitectura aprovado por despacho de 21.02.2003, sendo que a acção entrou a 10.01.2013
 - Decurso do tempo – que tempo? 10 anos???
 - O extra-processual ou o processual?

Efeitos putativos: princípios e boa fé

- Efeitos putativos:
- Boa / má fé:
 - MP: *Não se verificam os pressupostos de atribuição de efeitos putativos ao ato declarado nulo, pois tudo indica que a contrainteressada agiu de má-fé ou, pelo menos, não atuou de boa-fé*
 - *projeto de arquitetura invocam-se umas "ruínas existentes dos antigos currais anexos ao monte (...), não se alterando (...) o estado de utilização dos solos da propriedade" (fls. 16 do instrutor); no entanto, nenhum documento público ou privado as descreve ou sequer refere, permitindo concluir pela sua realidade, para além de que, nem naquela peça, nem no livro de obra, se faz a mínima referência à necessária demolição das pretensas "ruínas existentes", que a fiscalização municipal também não verificou.*

Efeitos putativos: princípios e boa fé

- Efeitos putativos
 - A prova das preexistências compete aos interessados, mas de acordo com os critérios definidos ao nível municipal
 - Erraticidade municipal (alguns Municípios aceitam meros elementos subjetivos ou privados para concluir pela preexistência)
 - Ónus da prova e boa fé? Relação direta e imediata ou relação indiciária (voo de vencido: interesse pretensivo legítimo do contrainteressado deveria ter sido ponderado)

- Mero Incumprimento de formalidades instrutórias ? (presunção da completude do processo, após a fase do saneamento e apreciação liminar ou
- Incumprimento de condições substantivas de apreciação e deferimento do pedido, mas que têm lastro formal e instrutório?
 - Declaração de que é agricultor;
 - Exigência de comprovação inequívoca da preexistência...

Efeitos putativos: efeitos

- Efeitos putativos:
 - MP: o reconhecimento daqueles efeitos significa uma "juridificação da nulidade", que confere à contrainteressada **uma imediata e definitiva paz jurídica**, segurança e estabilidade perante a obra que ilegalmente erigiu.
 - Será assim?
 - Uma regulação/decisão definitiva, mas **parcelar** nos seus efeitos
 - Indicação de quais os efeitos subsistentes por sentença judicial (o que não foi feito no caso)
 - **Não preclui a legalização do edificado** (ao contrário do que parece ter resultado do Acórdão do TCA Sul)

Enquadramento normativo

- **Artigo 3.º**
Poderes dos tribunais administrativos
- 1 - No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação.
2 - Por forma a assegurar a efetividade da tutela, os tribunais administrativos podem fixar oficiosamente um prazo para o cumprimento dos deveres que imponham à Administração e aplicar, quando tal se justifique, sanções pecuniárias compulsórias.
- (...)

■ Artigo 95.º – Objeto e limites da decisão

- 4 - Nas sentenças que condenem à emissão de atos administrativos ou normas ou imponham o cumprimento de outros tipos de deveres à Administração, o tribunal tem o poder de fixar oficiosamente um prazo para o respetivo cumprimento, que, em casos justificados, pode ser prorrogado, bem como, quando tal se justifique, o poder de impor sanção pecuniária compulsória, destinada a prevenir o incumprimento, segundo o disposto no artigo 169.º
- 5 - Quando no processo tenha sido deduzido pedido de condenação da Administração à adoção de atos jurídicos ou comportamentos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, sem que a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma atuação como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato jurídico ou do comportamento a adotar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração.

■ Artigo 45.º do CPTA (e 45.º-A) Modificação do objeto do processo

- 45.º, n.º 1 - Quando se verifique que a pretensão do autor é fundada, mas que à satisfação dos seus interesses obsta, no todo ou em parte, a existência de uma situação de impossibilidade absoluta, ou a entidade demandada demonstre que o cumprimento dos deveres a que seria condenada originaria um excecional prejuízo para o interesse público, o tribunal profere decisão na qual:
 - a) Reconhece o bem fundado da pretensão do autor;
 - b) Reconhece a existência da circunstância que obsta, no todo ou em parte, à emissão da pronúncia solicitada; (...)
- 45.º-A, n.º 2 - O disposto no artigo anterior também é aplicável quando, na pendência de ação de condenação à prática de ato devido, se verifique que a entidade demandada devia ter satisfeito a pretensão do autor em conformidade com o quadro normativo aplicável, mas a alteração superveniente desse quadro normativo impeça a procedência da ação.

- ❑ Estes artigos prevêm uma modificação objectiva da instância quando se constate, na fase declarativa do processo, que ocorre uma causa legítima de inexecução que torna inviável a execução de uma (eventual) sentença condenatória que venha a ser proferida
- ❑ Nestas situações, quando o tribunal verifique, em face dos dados constantes do processo, que, por virtude do *grave prejuízo para o interesse público*, não pode declarar a nulidade dos actos objecto de impugnação, emite uma sentença na qual deve recusar essa declaração.
- ❑ Há uma antecipação do julgamento a efectuar a respeito da causa legítima de inexecução que, de outro modo poderia ser invocada pela Administração no âmbito do processo executivo.
- ❑ Ora, existindo no processo *sub iudice* factos que permitem identificar causas legítimas de inexecução da sentença, cumpria ao Tribunal oficiosamente proferir sentença a reconhecer aquele grave prejuízo e, portanto, a antecipar, para a fase declarativa, a decisão que viria (ou virá) a ser tomada no processo executivo.

Em todo o caso, considerando que a norma do art. 19.º PDM foi entretanto objeto de alteração, [REDACTED], admitindo agora a construção de habitações na classe de espaço em causa por parte do proprietário, “[REDACTED]” a [REDACTED], o que se configura como superveniência suscetível de permitir a legalização da obra, **modifica-se o pedido de demolição** (que na petição inicial se denomina como de reposição do terreno) para o de **condenação** do município a instaurar, tramitar e decidir procedimento de legalização, nos termos do art.º 102.º-A RJUE, proferindo a decisão que, no seu termo, considerar adequada à luz do quadro legal então vigente.

Ac TCA Sul, de 7 abril 2016, proc. 3456/08

- *Cruzando, neste aspecto, a possibilidade de prática de novo acto com a dogmática da figura da ordem de demolição enquanto medida administrativa de reposição da legalidade urbanística, verifica-se que, no presente caso, deveria ter sido dada prioridade à hipótese de emissão de novo acto, em detrimento do imediato decretamento da demolição;*
- **É que, conforme demonstrado, no caso dos autos nenhuma das causas de invalidade apontadas pelo TAF do Funchal pode ser considerada inultrapassável em sede de um eventual processo de legalização;**
- **Precipitação do Tribunal a quo quando ordenou a demolição da edificação em causa.**

- Com efeito, errou o Tribunal a quo quando ajuizou sobre a inevitabilidade jurídica da demolição, o que fez, aliás, sem a prova clara e inequívoca dos factos de onde decorra não só a ilegalidade, mas também a impossibilidade de legalização da construção em causa.
- Do que se vem de dizer, resultará que a ora **Recorrente** ficará constituída no dever de verificação da possibilidade de legalização do edificado e de acordo com o quadro legal vigente (o que poderá passar por um convite ao **Contra-interessado** para apresentar novo pedido de licenciamento para esse fim), proferindo nova decisão em conformidade.
- Por fim, considerando a situação presente, entende-se como razoável fixar um prazo de 30 dias para a adopção da conduta que se determina à ora **Recorrente** (art. 3.º, n.º 2, do CPTA)

Questões

■ Inversão processual!

- De causa legítima de inexecução (pós-sentença ou acórdão) a avaliação integrada na decisão declaratória
- A demolição /reposição do terreno não é ordenada pelo Tribunal, pelo que terá de ser objecto de um novo processo e decisão judicial...
- Um possível ciclo vicioso (em que já se encontra enredada a Administração)

■ Problemas advenientes:

- Saber quando é razoável e, mais, expectável que ocorra uma legalização, uma vez que esse não é, inicialmente, o foco do processo...
- Dois (Três) momentos de avaliação (prévia) dos mesmos requisitos de legalização : quantas oportunidades devem ser dadas aos interessados?
 - Depende de saber se houve uma efetiva e relevante alteração superveniente!

- **Artigo 95.º, n.º 6 CPTA** - Quando, na hipótese prevista no número anterior, o quadro normativo permita ao tribunal especificar o conteúdo dos atos e operações a adotar, mas da instrução realizada não resultem elementos de facto suficientes para proceder a essa especificação, o tribunal **notifica a Administração para apresentar, no prazo de 20 dias, proposta fundamentada sobre a matéria e ouve em seguida os demais intervenientes no processo**, podendo ordenar as diligências complementares que considere necessárias antes de proferir a sentença.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/21ssuq3nne/streaming.html?locale=pt>



3. Conceitos técnicos nos domínios do Ordenamento do Território e do Urbanismo

Paulo Correia

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. CONCEITOS TÉCNICOS NOS DOMÍNIOS DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E DO URBANISMO*

Paulo Correia**

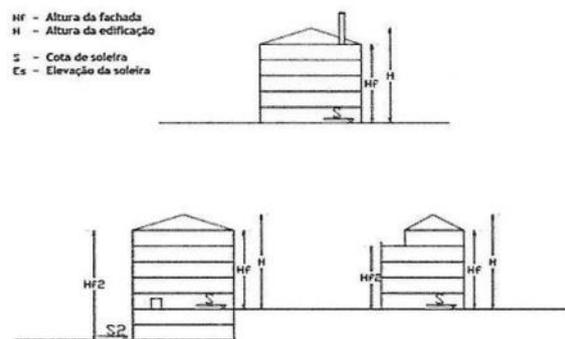
Vídeo

Conceitos - Decreto Regulamentar n.º 9/2009, de 29 de maio:

Altura da fachada - «a dimensão vertical da fachada, medida a partir da cota de soleira até à linha superior da cornija, beirado, platibanda ou guarda de terraço, acrescida da elevação da soleira, quando aplicável».

Altura da edificação ou altura total – a dimensão vertical total do edifício medida a partir da cota de soleira até ao ponto mais alto do edifício incluindo cobertura e demais volumes edificados nela existente, mas excluindo chaminés e elementos acessórios e decorativos, acrescida da elevação da soleira quando aplicável.

Figura 3 a - Altura da fachada; Altura da edificação



Altitude máxima de edificação – Cota altimétrica máxima que pode ser atingida por qualquer elemento construído, existente ou previsto, independentemente da sua natureza ou função (casos, muito específicos, do controlo do espaço aéreo, e do controlo de vistas ou da paisagem).

Cércea (termo não incluído no – Dec. Reg. n.º 9/2009) – Bitola volumétrica ou gabarito que delimita o volume máximo da edificação. Dado que a aplicação deste termo no Regulamento Geral das Edificações Urbanas leva à sua consideração como altura de fachada (ou altura total, dependendo da inclinação da cobertura), tem persistido alguma confusão quanto ao seu significado.

Artigo 59.º (RGEU) A altura de qualquer edificação será fixada de forma que em todos os planos verticais perpendiculares à fachada nenhum dos seus elementos, com excepção de

* Apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

** Professor do Instituto Superior Técnico.

chaminés e acessórios decorativos, ultrapasse o limite definido pela linha recta a 45º, traçada em cada um desses planos a partir do alinhamento da edificação fronteira, definido pela intersecção do seu plano com o terreno exterior.

§ 1º Nas edificações construídas sobre terrenos em declive consentir-se-á, na parte descendente a partir do referido plano médio, uma tolerância de altura até ao máximo de 1,50m.

§ 2º Nos edifícios de gaveto formado por dois arruamentos de largura ou de níveis diferentes, desde que se não imponham soluções especiais, a fachada sobre o arruamento mais estreito ou mais baixo poderá elevar-se até à altura permitida para o outro arruamento, na extensão máxima de 15 metros.

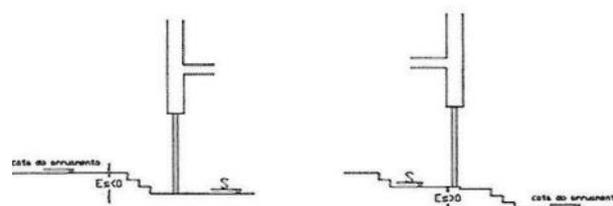
§ 3º Nas edificações que ocupem todo o intervalo entre dois arruamentos de larguras ou níveis diferentes, salvo nos casos que exijam soluções especiais, as alturas das fachadas obedecerão ao disposto neste artigo.

§ 4º Em caso de simples interrupção de continuidade numa fila de construções poderá o intervalo entre as duas edificações confinantes ser igual à média das alturas dessas edificações, sem prejuízo, no entanto, do disposto no artigo 60º.

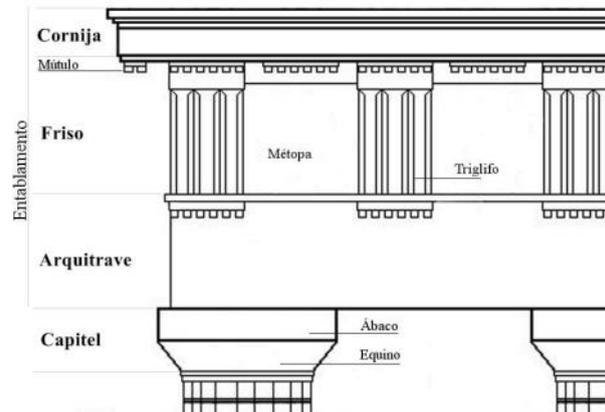
Soleira - Limiar da porta. Moldura inferior de uma porta. A parte inferior do vão da porta no solo. Também designa o remate na mudança de acabamento de pisos, mantendo o mesmo nível, e nas portas externas, formando um degrau na parte de fora.

Cota de soleira - Demarcação altimétrica do nível do pavimento da entrada principal do edifício. Quando o edifício se situa entre dois arruamentos a diferentes níveis com entradas em ambos, deve ser claramente indicado aquela que considera a entrada principal.

Figura 3 b - Cota de soleira; Elevação da soleira

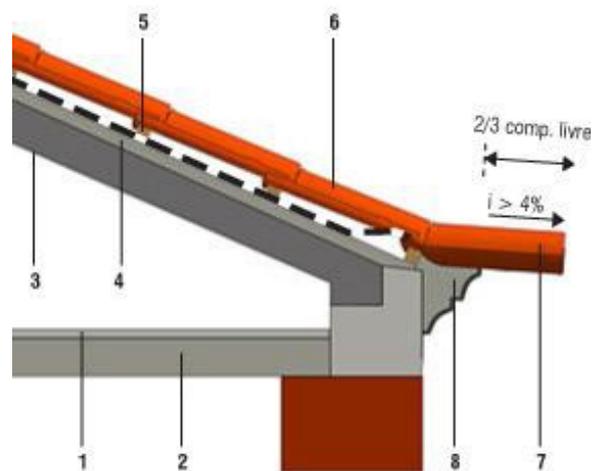


Cornija – (do italiano *cornice*) é um termo usado em arquitetura para referir uma faixa horizontal que se destaca na parede.

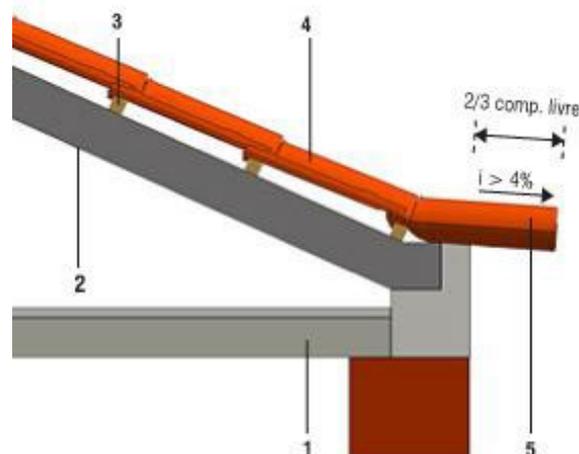


Beirado – Parte do telhado que se projeta além do prumo das paredes externas.

Exemplo de beirado à Portuguesa (com cornija).

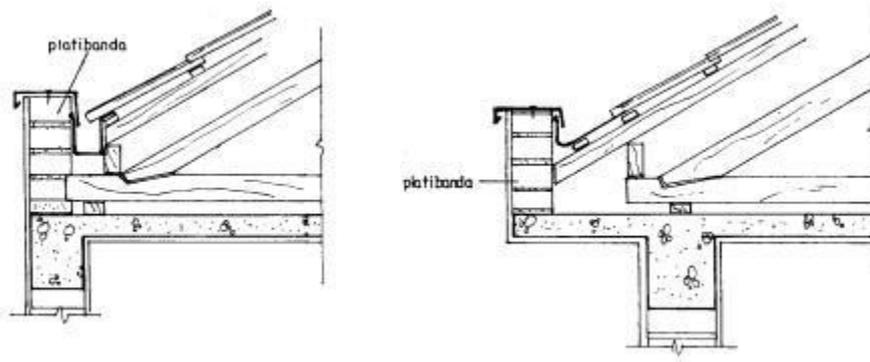


Exemplo de beirado à Portuguesa (simples).





Platibanda – Faixa (muro ou grade) que emoldura a parte superior de um edifício e que tem a função de esconder o telhado.



Guarda de terraço – Vedação de proteção e segurança que cerca um terraço ou uma varanda.



Área de construção do edifício – Somatório das áreas de construção de todos os pisos, acima e abaixo da cota de soleira, com exclusão das áreas em sótão e em cave, sem pé direito regulamentar. A área de construção é, em cada piso, medida pelo perímetro exterior das paredes exteriores e inclui os espaços de circulação cobertos (átrios, galerias, corredores, caixas de escada e caixas de elevador) e os espaços exteriores cobertos (alpendres, telheiros, varandas e terraços cobertos).

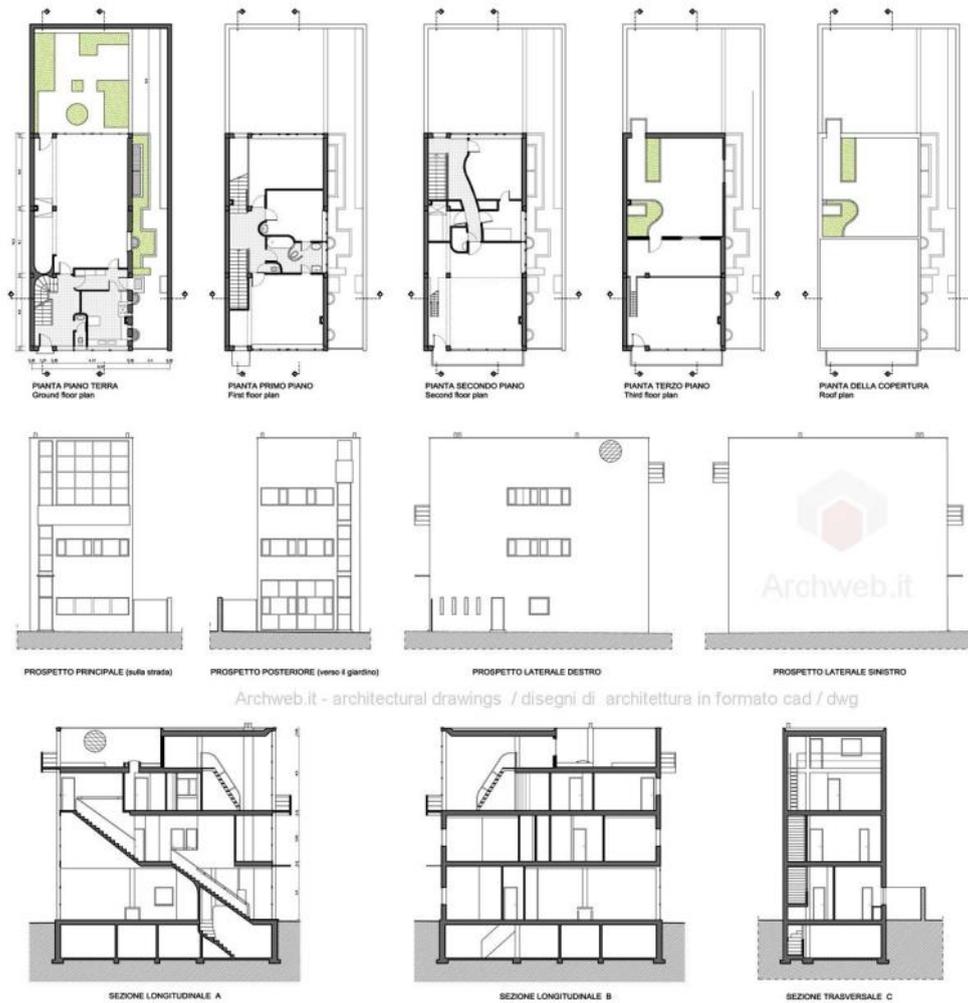
Este conceito é distinto de **área bruta de construção**, ou **área coberta** ou ainda **área de pavimento**, conceitos constantes de muitos regulamentos de planos municipais ainda em vigor.

A área de construção do edifício deve ser desagregada em função dos usos: habitação, comércio, serviços, estacionamento, arrecadação, indústria, logística e armazéns, e contabilizadas separadamente as áreas acima e abaixo da cota de soleira.

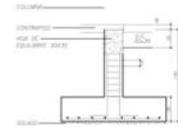
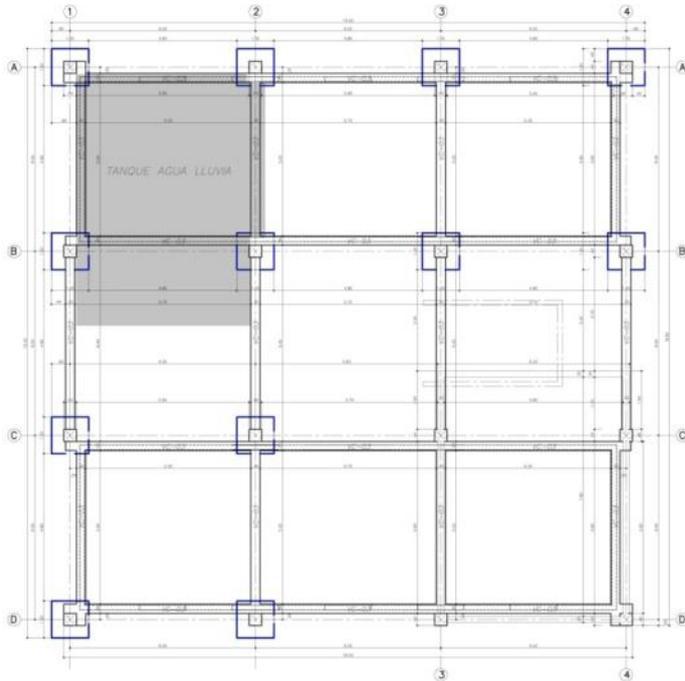
Área de implantação do edifício – Área de solo ocupada pelo edifício. Corresponde à área de solo contido no interior de um polígono fechado que compreende: o perímetro exterior de contacto do edifício com o solo; o perímetro exterior das paredes exteriores dos pisos em cave. No caso dos edifícios em parte sobre vias públicas, a área sobre a via pública é retirada.

Exemplos de elementos de um projeto de arquitetura (plantas, cortes e alçados)

Maison Guiette – Le Corbusier



Planta de fundações

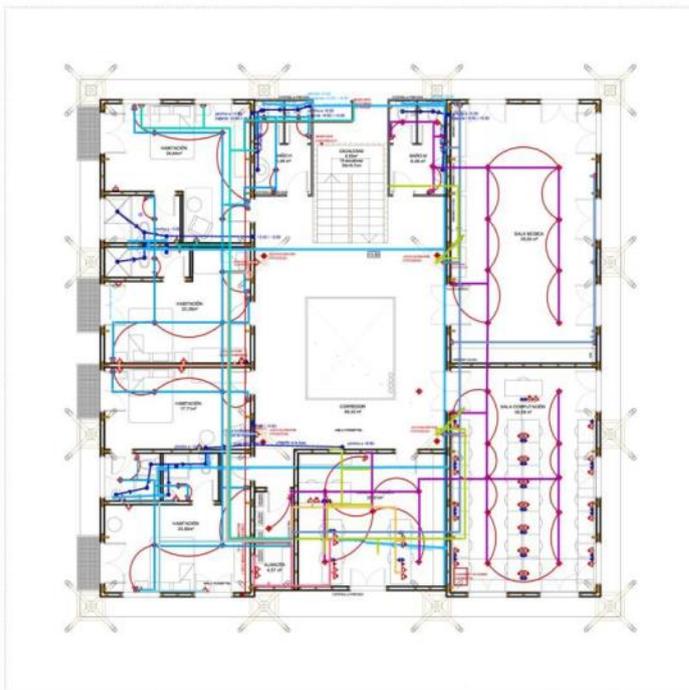


DETALLE: Nivel de cimentación: -1.00 m.
Cimentación: concreto f'c = 18 MPa, f'yd = 270 MPa



FUNDACIÓN ESCUELA PARA LA VIDA COLEGIO DE LAS AGUAS DE MONTEBELLO		
"LA VIEJA"		
CIMENTACIÓN	ESCALA: 1:50	FECHA: 05.09.2013
DISEÑO: Arq. Andrés Bláquez Arq. Gracia Trezona	OBRA: Arq. Gracia Trezona Arq. Coloma	TAMBIÉN: 84 x 80 cm
Modificaciones:		

Planta de instalações especiais



- INSTALACIONES ESPECIALES
- 1. TUBO CONCRETO
 - 2. TUBO CONCRETO
 - 3. TUBO CONCRETO
 - 4. TUBO CONCRETO
 - 5. TUBO CONCRETO
 - 6. TUBO CONCRETO
 - 7. TUBO CONCRETO
 - 8. TUBO CONCRETO
 - 9. TUBO CONCRETO
 - 10. TUBO CONCRETO
 - 11. TUBO CONCRETO
 - 12. TUBO CONCRETO
 - 13. TUBO CONCRETO
 - 14. TUBO CONCRETO
 - 15. TUBO CONCRETO
 - 16. TUBO CONCRETO
 - 17. TUBO CONCRETO
 - 18. TUBO CONCRETO
 - 19. TUBO CONCRETO
 - 20. TUBO CONCRETO

- INSTALACION ELECTRICA
- 1. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 2. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 3. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 4. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 5. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 6. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 7. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 8. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 9. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 10. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 11. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 12. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 13. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 14. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 15. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 16. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 17. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 18. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 19. PLANTA DE DISTRIBUCION
 - 20. PLANTA DE DISTRIBUCION



FUNDACIÓN ESCUELA PARA LA VIDA COLEGIO DE LAS AGUAS DE MONTEBELLO		
"LA VIEJA"		
PLANTA PRIMERA	ESCALA: 1:50	FECHA: 05.09.2013
DISEÑO: Arq. Andrés Bláquez Arq. Gracia Trezona	OBRA: Arq. Gracia Trezona Arq. Coloma	TAMBIÉN: 84 x 80 cm
Modificaciones:		

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

Construção - artigo 2.º: «construção que se incorpore no solo com caráter de permanência»

Obra construída ou edificada; edifício, estrutura, infraestrutura, obra de arte (engenharia).

Estrutura das fachadas – em arquitetura: traçados definidores da composição da fachada (vãos e suas proporções, número dos vãos, altura da fachada, plano(s) de fachada, etc.);

– Em engenharia: elementos de asseguram a estabilidade/resistência da fachada.

Estrutura resistente – componente de uma construção que assegura a sua estabilidade (cargas verticais – peso próprio e sobrecargas, sismos, ventos e neve); em edifícios antigos assegurada por paredes portantes – desde logo as paredes exteriores, em pedra ou tijolo, eventualmente com travamentos em madeira (e.g. sistema gaioleiro), e lajes em madeira ou abóbadas em tijolo ou em pedra, com argamassas aéreas – argila, areia e cal;



Em edifícios mais recentes, assegurada por estrutura reticulada de pilares e vigas, em aço ou em betão armado, e lajes em madeira, ou em aço, ou mistas em aço e betão.

Área total de construção

Área de implantação

Altura da fachada

Volume de uma edificação – Volume edificado acima do solo, definido pelos planos que contêm as fachadas, a cobertura e o pavimento a que está referida a cota de soleira. Nos casos de elevação da cota de soleira positiva, este pavimento é substituído pelo plano horizontal cujo nível corresponde à cota de soleira deduzida da elevação.

Outros espaços de utilização coletiva – Para além dos equipamentos coletivos e dos espaços de infraestruturas públicas, existem espaços exteriores urbanos (verdes ou pavimentados) de utilização coletiva, públicos e privados, destinados à satisfação de necessidades coletivas de estadia, recreio e lazer ao ar livre. Note-se que nem sempre estes espaços têm que ser públicos e resultarem de áreas de cedência para o domínio público em operações de loteamento urbano.

Loteamento – Operação urbanística cujas ações que tenham por objeto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados, imediata ou subsequentemente, à edificação urbana e que resulte da divisão de um ou vários prédios ou do seu parcelamento.

Lote – Prédio destinado à edificação, constituído ao abrigo de uma operação de loteamento ou de um plano de pormenor com efeitos registais.

Revestimento vegetal – Coberto vegetal do solo por vegetação herbácea, arbustiva e ou arbórea, de sequeiro e/ou de regadio.

Relevo natural – modelação original do solo, sem intervenção artificial traduzida em aterros e escavações.

Camadas de solo arável – camada superficial do solo (geralmente não ultrapassando 1,5 metros de profundidade – profundidade máxima possível de mobilização ou escarificação do solo por arado ou charrua) correspondente ao solo pedológico, mais ou menos fértil – solo vivo, vegetal e animal – utilizável para a agricultura.

Árvores de alto porte ou em maciço – Árvores que pela sua altura (>10 a 15 m), diâmetro de copa (> 10m a 12 metros) e perímetro do tronco à altura do peito (> 1,5 metro) são consideradas ‘grandes’ (superiores à média).

Malha ou estrutura urbana já definida – Sendo o tecido urbano a ‘realidade material e funcional que é criada, num dado lugar, pelo efeito conjugado dos edifícios, das infraestruturas urbanas e dos espaços não edificados que neles existem’, a malha ou estrutura urbana corresponde aos elementos mais estáveis daquele tecido – estrutura reticulada, estrutura redio-concêntrica, estrutura orgânica, etc..

Infraestruturas essenciais – Considera-se hoje que todas as áreas urbanas devem dispor das seguintes infraestruturas urbanas: rede de abastecimento domiciliário de água, rede de drenagem de águas residuais, rede de distribuição de energia elétrica, acesso pavimentado, iluminação pública. Em áreas de edificação dispersa ou em aglomerados rurais estas infraestruturas podem ser, pelo menos em parte, asseguradas por sistemas autónomos ou

mesmo particulares. O abastecimento de gás e as telecomunicações podem ser asseguradas de outras formas (sem rede fixa pública).

Alinhamentos dos planos marginais por edificações em continuidade – Delimitação dos planos marginais das fachadas, geralmente na sua confrontação com o domínio público, relativamente aos prédios urbanos que o marginam, nomeadamente na confrontação com a via pública.

Artigo 4.º: «cércea superior à altura mais frequente das fachadas da frente edificada do lado do arruamento onde se integra a nova edificação, no troço de rua compreendido entre as duas transversais mais próximas, para um e para outro lado».

Moda – Valor mais frequente da cércea ou da altura de fachada ou do número de pisos acima do solo;

Média – Valor médio da altura ou do número de pisos da frente constituída pelos edifícios de um quarteirão ou apenas dos edifícios confinantes.

Artigo 6.º: estrutura de estabilidade;

C érceas

Forma das fachadas - semelhante a estrutura da fachada, mas podendo significar também formas de fachadas não planas – curvas, ou com corpos balançados, ou com vários planos

Forma dos telhados ou coberturas – as coberturas podem ser em terraço, em telhado com pelo menos uma água, mas geralmente com duas ou quatro, ou com coberturas cónicas ou ainda outras formas ‘criativas’.

Perímetro urbano – Porção contínua de território classificada como solo urbano

Artigo 6.º-A:

Muros de vedação – construções (sem necessidade de licenciamento até 1,80 metro de altura, quando confinantes com espaço público) de delimitação de prédios urbanos ou rústicos ou de partes destes (e.g. logradouros, folhas de cultura, pastagens, etc.)

Muros de suporte de terras



Topografia dos terrenos – modelação natural ou artificial do solo

Artigo 14.º:

Volumetria – quantificação do volume edificado em m³

Alinhamento, cêrcea e implantação da edificação e dos muros de vedação

Infraestruturas locais e ligação às infraestruturas gerais – numa operação urbanística local (e.g. uma operação de loteamento urbano), as infraestruturas locais, em geral promovidas por particulares, são ligadas às infraestruturas gerais, promovidas ou a promover pelo município. O pagamento da taxa municipal de urbanização pelo promotor particular destina-se precisamente a contribuir para o custo da infraestruturas gerais de que a sua operação irá usufruir.

Espaços verdes – Áreas de solo, geralmente enquadradas na estrutura ecológica municipal e/ou urbana que, para além das funções de proteção e valorização ambiental e paisagística, se destinam à utilização pelos cidadãos e, atividades de estadia, recreio e lazer ao ar livre.

Equipamentos de utilização coletiva – Edificações e espaços não edificados afetos à provisão de bens e serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas dos cidadãos, designadamente nos domínios da educação, da saúde, do desporto, cultura, justiça, segurança social, segurança pública, proteção civil, administração pública, e lazer (em inglês: ‘infraestruturas sociais’, sendo as infraestruturas propriamente ditas ‘infraestruturas técnicas’).

Infraestruturas viárias – Espaços canais, organizados em redes, destinados à circulação e transportes: rodoviárias, ferroviárias, pedonais e cicláveis.

RJGT – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Classificação do solo – Classes de uso do solo

Conceito

1– ‘A classificação do solo traduz uma opção de planeamento territorial que determina o destino básico do solo, assentando na distinção fundamental entre a classe de solo rústico e a classe de solo urbano’.

2– ‘A classificação e a reclassificação do solo são estabelecidas em plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal, nos termos do disposto no presente decreto regulamentar e no regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial’.

Solo urbano – ‘O solo total ou parcialmente urbanizado ou edificado e, como tal, afeto em plano intermunicipal ou municipal à urbanização e à edificação; b) Os solos urbanos afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano.

A classificação do solo como urbano observa, cumulativamente, os seguintes critérios:

- a) Inserção no modelo de organização do sistema urbano municipal ou intermunicipal;
- b) Existência de aglomerados de edifícios, população e atividades geradoras de fluxos significativos de população, bens e informação;
- c) Existência de infraestruturas urbanas e de prestação dos serviços associados, compreendendo, no mínimo, os sistemas de transportes públicos, de abastecimento de água e saneamento, de distribuição de energia e de telecomunicações, ou garantia da sua provisão, no horizonte do plano territorial, mediante inscrição no respetivo programa de execução e as consequentes inscrições nos planos de atividades e nos orçamentos municipais;
- d) Garantia de acesso da população residente aos equipamentos de utilização coletiva que satisfaçam as suas necessidades coletivas fundamentais;
- e) Necessidade de garantir a coerência dos aglomerados urbanos existentes e a contenção da fragmentação territorial.

Solo rústico:

- a) Reconhecida aptidão para aproveitamento agrícola, pecuário ou florestal;
- b) Reconhecida potencialidade para a exploração de recursos geológicos e energéticos;
- c) Conservação, valorização ou exploração de recursos e valores naturais, culturais ou paisagísticos, que justifiquem ou beneficiem de um estatuto de proteção, conservação ou valorização incompatível com o processo de urbanização e edificação;
- d) Prevenção e minimização de riscos naturais ou antrópicos ou de outros fatores de perturbação ambiental, de segurança ou de saúde públicas, incompatíveis com a integração em solo urbano;
- e) Afetação a espaços culturais, de turismo, de recreio ou de lazer que não seja classificado como solo urbano, ainda que ocupado por infraestruturas;
- f) Localização de equipamentos, infraestruturas e sistemas indispensáveis à defesa nacional, segurança e proteção civil, incompatíveis com a integração em solo urbano;

- g) Afetação a infraestruturas, equipamentos ou outros tipos de ocupação humana que não confirmam o estatuto de solo urbano;
- h) Afetação a atividades industriais ligadas ao aproveitamento de produtos agrícolas, pecuários e florestais, ou à exploração de recursos geológicos e energéticos;
- i) Os solos que não sejam classificados como solo urbano, ainda que não preencham nenhum dos critérios anteriores.

Qualificação do solo – Categorias de uso do solo dentro de cada classe de uso (em função do uso dominante proposto)

Solo Rústico:

- a) Espaços agrícolas;
- b) Espaços florestais;
- c) Espaços de exploração de recursos energéticos e geológicos;
- d) Espaços de atividades industriais diretamente ligadas às utilizações referidas nas alíneas anteriores;
- e) Espaços naturais e paisagísticos;
- f) Outras categorias de solo rústico:
 - i. Espaços culturais;
 - ii. Espaços de ocupação turística;
 - iii. Espaço destinado a equipamentos, infraestruturas e outras estruturas ou ocupações;
 - iv. Aglomerados rurais;
 - v. Áreas de edificação dispersa.

Solo urbano:

- a) Espaços centrais, correspondendo a áreas urbanas de usos mistos que integram funções habitacionais e uma concentração diversificada de atividades terciárias, desempenhando, pelas suas características, funções de centralidade;
- b) Espaços habitacionais, correspondendo a áreas que se destinam preferencialmente ao uso habitacional, podendo acolher outras utilizações compatíveis com o uso habitacional;
- c) Espaços de atividades económicas, correspondendo a áreas que se destinam preferencialmente ao acolhimento de atividades económicas com especiais necessidades de afetação e organização do espaço urbano, nomeadamente actividades industriais, de

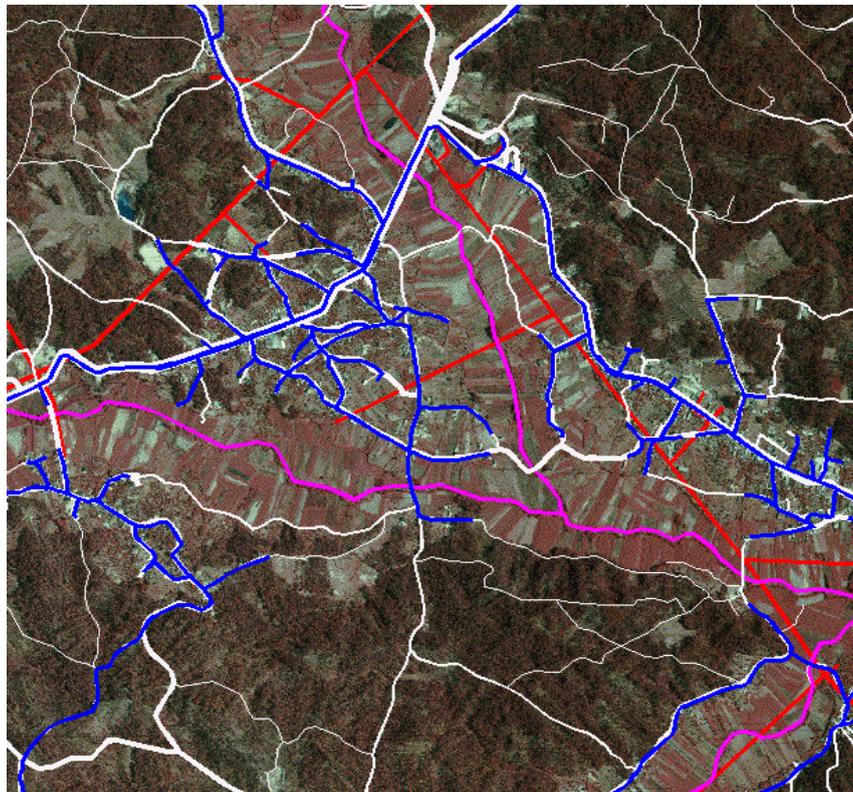
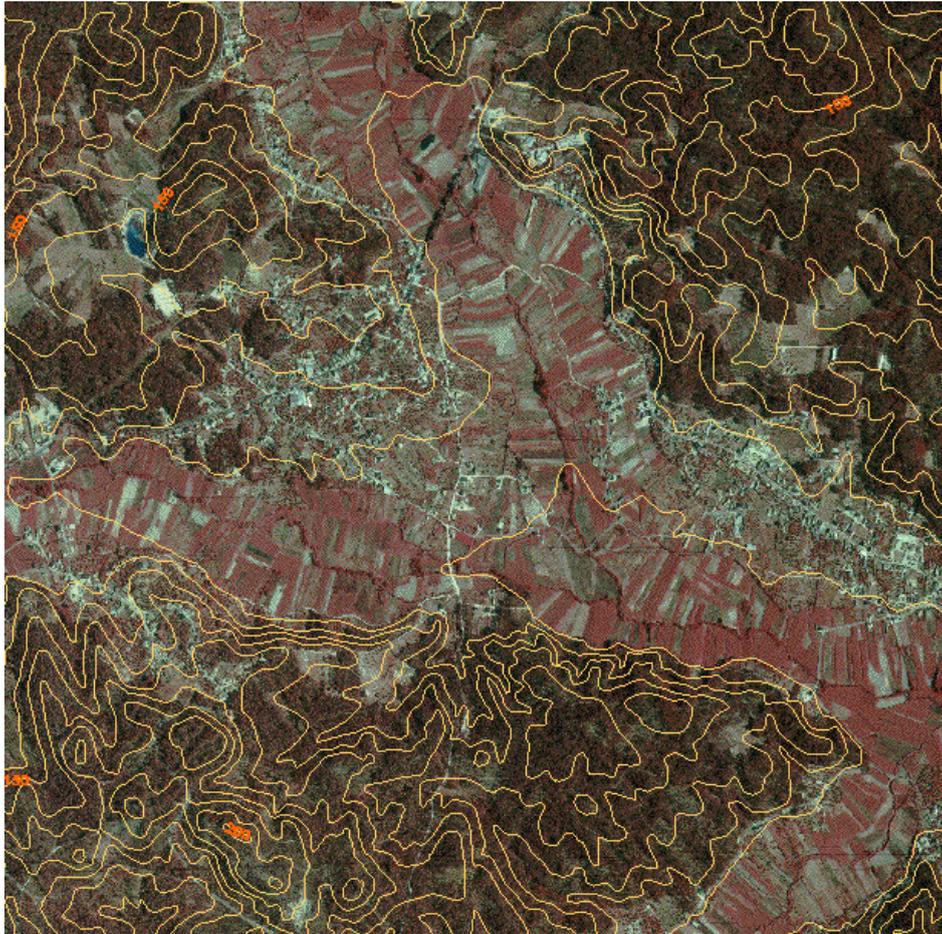
armazenagem e logística, comércio e serviços;

d) Espaços verdes, correspondendo a áreas com funções de equilíbrio ambiental, de valorização paisagística e de acolhimento de atividades ao ar livre de recreio, lazer, desporto e cultura, coincidindo no todo ou em parte com a estrutura ecológica municipal;

e) Espaços urbanos de baixa densidade, correspondendo a áreas periurbanas, parcialmente urbanizadas e edificadas, apresentando fragmentação e características híbridas de uma ocupação de carácter urbano-rural, com a permanência de usos agrícolas entrecruzados com usos urbanos e existência de equipamentos e infraestruturas, às quais o plano territorial atribui funções urbanas prevaletentes e que são objeto de um regime de uso do solo que garanta o seu ordenamento urbano numa ótica de sustentabilidade e flexibilidade de utilização, bem como a sua infraestruturacão com recurso a soluções apropriadas.

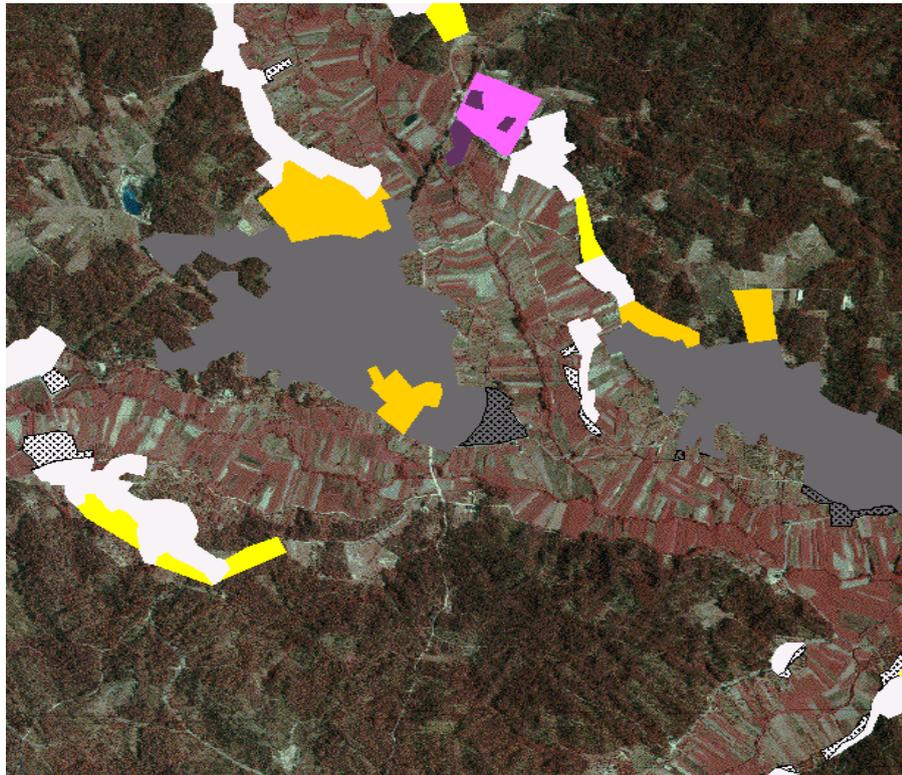
f) Espaços de uso especial, correspondentes a áreas destinadas a:

- i)* Espaços de equipamentos;
- ii)* Espaços de infraestruturas estruturantes;
- iii)* Espaços turísticos.

Exemplo de classificação do solo

Fotografia com sobreposição de vários elementos digitalizados:

As várias redes (Vias, Abastecimento de água, Esgoto e Média Tensão). (Fonte: CNIG - OrtoFotos'95)



**Fotografia com sobreposição de elementos digitalizados:
Usos do solo existentes e propostos.**

Índices e parâmetros urbanísticos – aplicação e forma de cálculo

(Fonte: Normas Urbanísticas – Volume I – 2ª edição, DGOTDU – UTL, 1995)

S - Área de solo - global, bruta, líquida ou à parcela ou lote – hectares ou m²

P – População - Habitantes

d - Densidade populacional – habitantes/hectare

D – Densidade habitacional – fogos/hectare

n_m – número médio de pisos

H - altura total da fachada – metros

A_o – Área de implantação

A_j – Área de construção correspondente ao piso j

i - Índice de construção (ou de utilização) do solo (ou c.o.s. – coeficiente de ocupação do solo)

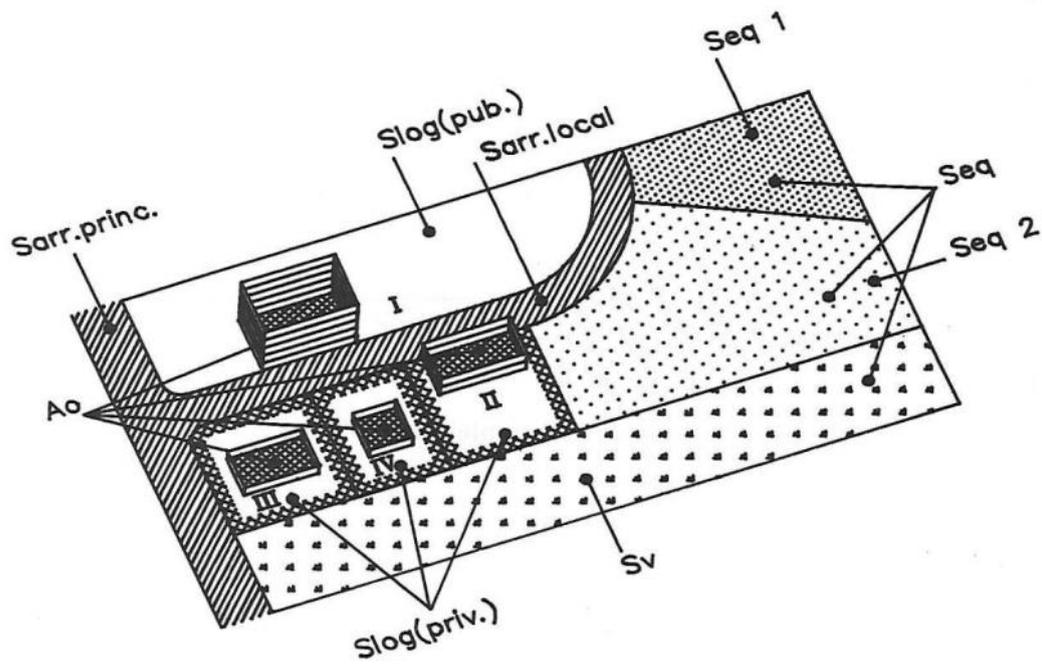
i_v – Índice de construção volumétrico – m³/m²

p - Índice de implantação (ou c.a.s. – coeficiente de afetação do solo)

i_p - Índice de impermeabilização (ou c.i.s. – coeficiente de impermeabilização do solo) Relações entre índices urbanísticos:

Áreas de solo:

S_{bruta} = S_{líquida} + S_{eq} S_{líquida} = A_o + S_{arr} + S_{log} S_{lote} = A_o + S_{log}



Índice de construção vs. outros índices:

i = somatório A_j / S

iV = somatório V_j / S $p = A_o / S$

n_m = somatório A_j / A_o

ceq = $Seq / \text{População}$ – Capitação da área de equipamentos

a_c = somatório $A_j / \text{População}$ – Área de construção por habitante

$i = a_c \times d / 10000$ (nota: 1 hectare = 10.000 m²)

$i = n_m \times p$

QUADRO B1: Quadro-síntese de valores de índices urbanísticos brutos

Níveis de densidade	d_b hab/ha	D_b fogos/ha	i_b (máx.)	h_t (n _{máx.})	a_c m ² /hab.	Dimensão média dos fogos
Em meio rústico	≤ 2,5	≤ 1,0	≤ 0,025	1 a 2	90	pequenos: ≤ 100 m ² médios: entre 100 e 200 m ² grandes: entre 200 e 400 m ²
Para-urbana de baixa densidade	2,5 a 5	1,0 a 1,7	de 0,025	2 a	60 a	entre 150 e 400 m ²
Para-urbana de alta densidade	5 a 10	1,7 a 3,5	a 0,060	3	90	
Para-urbana a urbana de muito baixa densidade	10 a 20	3,5 a 7	de 0,045	2 a	40 a	entre 120 e 180 m ²
Urbana de baixa densidade	20 a 40	7 a 14	a 0,20	3	60	
Urbana de média/ /baixa densidade	40 a 80	14 a 27	de 0,18	3 a 4	30 a	até 120 m ²
Urbana de média densidade	80 a 120	27 a 40	a 0,52	≅ 5	45	
Urbana de média/ /alta densidade	120 a 160	40 a 53	de 0,50 a 0,65	5 a 6	30 a 45	até 120 m ²
Urbana de alta densidade	160 a 195	53 a 65	≥ 0,60	6 a 8	≤ 35	até 120 m ²

NOTA: • No cálculo de i_b admitiu-se um eventual suplemento de a_c da ordem dos 10%, para eventuais anexos ou áreas de construção de utilização colectiva.

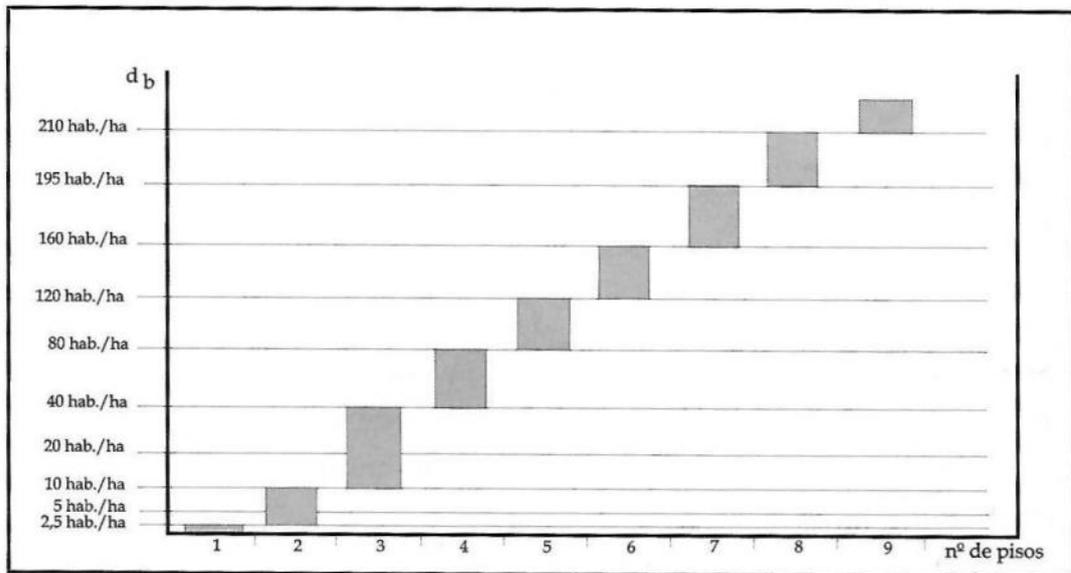


FIGURA B3: Relação entre o nível de densidade populacional bruta e o número médio de pisos

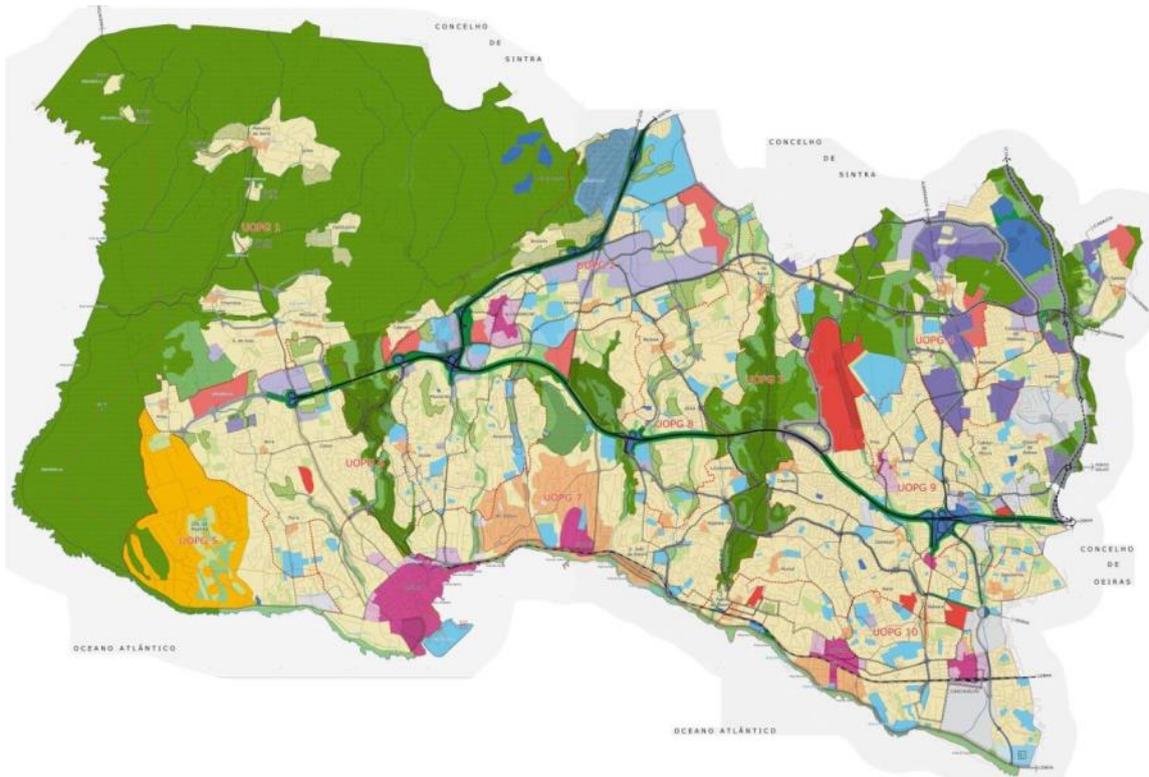
QUADRO B2: Quadro-síntese de valores de índices urbanísticos em áreas urbanas

Níveis de densidade	D_b (fogos/ha)	D_l (fogos/ha)	d_l (hab./ha)	i_l (máx.)	i_{lote} (máx.)	A_c (m ²)	n_m
Para-urbana a urbana de muito baixa densidade	3,5 a 7	3,6 a 7,5	10 a 22	≤ 0,15	≤ 0,20	150 a 400	*
Urbana de baixa densidade	7 a 14	7,5 a 16	22 a 48	≤ 0,30	de 0,18 a 0,40	120 a 180	*
Urbana de média/ /baixa densidade	14 a 27	16 a 35	48 a 105	de 0,15 a 0,42	de 0,25 a 0,60	120 a 180	*
Urbana de média densidade	27 a 40	35 a 45	105 a 135	de 0,40 a 0,70	de 0,55 a 1,03	até 120	*
Urbana de média/ /alta densidade	40 a 53	45 a 80	135 a 240	de 0,63 a 1,00	de 0,94 a 1,62	até 120	1,00 a 2,06
Urbana de alta densidade	53 a 65	80 a 105	240 a 315	de 0,93 a 1,40	de 1,47 a 2,38	até 120	2,06 a 4,48
Urbana de muito alta densidade	65 a 70	105 a 120	315 a 360	≥ 1,26	de 2,16 a 2,80	até 120	4,48 a 13,39

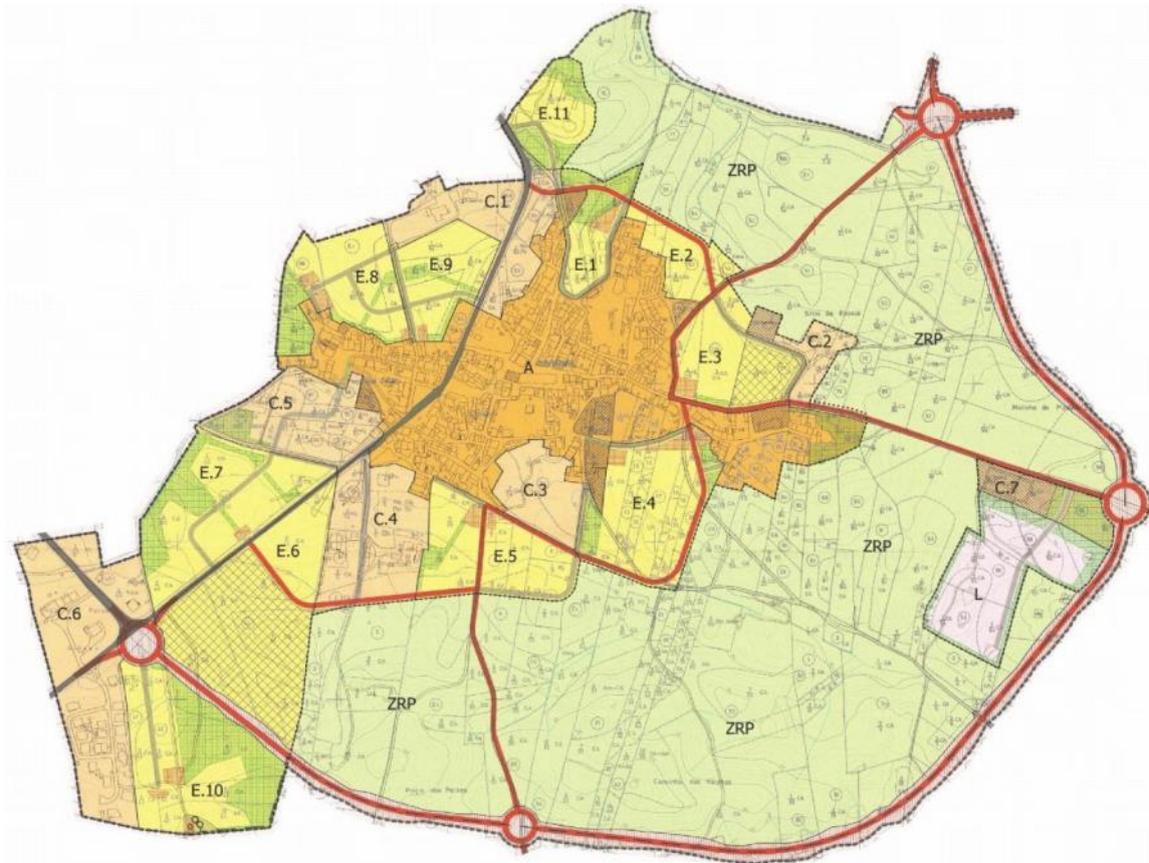
NOTAS: • É considerada a $C_{eq} = 60 \text{ m}^2/\text{fogo}$.

- Nas áreas de baixa a média densidade não se atingem modelos de desenho urbano das áreas de implantação que correspondam à compactação máxima (implantação dos edifícios em banda), mesmo não respeitando os afastamentos mínimos entre fachadas impostos pelo R.G.E.U., como considerado no modelo simplificado de cálculo, pelo que o processo de cálculo acima indicado não é válido nestes casos (*), ou seja, n_m é inferior a 1.
- No cálculo de i_l e de i_{lote} admitiu-se um eventual suplemento de a_c da ordem do 10%, como no Quadro B1.
- As densidades populacionais líquidas indicadas correspondem aos valores calculados para as densidades habitacionais, admitindo o número médio de pessoas por fogo igual a 3.

Planta de Ordenamento – Qualificação do solo (PDM) – Cascais



Planta de Zonamento (Plano de Urbanização) – Azinhal – Castro Marim



<p>----- Limite da Área de intervenção do Plano de Urbanização do Azinhal</p> <p>..... Perímetro Urbano</p> <p>— Curva de nível e cota altimétrica</p> <p>— Linha de drenagem</p> <p>○ Charcos e Tanques de rega</p>	<p>UNIDADES OPERATIVAS DE PLANEAMENTO E GESTÃO</p> <p>A Área Urbana consolidada</p> <p>C.X Área Urbana a consolidar</p> <p>E.X Área Urbanizável</p> <p>L Área de Actividades Económicas</p> <p>ZRP Zona Rural de Protecção</p>	<p>USOS DO SOLO</p> <p>URBANO</p> <p>Urbanizado</p> <p>Área urbana consolidada</p> <p>Área urbana a consolidar</p> <p>Coça urbanizável sujeita a posterior programação</p> <p>Área urbanizável</p> <p>Área para actividades económicas</p> <p>RURAL</p> <p>Zona rural de protecção</p>
<p>EQUIPAMENTOS COLECTIVOS E ESPAÇOS DE UTILIZAÇÃO COLECTIVA EM SOLO URBANO E EM SOLO RURAL</p> <p>Equipamentos existentes</p> <p>Equipamentos propostos</p> <p>Espaço público e de utilização colectiva propostos</p> <p>Espaços verdes urbanos propostos</p>	<p>INFRA-ESTRUTURAS EM SOLO URBANO E SOLO RURAL</p> <p>VÁRIAS</p> <p>Variante proposta e respectivo espaço canal</p> <p>Rede viária principal proposta</p> <p>Rede viária secundária proposta</p> <p>EN 122 e EM 512</p> <p>SANEAMENTO</p> <p>Infra-estruturas de saneamento existentes</p> <p>Infra-estruturas de saneamento propostas</p> <p>Adutora Proposta</p> <p>Reservatório Proposto</p> <p>Reservatório Proposto em substituição de um existente</p>	<p>Origem das alturas no marégrafo de Cascais</p>
<p align="center">PLANO DE URBANIZAÇÃO DO AZINHAL</p> <p>COMISSÃO MUNICIPAL DE GESTÃO DO URBANISMO</p> <p>ZONAMENTO</p> <p>6</p> <p>PRU - Consultores em Planeamento Regional e Urbano, Lda Rua José Augusto, 34, 1.º andar, 1250-106 LISBOA - PORTUGAL Tel. +351 21 715 150 Fax +351 21 715 159 e-mail: prur@prur.pt</p> <p>ESCALA 1: 2000</p> <p>FEV/2008 Nº 2007</p>		

Toda a área do Plano de Urbanização do Azinhal é classificada como zona mista, de acordo com o Regulamento Geral do Ruído.

Planta de Implantação (Plano de Pormenor) – Vale do Lobo 3 - Loulé



Quadro nº 16 - QUADRO-RESUMO DE ÁREAS E ÍNDICES

Usos	Unidades e Sub-unidades	Áreas de unidades e sub-unidades m ²	Áreas de lote m ²	Área máxima de implantação m ²	Percentagem líquida máxima de solo edificado (p)	Área máxima total de construção m ²	Índice líquido máximo de construção (i)	Número máximo de fogos	Densidade habitacional líquida Fogos/ha
Habitação	U.1A + U.1B (*)	28.442	19.967	5.601	0,20	11.110	0,34	69	21
	U.3A + U.3B + U.3C (*)	21.919	15.835	5.016	0,23	8.267	0,34	54	22
	U.4A + U.4B	20.200	10.322	4.967	0,25	8.220	0,44	32	17
	U.5B	51.370	42.219	8.781	0,17	13.597	0,25	40	8
	U.6A + U.6B	27.070	19.519	7.051	0,26	15.224	0,56	54	20
	U.7	33.540	26.168	5.571	0,17	8.606	0,26	34	10
	Sub-total	182.541	134.030	36.987	0.20	65.024	0.36	283	16
Igreja	U.3D	5000	5.000		---		---	---	---
Comércio e Serviços	U.5A	3.450	3.445	448	0,13	896	0,26	---	---
Hotel/Clube	U.2 (*)	33.911	30.880	8.500	0,25	24.000	0,64	---	---
TOTAL		242.090	173.355	45.935	0.19	89.920	0.37	283	---

(*) Os valores dos parâmetros urbanísticos líquidos não consideram a área a ocupar pelo reperfilamento da via VP0/VNC 522, que correspondem em cada sub-unidade aos seguintes valores: U.1A = 2.869 m²; U.1B = 3.429 m²; U2 = 6.499 m²; U.3A = 767 m²; U.3B = 3.624 m²

Nota: Para além de incluir este quadro resumo do aproveitamento urbanístico estabelecido pelo Plano de Pormenor, em anexo à planta de implantação acima, o Plano de Pormenor inclui ainda um quadro com a discriminação de todos os parâmetros urbanísticos regulamentares, lote a lote (área máxima de implantação, área máxima de construção, número de pisos, cota de soleira e respetiva tolerância, etc.).

Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/21ssuq3q7e/streaming.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4. Loteamentos urbanos e dinâmica de normas de planeamento: revisitando o tema a propósito do Parecer da Procuradoria Geral de República n.º 33/2016

Fernanda Paula Oliveira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. LOTEAMENTOS URBANOS E DINÂMICA DE NORMAS DE PLANEAMENTO: REVISITANDO O TEMA A PROPÓSITO DO PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE REPÚBLICA N.º 33/2016*¹

Fernanda Paula Oliveira**

1. Da sucessão de normas urbanísticas no tempo e a sua aplicação a situações intertemporais
 2. Operações de transformação fundiária que dão origem a lotes para construção
 3. O Parecer da PGR n.º 33/2016
 4. Breves notas sobre a declaração de voto constante do Parecer da PGR
- Apresentação *Power Point*
Vídeo

Uma questão frequentemente discutida no âmbito do direito do urbanismo é a de saber como se comporta uma licença de loteamento em face da sucessão temporal de normas de planeamento.

Trata-se de uma questão que surgiu essencialmente a propósito da aplicação de planos de ordenamento da orla costeira: com frequência estes planos *proíbiam novas construções* em áreas de risco identificadas aquando da sua elaboração, embora abrangidas por operações de loteamento licenciadas em momento anterior. Porém, não obstante tal proibição, continham tais planos igualmente uma norma segundo a qual as referidas proibições não afetavam *“direitos adquiridos à data da sua entrada em vigor”*.

Ora, estando em causa loteamentos validamente licenciados antes da entrada em vigor de tais planos especiais, mas em que a pretensão de construir nos lotes só surgia já na sua vigência, a dúvida que se colocou na prática foi a de saber se a nova construção era abrangida pela norma proibitiva do plano especial (por se encontrar em área de risco) ou se, pelo contrário, era dela excluída, por força da expressa salvaguarda que o mesmo fazia às situações em que existiam direitos adquiridos.

Como é fácil de perceber, esta dúvida não se coloca apenas (ou não se coloca hoje principalmente) em relação a planos especiais (quanto a estes, por força do novo regime, que os “transmuta” em programas, desprovidos, por isso, de efeitos diretos em relação aos particulares, a questão perderá pertinência²), mas em relação a todos os planos com eficácia plurisubjetiva (municipais ou intermunicipais), seja por força das suas próprias opções seja por incorporarem normas restritivas contidas em programas (incluindo futuros programas especiais).

* Apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

¹ Este texto já foi publicado na Revista de Direito Administrativo, n.º 5 (mai-ago 2019).

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Esta “transmutação” não é, como se sabe, automática. Sobre a transitoriedade da situação de planos especiais com eficácia plurisubjetiva cfr. artigo 78.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, que aprovou as Bases Gerais da Política Pública dos Solos, Ordenamento do Território e Urbanismo, doravante Lei de Bases, alterada pela Lei n.º 74/2017, de 16 de agosto e, ainda, artigo 200.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, que aprovou o novo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, doravante RJGT.

Tivemos oportunidade de tomar uma posição expressa sobre esta questão na nossa obra *Loteamentos urbanos e a dinâmica das normas de planeamento. Breve reflexão sobre as operações de loteamento urbano e as posições jurídicas decorrentes dos respetivos atos de controlo*, (Coimbra, Almedina, 2009). Porém, a publicação do Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 33/2016³, que mais recentemente se veio debruçar de forma expressa sobre esta questão, pareceu-nos um bom pretexto para visitar o tema, servindo o presente escrito para sistematizar aquela que é a nossa posição sobre esta matéria e que se encontra dispersa por várias publicações.

Identificamos, desde logo, o percurso que aqui faremos: debruçar-nos-emos, num primeiro momento, sobre a questão da sucessão de normas urbanísticas no tempo e a sua aplicação a situações intertemporais (1.); caracterizaremos, de seguida, as operações de loteamento e analisaremos os efeitos que resultam dos atos do seu licenciamento⁴, de onde decorrerá a forma como eles se devem comportar em face daquela sucessão normativa (2.) e terminaremos analisando as principais conclusões que decorrem do Parecer da Procuradoria Geral da República (PGR), que acompanhamos, mas elucidando alguns aspetos do mesmo que consideramos menos claros e que podem conduzir (aliás já têm conduzido) a leituras enviesadas do mesmo, anulando por completo o seu efeito útil (3.). Formularemos, ainda, algumas observações (se bem que breves) à declaração de voto que consta do referido parecer (4.).

1. Da sucessão de normas urbanísticas no tempo e a sua aplicação a situações intertemporais⁵

i. Um dos problemas mais complexos que se coloca no âmbito da gestão urbanística é o do tratamento a dar às situações de intertemporalidade: situações, *jurídicas* ou de *facto*, constituídas ou criadas em momento anterior à entrada em vigor de um plano⁶, mas que projetam os seus efeitos no tempo, podendo, por isso, vir a ser abrangidas por novas e distintas disposições planificadoras.

As questões que normalmente se colocam a este propósito, são duas: a de saber como se comportam estas situações em face da sucessão de planos no tempo e a de determinar se podem (e como) os planos regulá-las.

³ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 116, de 19 de junho de 2017.

⁴ Tendo em consideração que também podem existir loteamento sujeitos a comunicação prévia [aqueles que tenham sido antecidos de um pedido de informação prévia qualificada, isto é, apresentada nos termos do artigo 14.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE)], os efeitos que imputarmos às licenças de loteamento são igualmente efeitos que devem ser imputados às suas comunicações prévias, com as devidas adaptações. Fazemos esta ressalva porque, por facilidade de redação, apenas nos referiremos no presente texto às licenças de loteamento.

⁵ Para mais desenvolvimento sobre esta questão cfr. o nosso, “A Regulamentação de Situações Intertemporais pelos Planos Directores Municipais”, na *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 2, CEDIPRE, 2009 em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/2018/04/revista_2.pdf

⁶ Esta questão não se coloca apenas quando esteja em causa a sucessão de normas de planeamento, mas é a ela que nos vamos referir em particular dado ser aquela que maiores problemas tem colocado na prática.

Esclareça-se, antes de mais, que as *referidas situações intertemporais* abrangem um leque diferenciado de *posições jurídicas*: desde logo, aquelas que decorrem de atos urbanísticos com a natureza de *decisões* – isto é, atos que se pronunciam de forma final sobre uma determinada pretensão urbanística considerada na sua globalidade, detendo efeitos permissivos (de realização da operação urbanística globalmente entendida), como as *licenças* e as *autorizações*⁷ –, mas também as que resultam de *pré-decisões* – atos que, precedendo o ato final de um procedimento, decidem de forma vinculativa sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a sua prática, categoria que integra quer os *atos prévios*⁸, quer os *atos parciais*.⁹ Todos eles podem ser assumidos genericamente como *atos de gestão urbanística constitutivos de direitos* (cfr., nesse sentido, o n.º 3 do artigo 166.º do novo Código do Procedimento Administrativo).

Importante também é ter presentes os princípios jurídicos que aqui relevam, em especial o da *proteção das posições jurídicas*, que se apresenta, no direito do urbanismo, como uma decorrência dos princípios da *não retroatividade das normas jurídicas* e do *tempus regit actum*.

Articulados estes dois princípios, no que à prática de atos de gestão urbanística diz respeito, conclui-se que os planos apenas produzem efeitos para o futuro, não afetando, por isso, as posições jurídicas dos interessados que tenham decorrido daquele tipo de decisões ou pré-decisões emanadas antes da sua entrada em vigor.

A aplicação destes princípios no âmbito do direito administrativo geral e, deste modo, no direito do urbanismo, determina, como consequência, que “*os atos administrativos se regem pelas normas em vigor no momento em que são praticados, independentemente da natureza das situações a que se reportam e das circunstâncias que precederam a respetiva adoção*”¹⁰, o que significa ser o momento da *perfeição do ato* aquele que fornece o critério temporal para a determinação da norma aplicável, aplicando-se a velha ou a nova conforme aquele momento for anterior ou posterior ao começo da sua vigência.

Isto será necessariamente assim sempre que o momento determinante para a constituição do efeito jurídico coincida com o da emissão do ato administrativo. Porém, em muitas situações, é

⁷ Esclareça-se, porém, que uma coisa são, como melhor se verá mais adiante, as posições jurídicas decorrentes de uma *licença de loteamento* – operação que cria lotes urbanos, com direitos urbanísticos inerentes – outra, as posições decorrentes de uma *licença de construção* e outra, ainda, as posições que transcorrem de uma *autorização de utilização*.

⁸ Atos que decidem *sobre um aspeto particular da decisão final, não produzindo qualquer efeito permissivo*, como as informações prévias favoráveis e as aprovações de projetos de arquitetura. Embora, em relação a estes últimos, a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Administrativo tenha, durante anos, negado a sua natureza de ato administrativo, ocorreu, mais recentemente, uma viragem jurisprudencial a este propósito. Sobre este aspeto, vide, especificamente, o nosso *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 568 e ss.

⁹ Decisões constitutivas antecipadas no que respeita a uma parte ou a um aspeto da decisão final global, com efeito ou carácter permissivo, como a licença parcial para a construção da estrutura prevista no n.º 6 do artigo 23.º do RJUE.

¹⁰ Cfr., nesse sentido, Mário Aroso de Almeida, *Anulação de Atos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 706 e ss.

possível identificar, no decurso de um procedimento administrativo, “*um momento autónomo em que se antecipa a formação da decisão*”, de tal forma que se pode afirmar ser o interessado titular de uma posição jurídica que se constituiu em momento anterior ao da prática do ato, limitando-se este, tão-só, a formalizar um efeito que se constituiu anteriormente, não podendo a posição jurídica daí decorrente ser posta em causa pela superveniência, no decurso do procedimento, de novo direito.¹¹

O princípio de que os planos, enquanto normas jurídicas, apenas têm eficácia para o futuro, significa, assim, que estes, *em regra*, não colocam em causa *posições juridicamente consolidadas antes da sua entrada em vigor*, o que, dito de outro modo, significa que o plano não afeta posições jurídicas decorrentes de atos de gestão urbanística que tenham definido, ainda que parcialmente, mas de forma definitiva, pretensões urbanísticas dos interessados (situações consolidadas do ponto de vista jurídico¹²), não afetando, por maioria de razão, situações que, decorrentes de anteriores atos administrativos, se encontram já factualmente consolidadas (situações legalmente consolidadas do ponto de vista material).

ii. Uma questão que a este propósito tem sido colocada com frequência é a de saber se os planos podem, e como, regular situações intertemporais, introduzindo desvios aos princípios gerais de aplicação de normas no tempo referidos no ponto anterior.

Na nossa ótica, a Administração não está impedida, para além das situações expressamente previstas na lei (v.g. artigo 60.º RJUE), de determinar, ela própria, desvios àqueles princípios, modelando, deste modo, a aplicação do plano no tempo. E isto é assim porque, do nosso ponto de vista, tais princípios não podem ser vistos como um limite absoluto à margem de decisão planificadora, podendo a Administração ora possibilitar a salvaguarda de situações ainda não consolidadas do ponto de vista jurídico (v.g. atos de carácter contratual como as vendas em hastas públicas celebradas pelo município), ora permitir que o plano entrado em vigor se aplique a situações já consolidadas (jurídica ou materialmente) antes do mesmo, afetando-as e, por essa via, afetando a esfera jurídica dos seus titulares.

¹¹ Sobre o funcionamento deste princípio quando estão em causa aprovações de projetos de arquitetura e informações prévias favoráveis (aquelas que mais dúvidas colocaram na doutrina e na jurisprudência) cfr. por todos Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. Comentado*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, respetivamente comentários n.ºs 4 e 5 ao artigo 20.º e comentário n.º 2 ao artigo 17.º.

¹² E que são, pela ordem crescente da consolidação da posição jurídica que concedem, as *informações prévias favoráveis*, as *aprovações de projetos de arquitetura*, as *licenças de loteamento*, as *licenças de obras de edificação* e as *autorizações de utilização*. A diferença entre cada uma destas posições jurídicas de vantagem é quantitativa e não qualitativa: trata-se de atos que enriquecem, em medida diferente ou grau distinto, o conteúdo do direito de propriedade (ao integrar nele um conjunto de poderes ou faculdades de que o respetivo titular não dispunha).

Esta nossa afirmação está em consonância com o disposto no artigo 15.º da Lei n.º 31/2014, quando se refere à *aquisição sucessiva de faculdades urbanísticas*. Dele decorre, de facto, que uma coisa são os atos que concedem o direito de *restruturar a propriedade* e de *realizar obras de urbanização* (licenças de loteamento com obras de urbanização) outra coisa são os atos através dos quais, estando uma área já urbanizada, *se permite edificar* (assumindo a existência no nosso ordenamento jurídico do princípio de que a urbanização deve anteceder a edificação); outra coisa, ainda, são os atos que *permitem a utilização de edifícios já erigidos* (neste sentido cfr. n.º 3 do artigo 13.º da Lei de Bases, que concretiza o n.º 1 do artigo 15.º, uma vez que este, embora se refira à aquisição sucessiva de faculdades urbanísticas, não identifica que faculdades são essas nem por que ordem se adquirem).

Com efeito, e quanto a esta última hipótese, se aquelas posições, apesar de juridicamente consolidadas, não forem compatíveis com o modelo territorial ou com o interesse público que o plano pretende instituir, pode justificar-se uma opção planificadora que as afete, havendo lugar, neste caso, nos termos previstos nos artigos 171.º do RJIGT e 48.º do RJUE, a indemnização.

Esta possibilidade de modelação dos referidos princípios mais não é do que a decorrência de um outro princípio jurídico, que deve ser cotejado com os referidos anteriormente: o princípio da *ponderação de todos os interesses públicos e privados* co-envolvidos no planeamento e o princípio da *proporcionalidade*.

Respondida afirmativamente a questão sobre a possibilidade de os planos regularem, eles próprios, situações intertemporais, resta saber como o podem fazer. A resposta passa pela integração, nos planos, de normas que criam um regime especial para este tipo de situações ou de normas que visam regular a sua própria aplicação (dos planos) no tempo: *normas transitórias*¹³, que tanto podem assumir carácter *formal* — limitando-se a determinar qual das normas, a antiga ou a nova, é aplicável a determinadas situações — ou *material* — estabelecendo uma regulamentação própria, não coincidente nem com a norma antiga nem com a norma nova, para certas situações que se encontram na fronteira entre as duas¹⁴.

As normas de carácter transitório introduzidas nos instrumentos de planeamento tanto podem estipular a sua aplicação a situações que, não fora ela, estariam excluídas do seu âmbito, porque anteriores a ele¹⁵, como excluir do âmbito material de aplicação do plano situações que, não fosse ela, se encontrariam sujeitas ao novo normativo planificador, conferindo a um conjunto de situações o estatuto de *posições jurídicas consolidadas* que, sem aquelas normas, claramente não o teriam.

Note-se que, muitas vezes, estas normas assumem um caráter meramente declarativo (esclarecedor ou pedagógico), na medida em que integram nas situações salvaguardadas do âmbito de aplicação do plano (ou seja, por ele não abrangidas) algumas que sempre o seriam caso se não fizesse uma opção expressa em sentido diferente. É o que sucede com normas de planeamento que, estabelecendo um regime restritivo à ocupação do solo, salvaguardam

¹³ Efetivamente, os instrumentos de planeamento, como acontece com todas as restantes normas jurídicas, podem regular expressamente a sua aplicação no tempo atendendo à transitoriedade das situações sobre que incidem.

¹⁴ Cfr. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2014.

¹⁵ Quando a Administração, com as suas opções planificadoras, coloca em causa uma dessas posições jurídicas, não lhe basta invocar o interesse público que as fundamenta, sendo necessário justificá-las convenientemente com base noutros critérios, como a *proporcionalidade da opção*, a sua *necessidade* e as *consequências económicas das mesmas*. Pelo que, embora seja verdade que o poder de planificação não pode ser paralisado por precedentes interesses de natureza privatística — o legislador não pretendeu que as licenças ou outros atos administrativos atinentes a operações urbanísticas se configurassem como um limite inultrapassável para a Administração dotada de poderes de planeamento territorial, não os tendo “imunizado” dos avanços da Administração investida nesses poderes —, a verdade é que terá de se afirmar não existir aqui a mesma “liberdade” de planeamento que ocorre nas situações em que não existam posições jurídicas deste tipo, tendo de se dar especial cumprimento às necessidades de *ponderação de interesses*, onde aquelas posições jurídicas assumem um especial valor comparativamente com os restantes interesses em jogo. Assim, não sendo aquelas posições impeditivas da tomada de decisão de planeamento num determinado sentido, condicionam-na fortemente.

direitos adquiridos, como as referidas *supra* integradas em planos especiais.

Se nos focarmos agora nos loteamentos urbanos e nos atos que os aprovam (as licenças), a questão que se coloca é a de saber, perante normas que *proíbem a construção*, se eles ficam abrangidos pela norma que, genericamente, salvaguarda *direitos adquiridos*, o que apenas pareceria poder obter uma resposta positiva se se pudesse concluir que esta licença concede o *direito de construir*, o que claramente não sucede na medida em que o direito de construir no lote apenas se constitui com a *licença* ou *comunicação prévia* de edificação a apresentar em momento posterior e desde que estejam, como veremos *infra*, cumpridas certas condições. Porém, a questão é mais complexa porque uma posição como a acabada de referir pressupõe, quanto a nós erradamente, que o único “direito urbanístico” existente é o “direito de construir” quando, na realidade não é isso que sucede, como já antecipamos e melhor desenvolveremos *infra*.

Foi precisamente a esta questão que visou dar resposta o Parecer n.º 33/2016 da PGR: a questão de saber se o deferimento de uma operação de loteamento operada por título válido confere ao seu titular uma *mera expectativa do direito de materializar a potencialidade construtiva* (definida e especificada no respetivo alvará), cujo exercício fica dependente das imposições legais vertidas em instrumento de gestão territorial vinculativo em vigor no momento da apreciação e decisão do licenciamento da construção, ou se, pelo contrário, o deferimento de operação de loteamento consolida imediatamente tal direito na propriedade privada do titular do lote, vinculando a Administração ao licenciamento da operação de edificação, de acordo com as especificações do alvará de loteamento, independentemente das exigências decorrentes de instrumento de gestão territorial superveniente.

Dito de outro modo, a questão é, como a coloca o referido Parecer da PGR, a de saber se, uma vez prestadas as cedências, executadas as obras de urbanização e satisfeitos os demais encargos assumidos, o loteador, prestes a poder construir nos lotes, encontra abrigo nas especificações fixadas para a operação de loteamento ou se terá de sujeitar-se a superveniente plano de ordenamento (no caso tratado no parecer da PGR o que estava em causa era um plano de ordenamento da orla costeira) e às imprevistas restrições do seu conteúdo.

O que se pedia à PGR através deste parecer, era que tomasse posição entre a tese da Secretária de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza – segundo a qual o direito ao aproveitamento edificatório dos lotes urbanos é formado pelo ato administrativo que permite a operação de loteamento – e a tese da Inspeção Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAMAOT) – segundo a qual o direito a construir em cada lote apenas se constitui com o deferimento da licença ou com a comunicação prévia de edificação nos lotes, de sorte que um novo plano pode comprometer, no todo ou em parte, o aproveitamento originariamente previsto.

Antes de nos debruçarmos sobre a resposta dada pelo parecer da PGR a estas questões, vejamos o que, em nossa opinião, caracteriza uma operação de loteamento e os atos administrativos que o aprovam. Opinião que corresponde, *grosso modo* à que expressamos na nossa obra de 2009 *Loteamentos urbanos e dinâmica das normas de planeamento* e que a

evolução legislativa entretanto ocorrida não veio colocar em causa, antes pelo contrário, veio confirmar.

2. Operações de transformação fundiária que dão origem a lotes para construção ¹⁶

i. As operações de loteamento (e as obras de urbanização que normalmente lhe andam associadas) sempre constituíram importantes formas de intervenção nos solos por se tratar de operações com incidências acentuadas ao nível do ordenamento do território, e com importantes repercussões na qualidade de vida dos cidadãos. Ao originar a criação de novos espaços urbanos destinados à habitação ou ao exercício das mais diversas atividades humanas, é imperioso que eles sejam projetados e realizados por forma a proporcionar aos futuros utentes o necessário conforto e bem-estar, designadamente permitindo dotar as habitações e as áreas de comércio e indústria das necessárias infraestruturas e equipamentos urbanos. Por esse motivo, este tipo de operações passou a estar, a partir de 1965, sujeita a um regime jurídico específico que veio evoluindo desde então¹⁷ e que sempre teve como objetivo garantir que a criação de núcleos edificativos fosse antecedida das necessárias infraestruturas urbanísticas que permitam o seu cabal funcionamento.

Na base destes regimes está o pressuposto jurídico de que uma só unidade predial apenas permite a construção de um edifício principal, pelo que a construção no mesmo prédio de vários edifícios sem ligação estrutural ou com independência funcional, afetando partes específicas do solo a unidades distintas – implicando, deste modo, uma sobrecarga territorial –, pressupõe divisão do prédio inicial e a garantia de que tal apenas deve ser efetuado mediante o cumprimento de determinadas exigências.¹⁸

É nesta ótica que refere o Parecer da PGR n.º 33/2016, com o qual concordamos, que:

“A necessidade de os conjuntos de edificações autónomas num mesmo prédio ou em prédios contíguos terem de ser precedidos por uma operação de loteamento e respetiva licença municipal (ou, nos casos previstos na lei, de mera comunicação prévia) deve-se, fundamentalmente, à necessidade de afirmar a precedência da urbanização sobre a edificação, ou seja, garantir que um conjunto de novas

¹⁶ Para mais desenvolvimentos, vide o nosso *Loteamentos Urbanos e Dinâmica das Normas de Planeamento*, cit., pp. 81 e ss.

¹⁷ Foi, de facto, o Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de novembro de 1965, que veio estabelecer entre nós, pela primeira vez e de uma forma sistemática, a sujeição das operações de loteamento urbano e das obras de urbanização a licenciamento municipal e a sua submissão a um regime especial. Sucederam-lhe o Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de junho; o Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de dezembro e o Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/92, de 31 de agosto, pelos Decretos-Leis n.ºs 302/94, de 19 de dezembro, e 334/95, de 28 de dezembro, e pela Lei n.º 26/96, de 1 de agosto. Este diploma foi, finalmente, revogado pelo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, atualmente em vigor (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/95, com as sucessivas alterações).

¹⁸ Como sabemos este princípio sofreu um desvio com a admissão expressa, no Código Civil, da constituição de propriedade horizontal sobre conjuntos de edifícios. Sobre esta situação, a sua diferenciação dos loteamentos urbanos e a necessidade de aproximação dos respetivos regimes jurídicos cfr. por todos Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*. cit., comentário 11 ao artigo 2.º.

edificações autónomas dispõe de infraestruturas adequadas, beneficia de espaços e equipamentos de utilização coletiva próprios, contribui para o bem comum com a cedência de terrenos a favor do domínio público ou do património municipal e assume um programa de edificação nos lotes ao qual se vinculam o promotor, os adquirentes de lotes e o município” (sublinhado nosso).

Daqui resulta que não é tanto a divisão fundiária que justifica o regime legal que sempre foi deferido às operações de loteamento, mas sobretudo a finalidade dessa mesma divisão, isto é, os seus efeitos diretos ou colaterais: de darem origem a uma nova “*frente de edificações*”. Como se afirma naquele Parecer da PGR:

“Ao ordenamento do território convém proibir ou conter, pelo menos, que se dispersem ou concentrem várias edificações num mesmo prédio ou em prédios contíguos anexados, salvo se o promotor urbanizar o local, ordenar uma delimitação equilibrada do espaço e assumir outros custos que aproveitem à zona circundante, designadamente reservar fogos para arrendamento social ou criar equipamentos de uso público” (sublinhado nosso).

Era, aliás, isso mesmo que resultava de forma expressa do próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de novembro, ao afirmar que o que se visava com o regime nele estatuído era “[...] *[O]bstar a criação de núcleos habitacionais que contrariem o racional desenvolvimento urbano do território e a evitar que se efetuem operações de loteamento sem que previamente estejam asseguradas as indispensáveis infraestruturas urbanísticas*”.

ii. Uma análise dos vários diplomas que ao longo dos anos regeram os loteamentos urbanos permite concluir que o seu conceito foi evoluindo: até ao Decreto-Lei n.º 555/99, o *punctum saliens* das operações de loteamento encontrava-se no *fracionamento* ou na *divisão de prédios para efeitos de construção*; diferentemente, com a entrada em vigor deste diploma, o loteamento urbano passou a assumir como característica essencial a *transformação fundiária* (ou *recomposição predial*), uma vez que passou a integrar, para além das já tradicionais operações de *divisão de prédios* (que aqui designaremos de loteamentos em sentido estrito), também as de *emparcelamento* e de *reparcelamento*, sempre *para efeitos de edificação urbana*. Este conceito permaneceu intocado até à alteração que lhe foi feita pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro, que veio excluir da noção os *emparcelamentos*¹⁹.

Não obstante este conceito mais amplo, o *loteamento*, independentemente da situação de partida (um ou vários prédios que se vão *dividir* ou vários prédios cuja configuração se vai *reestruturar*) sempre correspondeu a uma *conduta voluntária*²⁰ determinante de uma *divisão*

¹⁹ Sobre os emparcelamentos como operação de loteamento e as questões colocadas a seu propósito vide Fernanda Paula Oliveira/Maria José Castanheira Neves/Dulce Lopes/Fernanda Maçãs, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, cit., comentário 17.º ao artigo 2.º.

²⁰ Estando em causa uma conduta humana, devem ser afastadas deste conceito todas as divisões (ou reestruturações) de prédios resultantes de *factos naturais* (v. g., desvio natural de um curso de água que divide materialmente um prédio em dois) ou de *ações imputáveis à Administração* (v. g., a expropriação de uma faixa de terreno para efeitos de construção de uma estrada). Cfr. Fernando Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2010. p. 87-88. Deve ainda ser excluída da

ou reconfiguração *predial* (*material* ou meramente *jurídica*²¹) que dá origem à *formação de unidades prediais autónomas* (*novos prédios urbanos* perfeitamente individualizados e objeto de direito de propriedade nos termos gerais²²), as quais se destinam imediata ou subsequentemente a *edificação urbana*²³. Estas unidades prediais designam-se de *lotes*, sendo os loteamentos, precisamente, as *operações de transformação fundiária* que dão origem a *lotes* (isto é, unidades prediais destinadas a *construção urbana*), ainda que apenas a um.

É esta última característica – constituição de lotes urbanos – que releva para a noção de loteamento, configurando-o como uma operação urbanística: o loteamento é, de facto, uma *operação urbanística que opera a divisão ou transformação fundiária*, mas não deve confundir-se com outras *operações de divisão ou transformação fundiária que não se traduzem em operações urbanísticas*, diferenciação que nem sempre é fácil de efetuar, em especial quando a divisão fundiária não é a intenção principal dos interessados (o seu objeto imediato)²⁴, mas antes o resultado de um ato ou negócio jurídico (venda, partilha de herança, divisão de coisa comum, etc.)²⁵. Com efeito, tendo em consideração que apenas se configura como um loteamento a *divisão ou transformação fundiária que é destinada à edificação urbana*, pode tornar-se difícil determinar, no caso da celebração de negócios ou atos jurídicos de que resulta tal divisão ou transformação, qual a vontade subjacente de quem os celebra ou pratica: se, apenas, o ato ou o negócio jurídico (de venda, partilha de herança ou divisão de coisa comum) – da qual resultará uma mera transformação fundiária que, por isso, não se configura como um loteamento urbano – se, pelo contrário, a criação de parcelas destinadas (imediate ou subsequentemente) a edificação urbana (lotes).

Se se partir do princípio, como por vezes se parte, de que, para termos um loteamento é irrelevante a vontade declarada dos respetivos interessados, devendo ater-se exclusivamente ao resultado da ação por eles levada a cabo – de onde decorre que teremos um loteamento sempre que de tal ação resultem parcelas que admitem, objetivamente, edificação (o que ocorrerá em regra quando os prédios se encontram dentro de perímetro urbano, mas também quando incluídos em solo rural por este deter também alguma capacidade edificativa) –, então

noção de loteamento a constituição de lotes que decorrem de uma cedência amigável de um terreno, no âmbito de um procedimento expropriativo, cedência essa verificada antes ou depois da declaração de utilidade pública [ou seja, efetuada nos termos do artigo 11.º ou do artigo 36.º (auto ou escritura pública de expropriação amigável), ambos do Código das Expropriações]. Numa situação destas, embora estejamos perante um ato voluntário do particular e não propriamente uma ação imputada à Administração, em causa está uma cedência substitutiva da expropriação e umbilicalmente ligada a ela, pelo que se justifica um regime idêntico ao que decorreria da expropriação.

²¹ Esta divisão (ou reestruturação) jurídica pode resultar designadamente de venda, locação, doação, partilha de herança, partilha de bens do casal em caso de morte de um dos cônjuges, de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens.

²² Deste modo, no caso de divisão, a mesma é sempre *quantitativa* e não meramente *qualitativa* (v. g., a constituição de um direito de superfície), sendo irrelevante o número de lotes e a respetiva área.

²³ As novas unidades prediais devem destinar-se a edificação urbana (edifícios destinados a *usos urbanos*: habitacionais, comerciais, industriais), excluindo-se por isso aqueles que são destinados a fins distintos destes (agrícolas, florestais, cinegéticos ou semelhantes ou, ainda, de retificação de extremas para aumento de logradouros. Cfr. Procuradoria-Geral da República Parecer n.º 152/2004-C).

²⁴ Nestes casos estamos perante os chamados loteamentos-ação, por a intenção imediata do seu promotor ser a constituição de lotes destinados a construção.

²⁵ Temos aqui os designados loteamentos-resultado: a intenção principal é a de efetuar um negócio ou um ato jurídico, mas dele resultam lotes para construção.

terá de se exigir sempre, para que tal ação possa ser levada a cabo, a apresentação e aprovação, pelo município, de um projeto de loteamento (com todos os encargos e exigências associados), o que, nem sempre será possível – se o prédio se localizar fora de perímetro urbano – ou exigirá dos proprietários a realização de uma operação urbanística, que não pretendem, uma vez que a sua intenção é apenas e somente a mera prática de atos ou a celebração de negócios jurídicos.

Ora, é a este propósito que, pensamos, deve ser compreendida, de forma juridicamente adequada, a noção de loteamento de modo a que se não confundam operações de *transformação fundiária* com *operações urbanísticas*. É que, e como referimos, se bem que o loteamento seja uma operação urbanística de transformação da situação fundiária existente, nem todas as operações de transformação fundiária correspondem a operações urbanísticas, sendo que ao RJUE apenas interessam estas, que são aquelas que cabe aos municípios controlar por intermédio dos procedimentos de gestão urbanística adequados. E a transformação fundiária apenas corresponde a uma operação urbanística quando tenha como intuito *criar lotes*, os quais correspondem, precisamente, a unidades prediais com um estatuto urbanístico preciso, por conterem uma edificabilidade *definida e estabilizada*: lote é a nova unidade predial que pode ser objeto autónomo de negócios jurídicos privados e para o qual é definida, logo no momento do seu licenciamento, uma concreta *área de construção, área de implantação, número de pisos e número de fogos* [alínea e) do n.º 1 do artigo 77.º do RJUE].

Este aspeto é mais claro na legislação atual: com efeito, ao contrário do que decorria do Decreto-Lei n.º 448/91 – de acordo com o qual o loteamento dava origem a *lotes* (pelo menos dois), ainda que apenas um deles se destinasse a construção urbana²⁶ –, a definição atual determina que do loteamento *resultam lotes* (que terão as características *supra* indicadas), ainda que *apenas um*²⁷. Significa isto que não é operação de loteamento a intervenção que se traduza numa mera divisão fundiária que, não obstante dê origem a *novas unidades prediais* (parcelas) – que terão a capacidade edificativa que em cada momento os instrumentos de planeamento lhe defiram –, não cria *lotes urbanos* (isto é, novas unidades prediais com uma capacidade edificativa *precisa e estabilizada* por ato administrativo).²⁸

Não ignoramos que esta forma de perspetivar as operações de loteamento (que exige atender à vontade declarada dos interessados no sentido de aferir se pretendem, no momento da divisão ou transformação fundiária, antecipar o uso edificativo das novas parcelas), pode ter consequências negativas na ocupação do território, potenciando o fracionamento excessivo da propriedade e, ainda, verdadeiras fugas aos encargos a que os loteamentos sempre estiveram

²⁶ O que permitia concluir (ou, pelo menos indiciava) que as novas unidades prediais resultantes do loteamento configuravam, *todas elas*, lotes, ainda que não se destinassem a construção urbana.

²⁷ A referência expressa na lei de que de um loteamento pode resultar um só lote (ainda que os emparcelamentos já não constem da respetiva noção) vem tornar clara a possibilidade de se lotear parte do prédio: prédio inicial (prédio mãe) a sujeitar a loteamento abrange, assim, a área loteada (que pode ser um só lote) e a área restante (ou remanescente). Nestes casos, no alvará (ou título) do loteamento deve constar a descrição da totalidade do prédio objeto da intervenção, mas o mesmo apenas incide sobre a área loteada, o que se revela importante para evitar sucessivas alterações ao loteamento.

²⁸ Esta distinção clara entre divisões ou reparcelamentos que dão origem a lotes e aquelas que apenas dão origem a parcelas não destinadas a urbanização ou edificação resulta, ainda que de forma pouco clara, do n.º 3 do artigo 4.º do RJUE.

sujeitos, bastando, para tal, precisamente, que os interessados afirmem, no momento da divisão fundiária, que não pretendem destiná-los, pelo menos de momento, para edificação, reservando-se para mais tarde, e de acordo com o que os instrumentos de planeamento urbanístico em vigor a essa data determinarem, a definição do tipo de edificação que pretendem.

Porém, tais consequências negativas não ocorrerão se, desde logo, os municípios, alargarem, por regulamento municipal, o leque das operações que possam ser consideradas como tendo *impacte relevante* ou *impacte semelhante a loteamento*, incorporando nesses conceitos grande parte dos edifícios que possam vir a ser erigidos em parcelas resultantes de uma mera divisão fundiária, com a consequente equiparação dos encargos a exigir aos respetivos promotores.

Com efeito, ao contrário do que sucedeu durante anos, reconhece-se atualmente que os encargos urbanísticos não devem ser exigidos em função da tipologia da operação urbanística em causa – tradicionalmente, apenas os loteamentos estavam sujeitos a certos encargos destinados a garantir um adequado ambiente urbano e qualidade de vida (designadamente, a previsão de áreas destinadas a espaços verdes, equipamentos de utilização coletiva e infraestruturas), estando todas as restantes deles dispensados –, mas do impacte de cada operação no território, independentemente de qual ela seja. Assim, nos casos em que a operação efetuada seja um loteamento, os referidos encargos serão cumpridos no momento do seu licenciamento (não podendo, depois, ser exigidos no momento da construção nos lotes, por já estarem cumpridos); nas situações em que em causa esteja uma edificação não integrada em área abrangida por operação de loteamento, tais encargos serão exigidos no momento do controlo preventivo da edificação a erigir [desde que esta se reconduza ao conceito de operação com impacte semelhante a um loteamento (n.ºs 5 e 6 do artigo 57.º), ou com impacte urbanístico relevante (n.º 5 do artigo 44.º), que deve constar de regulamento municipal].

Deste modo, se se concluir que a operação de divisão ou transformação fundiária não se traduz numa operação de loteamento, não será exigível, nesse momento (no momento da concretização da divisão ou transformação), a previsão de áreas para espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos, nem a sua eventual cedência ou compensação nas situações legalmente previstas. No entanto, neste caso, quando os interessados vierem edificar nos novos prédios resultantes daquelas divisões fundiárias, terão nesse momento, em função da carga por si gerada, de os cumprir.

Esta é a solução mais adequada, já que assegura a realização do interesse público, qualquer que seja o modelo da operação a ser levada a cabo, para além de dispensar o município (e outros agentes, designadamente notários) da averiguação de negócios ou atos jurídicos anteriores que tenham conduzido, legitimamente, ao fracionamento da propriedade.

Poderá sempre defender-se, reconhecemo-lo, que a antecipação da previsão de áreas para espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos para o momento da divisão fundiária permite perspetivar a globalidade do(s) terreno(s) bem como uma visão de conjunto, determinando uma maior coerência na previsão (localização) das mesmas, coerência

essa que pode não ser conseguida quando a unidade de intervenção passa a ser o prédio resultante da divisão fundiária.

A garantia desta coerência será, contudo, alcançada se a gestão urbanística não for feita somente (como tem sido feita) a partir do plano diretor municipal (que se apresenta, cada vez menos, como o instrumento adequado para, a partir dele, se fazer gestão urbanística), mas de instrumentos de planeamento mais concretos (em especial de planos de urbanização), onde o município preveja, com a coerência necessária, as áreas destinadas a zonas verdes e de utilização coletiva, bem como equipamentos que terão de ser cumpridos em geral (isto é para áreas específicas), o que torna menos relevante a localização de parcelas para estes fins nas concretas operações urbanísticas que aí venham a ocorrer (quer se trate de loteamentos quer de obras de edificação), uma vez que a perspetiva global daquele território fica assegurada.

Admitimos também que a posição que aqui defendemos pode potenciar o fracionamento excessivo de terrenos integrados dentro do perímetro urbano, favorecendo a criação de parcelas sem qualquer possibilidade de utilização urbana com a consequente paralisação dos mesmos. Assim, se um prédio puder ser fracionado, através, por exemplo, de uma partilha de herança, em parcelas de dimensão muito reduzida (por serem muitos os herdeiros), as mesmas ficarão, a mais da vezes, sem possibilidade de serem destinadas para usos urbanos e, por isso, paralisadas, o que parece contrariar as orientações nacionais da necessidade de ocupação de espaços vazios dentro da cidade (fala-se em *cerzir a cidade* numa lógica de colmatação). Mas o município pode evitar esta situação, quer definindo, por plano, o dimensionamento adequado e mínimo das parcelas (possibilidade expressamente prevista no artigo 19.º da Lei n.º 31/2014, que prevê que os planos territoriais podem estabelecer critérios e regras para o dimensionamento dos prédios, independentemente da sua finalidade, urbana ou outra) – o que limita a celebração de contratos ou a prática de atos que tenham como efeito o fracionamento abaixo de um determinado limite –, quer lançando mão de instrumentos que lhe permitem impor uma intervenção de conjunto para todas as parcelas resultantes de divisão fundiária, designadamente pelo recurso à delimitação de unidades de execução que obrigam a um projeto único (conjunto) para áreas constituídas por prédios pertencentes a distintos proprietários (que pode, mesmo, se necessário, ser executado pelo sistema de imposição administrativa).

O que aqui afirmamos não prejudica a possibilidade de os órgãos municipais competentes indagarem qual a finalidade última da divisão fundiária, sendo que, nas situações em que possa concluir, em face dos dados da situação concreta, que o que se pretende não é a mera autonomização jurídica de partes de prédios, mas a autonomização jurídica de edificações neles construídas ou a viabilização de projetos que se encontram em tramitação no município, deve exigir um prévio loteamento, sob pena de, se este não for promovido, o ato licenciamento das edificações ou da emissão de autorizações de utilização individualizadas para cada uma destas serem ilegais.

iii. Sendo a operação de loteamento sujeita a licenciamento (essa é a regra), podemos concluir, do que foi dito até ao momento, que a referida licença (seja um loteamento em sentido estrito seja um reparcelamento) é um ato administrativo com caráter real por alterar a *situação jurídica* dos prédios por ela abrangidos. E na medida em que,

como referimos *supra*, a edificação deve ser precedida de urbanização, em regra a operação de loteamento deve ser acompanhada de projetos de obras de urbanização (atualmente sujeitas a comunicação prévia), titulada pelo mesmo alvará: alvará de licença de loteamento com obras de urbanização.

Atendendo, precisamente, ao princípio de que a *urbanização deve anteceder a edificação*, princípio evidenciado no Parecer da PGR n.º 33/2016, deve realçar-se que do loteamento não resultam apenas *lotes para construção*, mas também *parcelas para “fins coletivos”*, tendo uns e outras estatutos jurídicos precisos.

O estatuto destas últimas decorre quer do *fim a que especificamente se destinam* – a áreas verdes e de utilização coletiva, a equipamentos e a infraestruturas –, quer da *respetiva titularidade*, já que ou serão cedidas ao município (para o seu domínio público ou privado, embora, neste caso, sempre afetas àquelas finalidades e não livremente transacionáveis), ou permanecerão propriedade privada embora com o estatuto especial de *partes comuns dos lotes e dos edifícios que neles venham a ser erigidos* (artigos 43.º e 44.º).

Por sua vez, o estatuto específico dos lotes advém-lhes da edificabilidade precisa que para eles é definida, a qual fica *estabilizada* com o licenciamento do loteamento. Os lotes distinguem-se, assim, como referido, das restantes unidades prediais. Para estas, o seu estatuto urbanístico (possibilidade do seu eventual destino para construção e os termos em que esta pode ser efetivada) terá de decorrer de outros atos de gestão urbanística na sequência, em regra, da regulamentação de instrumentos de planeamento municipal: ou de uma *informação prévia favorável à edificação* (a qual, contudo, tem um período de vigência limitado de um ano, ao contrário do que sucede com o lote cujas prescrições permanecem enquanto a licença de loteamento e o respetivo alvará se mantiverem em vigor), ou de uma *licença ou comunicação prévia de obras de edificação*.

Já o estatuto urbanístico dos lotes – a respetiva edificabilidade – decorre da licença de loteamento, não obstante a necessidade, para a sua concretização, da edificabilidade por ele conferida (isto é, para erigir uma edificação no lote), do desencadeamento de um novo procedimento para o efeito. Dado, porém, o facto de as *condições urbanísticas da edificação se encontrarem definidas e estabilizadas com a licença de loteamento* – que define, para cada lote, a respetiva área de construção, área de implantação, número de pisos e número de fogos dos edifícios a implantar, com especificação dos fogos destinados a habitação a custos controlados quando previstos [alínea e) do n.º 1 do artigo 77.º] –, o novo procedimento será, a não ser que o interessado faça uma opção distinta, uma *mera comunicação prévia* que permite ao respetivo titular, imediatamente após a sua apresentação, realizar a obra, desde que cumpra as prescrições constantes do alvará de loteamento para o respetivo lote e outras prescrições legais e regulamentares aplicáveis às construções que não possam (ou na medida em que não possam) ser concretizadas no alvará de loteamento.

É, aliás, em função da edificabilidade prevista para os lotes, definida de forma antecipada e estável na licença de loteamento, que se determinam os deveres e os encargos a assumir pelo promotor do loteamento por forma a garantir que a edificabilidade prevista para cada lote a criar com a operação de loteamento tem condições para poder ser concretizada. Deveres e

encargos estes que apenas se compreendem em função dos *direitos urbanísticos* que a licença de loteamento confere.

A promoção de uma operação de loteamento baseia-se precisamente nesta vantagem: de criar unidades prediais com este estatuto urbanístico. Assim, com esta operação urbanística prepara-se a área para acolher edificação urbana (incluindo do ponto de vista das infraestruturas que a serve, cujos projetos são aprovados nesse âmbito), edificação essa que, por o ato que incide sobre o loteamento estabelecer as condições precisas da mesma, fica desde logo (isto é, de forma antecipada) *definida* e *estabilizada*. Esta operação funciona, pois, como um fator de *segurança* e *estabilidade jurídica* no mercado imobiliário, em especial criando para os adquirentes dos lotes um conjunto de garantias na concretização de uma edificabilidade que também adquirem quando compram o lote.

Por isso, embora seja verdade que a licença de uma *operação de loteamento* (incluindo as respetivas obras de urbanização quando estas se revelam necessárias) não é o ato que, *por si só*, permite a edificação nos lotes – a qual fica dependente de uma posterior comunicação prévia ou atualmente, também, por opção do interessado, uma posterior licença –, a mesma define, porém, de uma forma detalhada e concreta as *condições urbanísticas* das edificações a implantar nos lotes, sendo esta, precisamente, a sua função: a de definir antecipadamente, estabilizando-os, os parâmetros urbanísticos (de edificabilidade) a que obedecerão as edificações a erigir nos lotes e as condições imprescindíveis para que as mesmas possam ser utilizadas de uma forma urbanisticamente sustentável, quer do ponto de vista da existência de infraestruturas (obras de urbanização), quer de zonas verdes e de utilização coletiva ou de equipamentos destinados a servir os mesmos.

Porque *estabiliza* aqueles parâmetros de edificabilidade, o licenciamento de uma operação de loteamento introduz um fator de *segurança* e *estabilidade* no mercado imobiliário, criando uma mais-valia que não é descurada por terceiros que adquirem os lotes. Esta mais-valia decorre, para estes adquirentes, da garantia:

- De concretizar no lote a operação urbanística (edificação) para ele prevista e nas condições definidas no respetivo título (em regra, o alvará): para o efeito basta apresentar uma mera comunicação prévia;
- Da execução efetiva das obras de urbanização (que são tituladas pelo mesmo alvará da licença de loteamento), já que, caso o promotor do loteamento as não realize (como é seu dever), pode solicitar que a câmara, ao abrigo do disposto no artigo 84.º, as realize em substituição daquele (à custa da caução por ele prestada) ou pode, nos termos previstos no artigo 85.º, requerer autorização judicial para promover diretamente a execução de obras de urbanização;
- Do cumprimento das condições estabelecidas no alvará por parte dos restantes adquirentes dos lotes, do promotor e da própria câmara (artigo 77.º, n.º 3);
- De uma certa estabilidade das regras constantes do alvará, uma vez que as respetivas alterações estão sujeitas a regras mais rígidas de legitimidade, em que os adquirentes dos

lotes têm uma palavra a dizer (cfr. o disposto no n.º 3 do artigo 27.º), e, tratando-se de alterações da iniciativa da câmara (artigo 48.º), as mesmas poderem dar origem a indemnização se delas resultarem prejuízos para os adquirentes dos lotes.

Daqui se pode concluir que o loteamento não confere apenas o *direito a proceder à divisão/transformação fundiária* da sua área de intervenção, conferindo também o *direito à edificabilidade nele prevista* (e que tem de ser necessariamente prevista para que se possa falar em lotes).

Apenas por assim ser se compreende que a lei exija que sejam cumpridos, logo no momento da aprovação do loteamento, todas as exigências que permitam a concretização da edificabilidade que esta operação admite, exigências essas que ficam a cargo do respetivo promotor, por ser ele quem promove a operação que as justifica. E estas exigências serão maiores ou menores consoante seja maior ou menor a edificabilidade prevista no loteamento e os usos nele admitidos.

Ou seja, os encargos a assumir pelo promotor do loteamento (incluindo a realização das respetivas obras de urbanização) serão justificados na edificabilidade e nos usos *concedidos pela respetiva licença*, sendo indispensável determinar quais são estes direitos para se definir (calcular) aqueles encargos.

E embora a edificação a erigir nos lotes esteja, ela mesma, dependente de um procedimento posterior, é a operação de loteamento onde a mesma se vai implantar que, por a prever e admitir de forma antecipada e precisa, implica uma sobrecarga no território justificadora daqueles encargos. Ou seja, é o loteamento que, ao transformar os prédios em *lotes urbanos*, determina uma sobrecarga justificadora daqueles deveres. De onde resulta ser ao promotor do loteamento (e não aos construtores nos lotes) que cabe o encargo de dotar a área de todas as características destinadas a servir as edificações a erigir, designadamente a realização das obras de urbanização e a previsão de áreas destinadas a garantir qualidade de vida dos futuros utentes ou residentes.

Deste modo, é quem promove uma operação de loteamento que tem de prever, nos respetivos projetos, áreas destinadas a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos de acordo com os parâmetros de dimensionamento constantes de plano municipal de ordenamento do território (n.º 1 do artigo 43.º), áreas essas que tanto podem permanecer propriedade privada como ser cedidas ao município (artigo 44.º).

Nas hipóteses de a área a lotear já estar servida por infraestruturas ou não se justificar a localização de qualquer equipamento ou espaços verdes públicos, o promotor terá de pagar uma compensação ao município, a qual é justificada, precisamente, no facto de este tirar partido de áreas já existentes destinadas a esses fins.

O promotor do loteamento tem ainda, por forma a permitir o cumprimento do fim a que se encontram destinados os lotes (edificação urbana), de realizar as respetivas obras de urbanização (prestando caução que garanta a sua regular execução) e de pagar a taxa pela realização de infraestruturas urbanísticas, que corresponde à contrapartida pela realização,

pelo município, de infraestruturas gerais originadas pela operação de loteamento (integrando-se na noção genérica de infraestruturas os espaços verdes e equipamentos de utilização coletiva), por contraposição às infraestruturas locais [obras de urbanização, conceito que, nos termos da alínea *i*) do artigo 2.º, claramente integra aqueles espaços], que são da responsabilidade do promotor do loteamento.

De onde resulta que, por proceder à *constituição de lotes urbanos*, o promotor do loteamento tem de cumprir um conjunto de encargos que garantam a efetiva capacidade de os mesmos serem destinados ao fim para que são criados: a edificação urbana. Apenas com o cumprimento daqueles encargos, a edificabilidade prevista no loteamento lhe será viabilizada. Tudo isto se traduz, ao fim e ao cabo, no cumprimento do princípio da antecedência da urbanização sobre a edificação, garantido que os novos edifícios (que tanto surgirão imediata como subsequentemente) serão por ela servidos.

Sendo os lotes resultantes de uma operação de loteamento unidades prediais com uma *capacidade edificativa precisa* e servidos, por forma a garantir a efetiva concretização daquela edificabilidade, pelas *necessárias infraestruturas urbanísticas* – as quais devem ser realizadas dentro de determinados prazos, ainda que a edificação nos lotes apenas surja mais tarde –, e por áreas verdes e de utilização coletiva e equipamentos – que ficam logo previstas ou, sendo caso disso, são imediatamente cedidas ao município para aqueles fins (não podendo ser destinados a outros sob pena de reversão) –, bem se compreende que, no mercado, um lote integrado num loteamento tenha um valor mais elevado do que um prédio não abrangido por este tipo de operação. É que quem compra um lote, não compra apenas um novo prédio, mas, antes, um prédio destinado a construção (nos termos e para os fins nele especificamente identificados), devidamente infraestruturado (existem pelo menos garantias de que as infraestruturas serão realizadas, se não diretamente pelo promotor, pelo menos pela câmara ou pelos próprios adquirentes dos lotes à custa daquele) e com uma capacidade edificativa precisa, concreta e antecipadamente definida (por, para cada lote, o alvará de loteamento identificar não apenas o fim da edificação, mas também a respetiva área de construção, área de implantação, número de fogos e número de pisos).

Mais, o licenciamento de uma operação de loteamento tem ainda implicações fiscais, designadamente para efeito de Imposto Municipal sobre Imóveis, sendo as especificações constantes do alvará tidas em conta para esses efeitos na medida em que estabilizam o uso urbano do prédio.

Por isso, e como afirmámos, as operações de loteamento são uma forma relevante de ocupação do território e os atos que sobre elas incidem desempenham importantes funções e têm importantes efeitos na esfera jurídica de todos aqueles que tenham de se relacionar com esta operação urbanística.

iv. Caraterizada a operação de loteamento urbano, podemos claramente identificar, em termos conclusivos, os efeitos jurídicos que resultam dos atos administrativos que as aprovam. Tais atos apresentam-se, desde logo, como atos de *carácter real*, precisamente por definirem as condições da ocupação urbanística do *prédio* ou *prédios* sobre que incide.

Mais, se o loteamento tem como efeito a constituição de *lotes urbanos* que, além do mais, inscrevem, nos termos que forem definidos nas especificações do respetivo título (ou de eventuais elementos anexos que dele sejam integrantes), *potencialidade edificatória* e *respetivos parâmetros*, então terá de se concluir que o mesmo confere aos interessados, designadamente aos adquirentes dos lotes, o *direito a concretizar a edificabilidade para eles prevista*.

Conclui-se, assim, que a licença de uma operação de loteamento não se limita a conferir ao interessado o direito de fracionar a sua propriedade, mas, ainda, o direito a concretizar, nas novas unidades prediais resultantes do loteamento (ou seja, nos lotes urbanos) uma capacidade edificativa precisa, traduzida na possibilidade de concretização, na área de abrangência, de obras de edificação nele previstas e de acordo parâmetros para elas definidas. É certo que da licença de loteamento não resulta, de forma imediata, o *direito de edificar* nos lotes: desde logo a lei determina que a licença ou comunicação prévia das obras de edificação nos lotes apenas possa ser concedida ou apresentada, respetivamente, se as obras de urbanização estiverem concluídas (recepção provisória) – o que nem sempre acontece –, embora esta exigência seja ultrapassável, na medida em que o legislador se basta com o pagamento da caução, caução esta que existirá sempre, na medida em que a mesma é condição para a passagem do alvará, sem o qual a licença não produz os seus efeitos. E prestada essa caução, fica garantido que as edificações a erigir nos lotes serão servidas pelas infraestruturas previstas já que, se não forem realizadas diretamente pelo promotor, sê-lo-ão sempre por conta dele quer pela câmara quer pelos adquirentes dos lotes (utilizando para o efeito a caução por ele prestada).

Por seu lado, ainda que dela não resulte diretamente o direito de edificar, tal não significa, de forma alguma, que a licença de loteamento não seja constitutiva de direitos. Como impressivamente se afirma no Parecer da PGR n.º 33/2016 a este propósito:

“O loteamento é talvez a melhor ilustração da aquisição progressiva de faculdades urbanísticas, desde a informação prévia requerida pelo interessado em lotear até à autorização de utilização para cada uma das edificações construídas nos lotes. Uma aquisição progressiva que depende inexoravelmente do cumprimento de ónus, deveres e encargos, além de se encontrar encadeada numa sucessão de atos administrativos antecedentes e consequentes que sustentam a validade e a eficácia uns dos outros”.

A tese de que do loteamento decorrem direitos urbanísticos para os interessados (direito a concretizar uma determinada capacidade edificativa, ainda que dependente do posterior impulso para a emissão da licença ou a apresentação da comunicação prévia de construção para os lotes), encontra-se consagrada na nova redação dada ao artigo 48.º do RJUE referente às alterações às licenças de loteamento efetuadas pelas câmaras municipais para execução de instrumentos de planeamento entrados em vigor em momento posterior ao seu licenciamento. Com efeito, nos termos deste artigo (n.º 6):

“Enquanto não forem alteradas as condições das operações de loteamento nos termos previstos no n.º 1, as obras de construção, de alteração ou de ampliação, na área abrangida por aquelas operações de loteamento, não têm que se conformar com

planos municipais ou intermunicipais de ordenamento do território ou áreas de reabilitação urbana posteriores à licença ou comunicação prévia da operação de loteamento.”

Mais, tal como constava já da versão anterior, o n.º 4 determina que:

“A pessoa coletiva que aprovar os instrumentos referidos no n.º 1 que determinem direta ou indiretamente os danos causados ao titular do alvará e demais interessados, em virtude do exercício da faculdade prevista no n.º 1, é responsável pelos mesmos nos termos do regime geral aplicável às situações de indemnização pelo sacrifício.”,

Acrescentando ainda um n.º 5 que determina que:

“Sem prejuízo do disposto no número anterior, nas situações de afetação das condições da licença ou comunicação prévia que, pela sua gravidade ou intensidade, eliminem ou restrinjam o seu conteúdo económico, o titular do alvará e demais interessados têm direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringido”,

o que corresponde a um claro reconhecimento de que as operações de loteamento conferem direitos urbanísticos aos interessados, designadamente aos adquirentes dos lotes.²⁹

Em suma, considerando o referido no ponto 1. do presente texto e compulsado com o acabado de referir no ponto 2., fácil é perceber que licenças de loteamento não são, a não ser que o plano expressamente determine em sentido contrário, afetadas pela entrada em vigor de um novo instrumento de planeamento.

E se do loteamento resultam lotes destinados a construção, esta não afetação terá de significar, necessariamente, que as normas do novo plano que sejam proibitivas de construção ou que imponham novas condicionantes à mesma (que impeçam ou condicionem a concretização da edificabilidade tal como prevista na licença de loteamento) não têm, como princípio, aplicação naquela área.

Daqui decorre a regra de que um plano entrado em vigor em momento posterior ao licenciamento do loteamento e que proíba nova edificabilidade não se aplica a lotes abrangidos por um loteamento anterior àquele plano.

Esta regra pode ter, é certo, exceções. As mesmas, porém, apenas podem ser mobilizadas se o plano determinar expressamente nesse sentido, situação em que será necessário, em momento posterior, alterar o loteamento e pagar uma indemnização aos interessados.

Já se o plano nada disser a este respeito (ou, então, se salvaguardar, como faz frequentemente, “direitos adquiridos”), as normas do plano posterior não têm, por opção do

²⁹ Sobre esta nova redação do artigo 48.º cfr, o nosso, *Mais uma alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (o Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro)*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 45-46.

próprio plano, aplicação na área do loteamento uma vez que, se é verdade que a licença desta operação urbanística não confere, de forma imediata, o *direito de construir* (direito que, como vimos, fica dependente da apresentação de comunicação prévia ou de licença de construção), não restam dúvidas de que tal licença é “*constitutiva de direitos*” na lógica referida pela própria PGR de aquisição sucessiva de faculdades (direitos) urbanística(o)s, como melhor veremos *infra*.

No mesmo sentido que o aqui defendido aponta Cláudio Monteiro, para quem “*As condições da licença ou comunicação prévia de loteamento urbano têm inclusive natureza real, pelo que se incorporam no direito de propriedade do lote, e conferem ao seu proprietário, enquanto aquela licença ou comunicação se mantiver em vigor, o direito de obter uma licença ou comunicação prévia de obras de edificação que se conforme com elas. (...) mesmo com garantias de indemnização, em caso algum pode ocorrer revogação ou caducidade do todo ou parte da licença, automaticamente, sem expressa previsão da lei ou do próprio plano*” (sublinhado nosso).³⁰

3. O Parecer da PGR n.º 33/2016

Uma vez que já vai longo este texto, passamos de imediato a um comentário, ainda que breve, ao conteúdo do Parecer da PGR n.º 33/2016 que se debruça, precisamente, como foi referido *supra*, sobre esta questão.

Dada a complexidade e extensão deste parecer, analisá-lo-emos pelas respetivas conclusões, que se apresentam como uma excelente síntese do que nele se verte (ainda que apenas enunciemos as conclusões que relevam para o que aqui estamos a tratar). Vejamos pois:

Conclusão 2.ª “*(...) Só a administração pública pode legitimar as transformações do solo, através do plano, por ato administrativo ou sobre comunicação prévia, acrescentando ao conteúdo do direito civil de propriedade um direito subjetivo público de carácter real.*”

Nesta conclusão está implícita uma conceção publicista do direito de propriedade, a conceção de que o *ius aedificandi* (direito de lotear, de urbanizar e de construir) não é uma faculdade inerente ao direito de propriedade, mas uma faculdade atribuída pela Administração e que acresce à esfera jurídica dos particulares. Esta posição encontra-se hoje expressamente prevista na Lei de Bases quando, precisamente, se refere à aquisição sucessiva das faculdades urbanísticas (artigo 15.º, n.º 1). E ainda que nesta conclusão se mencione o *plano* como uma das “*decisões*” da Administração da qual pode decorrer um direito subjetivo público, a referência à aquisição sucessiva de faculdades urbanísticas previstas na Lei de Bases aponta no sentido de que o plano, por si só, não as confere, estando esta aquisição dependente do cumprimento de um conjunto de deveres e ónus por parte do interessado, o que apenas ocorre no âmbito dos procedimentos de gestão urbanística, designadamente, de licenciamento.

Conclusão 4.ª: *A necessidade de os conjuntos de edificações autónomas num mesmo*

³⁰ Cfr. “A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o sacrifício de faculdades urbanísticas” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 91, 2012, p. 24 e 23.

prédio ou em prédios contíguos terem de ser precedidos por uma operação de loteamento e respetiva licença municipal (ou, nos casos previstos na lei, de mera comunicação prévia) deve-se, fundamentalmente, à necessidade de afirmar a precedência da urbanização sobre a edificação, ou seja, garantir que um conjunto de novas edificações autónomas dispõe de infraestruturas adequadas, beneficia de espaços e equipamentos de utilização coletiva próprios, contribui para o bem comum com a cedência de terrenos a favor do domínio público ou do património municipal e assume um programa de edificação nos lotes ao qual se vinculam o promotor, os adquirentes de lotes e o município.

Esta conclusão, em consonância com o que afirmámos *supra*, denota bem que a finalidade última de uma operação de loteamento é a *construção urbana*: por isso é necessário garantir que a área onde essa construção se vai implantar esteja preparada para a receber, quer por infraestruturas necessárias (obras de urbanização que têm de ser executadas pelo promotor) quer por áreas destinadas a garantir a qualidade de vida e o correto ambiente urbano. O fim último do loteamento é, deste modo, garantir a referida construção (edificação nos lotes), quer ela surja imediata quer apenas sucessivamente. Do loteamento decorre assim o direito de o interessado *obter uma licença de obras de construção* (ou realizar as obras de construção comunicadas, no caso de comunicação prévia) que com ele se conforme.

Conclusão 5.ª: *A licença de loteamento não deve ser qualificada como regulamento, nem como um plano nem como um negócio jurídico, conquanto o seu conteúdo revele traços normativos, em especial as especificações obrigatoriamente fixadas para a edificação em cada lote, apesar da função de instrumento de gestão territorial que desempenha e não obstante assumir uma natureza jurídica modal, evidenciada nos deveres, ónus, encargos, termos e condições que recaem sobre o loteador.*

Desta conclusão se retira, de forma muito clara, os efeitos que resultam de uma licença de loteamento: a mesma corresponde a um *ato administrativo com carácter real*, por definir a situação jurídica do prédio sobre que incide, embora desempenhe uma função próxima dos instrumentos de gestão territorial, por definir, nos termos que constem do respetivo título (ou em eventuais elementos anexos que dele sejam integrantes), as especificações urbanísticas, isto é, as condições de edificabilidade a que devem obedecer as construções a erigir nos lotes, bem como as finalidades das parcelas destinadas a “usos coletivos”.

Este carácter “regulamentar” ou normativo, isto é, *definidor de regras aplicáveis à área em causa* (referimo-nos às especificações obrigatoriamente fixadas para a edificação em cada lote), está patente no facto de o legislador equiparar as consequências da violação de uma licença de loteamento às da violação de um plano: a nulidade.

É por este motivo que, tal como se refere no Parecer em apreço, a licença de loteamento se apresenta como “*um belíssimo exemplo do ato administrativo como fonte de direito, o que decerto não é despreciando para perceber as razões da sua qualificada estabilidade*”.

Conclusão 6.ª “*A licença de loteamento é um ato administrativo e é constitutiva de direitos e interesses legalmente protegidos, gozando da proteção constitucionalmente*

devida a estas posições jurídicas ativas ora por força de limites à revisão destes atos, ora por condicionar eventuais efeitos retroativos de outros atos administrativos, de regulamentos ou contratos administrativos e até da lei.

Esta é uma das conclusões mais relevantes deste Parecer ao reconhecer expressamente ser a licença de loteamento um *ato administrativo constitutivo de direitos*, de onde decorrem várias consequências quanto ao seu regime, designadamente em matéria de *revisão* destes atos, a qual é limitada quer no que se refere à *revogação* – que apenas pode ocorrer nas situações previstas no n.º 2 do artigo 167.º do CPA³¹, dando algumas delas lugar a indemnização –, quer quanto à *anulação* — que só pode ser determinada dentro de determinados prazos, mas sempre no prazo máximo de um ano (n.ºs 1 e 2 do artigo 168.º do CPA).

Por sua vez, afirma-se expressamente que este caráter constitutivo de direitos condiciona eventuais efeitos retroativos de outros atos administrativos, de regulamentos ou contratos administrativos e até da lei³², confirmando o que afirmámos *supra* quanto à aplicação no tempo das normas urbanísticas: estas valem, em regra, para o futuro, apenas podendo afetar situações jurídicas que se prolongam no tempo decorrentes destes atos anteriores em *casos excecionais*, devidamente justificados, e ponderados os interesses em presença, dando lugar a indemnização. O que significa que, mesmo com garantias de indemnização, em caso algum pode ocorrer *revogação* ou *caducidade* automática de toda ou parte da licença: esta revogação ou caducidade apenas pode ocorrer mediante expressa previsão da lei ou do próprio plano e com a prática posterior de tais atos.

Conclusão 7.ª: *A construção nos lotes é permitida pelo direito que se constitui com as especificações do alvará ou título equivalente das operações de loteamento, posto que se antecipa para o licenciamento ou para os atos preparatórios da comunicação prévia a verificação da conformidade com a lei e com os planos aplicáveis por parte das obras a executar.*

Conclusão 8.ª: *Vale isto por dizer que o tempo que rege o ato é, no caso das licenças e comunicações prévias de obras de edificação, em área abrangida por operação de loteamento, antecipado para o momento em que esta se constitui, na parte que seja especificada no alvará ou título equivalente.*

Resulta, com relevo, destas duas conclusões, que as condições de edificação nos lotes são definidas no loteamento, *antecipando* este as prescrições aplicáveis à edificação a erigir nos lotes. Por isso se afirma que as normas que regem a licença ou a comunicação prévia da construção a erigir nos lotes (*tempus regit actum*) não são as que estão em vigor no momento da licença ou comunicação prévia da edificação, mas as que estavam em vigor no momento da licença de loteamento (que as antecipou), e que são traduzidas nas especificações do alvará de loteamento ou título equivalente.

³¹ Isto sem prejuízo de, com o atual Código do Procedimento Administrativo, estas situações serem hoje mais amplas que no anterior Código.

³² Essa limitação vale quer para os casos de irretroatividade autêntica quanto para as hipóteses de retroatividade inautêntica, esta última verificada quando uma norma jurídica incide sobre situações ou relações jurídicas já existentes embora a nova disciplina jurídica pretenda ter efeitos para o futuro.

Com efeito, e como expressamente se afirma nestas conclusões, a conformidade das obras de edificação a realizar nos lotes com a lei e com os planos aplicáveis é *antecipada para o licenciamento ou para os atos preparatórios da comunicação prévia do loteamento*, sendo o “tempo que rege o ato” das obras de edificação em área abrangida por operação de loteamento *antecipado* para o momento do loteamento (valendo para elas as especificações constantes do alvará de loteamento ou título equivalente).

Concordamos, na íntegra com estas conclusões e com a afirmação, vertida no Parecer da PGR, de que “*No perímetro de operações de loteamento, o princípio tempus regit actum (artigo 67.º do RJUE) vale para o licenciamento ou comunicação prévia da própria operação de loteamento, fixando um bloco de legalidade que perdura sobre as operações urbanísticas sucessivas.*” isto é, sobre a construção a erigir nos lotes.

Conclusão 9.ª *O direito a edificar, porém, revela-se um direito incompleto, condicional e condicionado.*

Conclusão 10.ª *Não obstante garantir o aproveitamento de cada lote, segundo os parâmetros arquitetónicos e construtivos fixados nas especificações do título do loteamento, é um direito incompleto, pois só adquire plenitude com a comunicação prévia ou com a licença para início de obras de edificação no lote.*

Como resulta desta conclusão o *direito a edificar no lote* não decorre de forma direta e imediata da licença de loteamento, estando tal direito dependente da apresentação de uma licença ou comunicação prévia das obras de edificação. Isto é, de tal forma óbvio, que não teria sequer de ser afirmado.

Em todo o caso, esta afirmação tem a vantagem de tornar claro que o *direito de edificar* não é o único direito que pode ser constituído por um ato de gestão urbanística e que não existe coincidência entre *ato constitutivo de direitos* e *ato constitutivo do direito de edificar*.

Existe, de facto, como já referimos *supra*, uma variedade de atos administrativos que produzem efeitos distintos do ponto de vista das faculdades urbanísticas (direitos) que concedem aos particulares. Tais atos podem ser arrumados, pela ordem crescente da consolidação da posição jurídica (direito) que concedem, da seguinte forma: informações prévias favoráveis, aprovações de projetos de arquitetura, licenças de loteamento e de obras de urbanização, licenças de obras de edificação e autorizações de utilização. A diferença entre cada uma destas posições jurídicas de vantagem (direitos) é quantitativa e não qualitativa: trata-se de atos que enriquecem, em medida diferente ou grau distinto, o conteúdo do direito de propriedade (ao integrar nele um conjunto de poderes ou faculdades de que o respetivo titular não dispunha): uma coisa é o direito (as faculdades) que decorre(m) de uma informação prévia favorável ou da aprovação do projeto de arquitetura; outra o direito (as faculdades) que decorre(m) da licença de loteamento, outras o direito (faculdade) que decorre da licença ou comunicação prévia de obras de edificação e outra, ainda, os direitos (faculdades) que decorrem da autorização de utilização. Tudo numa lógica que a Lei de Bases apelida de *aquisição sucessiva de faculdades urbanísticas*.

Em face desta realidade, que é de todos conhecida, tanto podemos afirmar, com se faz na conclusão do Parecer da PGR n.º 33/2016 aqui em referência, que da licença de loteamento resulta um *direito de edificar incompleto* como, na esteira do que afirma Cláudio Monteiro, que do loteamento resulta “o *direito de obter uma licença ou comunicação prévia de obras de edificação que se conforme com ele*”. A afirmação de Cláudio Monteiro, é até, quanto a nós, mais clara, pois afasta o equívoco que poderá estar subjacente à utilização da expressão *direito de edificar*, que nunca decorrerá diretamente da licença de loteamento.

Conclusão 11.ª *E, essa plenitude, de harmonia com o princípio da aquisição progressiva das faculdades urbanísticas (artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio) é condicional, pois o direito a edificar em cada lote encontra-se sujeito às vicissitudes que atinjam a licença da operação de loteamento, designadamente na validade e eficácia respetivas, no seu conteúdo ou no objeto.*

Conclusão 12.ª *O referido direito encontra-se sujeito, fundamentalmente, a duas condições. A primeira, de natureza suspensiva, impede o início das obras de construção nos lotes sem estarem concluídas – ou devidamente garantida a conclusão – das obras de urbanização. A segunda é de natureza resolutiva e impede a comunicação prévia (ou o licenciamento) de obras de edificação nos lotes se a licença de loteamento tiver caducado, designadamente por incumprimento de prazos fixados ao loteador, se tiver sido anulada ou declarada nula ou se o objeto e conteúdo respetivos tiverem sido alterados restritivamente.*

Quanto à conclusão 11.ª, ela é válida para qualquer licença, incluindo a de construção: com efeito, se ninguém nega que a licença de construção é um ato administrativo constitutivo do *direito de edificar*, dúvidas não restam de que a manutenção de tal efeito se encontra dependente das vicissitudes que possam atingir tal licença, designadamente a sua validade e eficácia.

Por sua vez, se é verdade que a construção nos lotes está dependente de as obras de urbanização previstas para o loteamento serem realizadas pelo promotor, a verdade é que todo o regime dos loteamentos está “montado” de forma a garantir que tal realização ocorrerá efetivamente: se não pelo promotor, pelo menos pela câmara municipal ou por adquirentes dos lotes à custa daquele (é por isso que é prestada caução destinada a garantir a regular execução daquelas obra) – cfr. artigo 84.º e artigo 85.º do RJUE

Conclusão 13.ª *O direito a edificar nos lotes é ainda condicionado, com o sentido de a edificação a emprender estar salvaguardada apenas pelas especificações contidas no título da operação de loteamento, o que significa que as obras não ficam desobrigadas de cumprir as prescrições legais e regulamentares a que pela sua natureza, características e localização devam subordinar-se. Por outras palavras, o controlo administrativo de obras em área abrangida por operação de loteamento não se esgota em verificar a conformidade com a licença ou comunicação prévia de loteamento.*

Esta conclusão encerra em si duas partes que têm de ser devidamente entendidas sob pena de “deitarem por terra” todas as conclusões anteriormente assumidas pelo Parecer da PGR aqui

em análise.

Assim, decorrendo das conclusões anteriores que a licença de loteamento confere ao proprietário do lote, enquanto aquela licença ou comunicação se mantiver validamente em vigor, o *direito de obter uma licença ou comunicação prévia de obras de edificação que se conforme com ela*, dúvidas não restam que o bloco normativo que deve ser convocado em primeira linha na apreciação do projeto de edificação a erigir nos lotes é o que consta *das prescrições urbanísticas* naquela contidas. Com efeito, as especificações contidas na licença ou comunicação prévia de loteamento garantem o *direito a edificar em conformidade com o seu teor*. O que significa, como se afirma nesta conclusão 13.º, que o direito a edificar nos lotes está salvaguardado pelas especificações contidas no título da operação de loteamento.

O que decorre desta conclusão 13.ª é que, para além delas, não deixarão de se aplicar à referida edificação outras *“prescrições legais e regulamentares a que pela sua natureza, características e localização devam subordinar-se”*. Terá é de se definir com rigor que normas são essas, sob pena de se colocar a Administração a controlar mais em áreas onde já definiu previamente a normativa aplicável do que naquelas em que as normas mobilizáveis são mais *“abertas”*. E não se esqueça que a figura da comunicação prévia (que é o procedimento regra a desencadear no caso de construção nos lotes) não tem apenas como objetivo introduzir um fator de maior simplificação procedimental, mas também de introduzir uma maior responsabilidade do promotor em detrimento da responsabilidade da Administração por este saber à partida as regras mobilizáveis. Como efeito, e como é sabido, a comunicação prévia tem na sua origem a figura da autorização da versão inicial do RJUE, que se distinguiu da licença precisamente por implicar uma *maior vinculação da Administração na apreciação dos projetos* (por a área ser abrangida por instrumentos urbanísticos mais concretos e precisos) e por pressupor que a posição dos interessados se encontra mais consolidada, precisamente por os parâmetros aplicáveis à sua pretensão serem mais concretos, sabendo o interessado à partida (e de antemão) o que contar da Administração.³³

Assim, o pressuposto para a mobilização da comunicação prévia é, precisamente, a área em causa estar abrangida por instrumentos urbanísticos com um *conteúdo preciso*, quer se trate de um plano (plano de pormenor com um determinado conteúdo), quer de um ato administrativo (informação prévia qualificada³⁴ ou uma licença de loteamento) quer pela situação de facto consolidada a manter (zona urbana consolidada que tenha determinadas características). De onde resulta (tem de resultar), que no caso de comunicação prévia, a apreciação municipal (apreciação que sempre terá de ocorrer, ainda que não num procedimento de controlo preventivo, por o interessado não ter de esperar a apreciação municipal, mas sucessivo) é sempre mais limitada do que num tradicional procedimento de licenciamento (em que os parâmetros aplicáveis à pretensão, por não estarem previamente definidos com precisão, conferem maior discricionariedade à administração).

E o caso não muda se o interessado, em vez de uma comunicação prévia, optar, numa área abrangida por loteamento, por um procedimento de licenciamento. Nesta situação, o que o

³³ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística”, in *RevCEDOUA*, n.º 3, 1999.

³⁴ Isto é, emitida ao abrigo do artigo 14.º, n.º 2

interessado busca é uma maior segurança – que resulta de uma apreciação prévia (e expressa) por parte dos órgãos municipais – e um faseamento do seu “investimento” – que resulta do facto de este procedimento ser ele próprio faseado: aprovação do projeto de arquitetura, entrega de projetos de especialidade havendo posteriormente um prazo (que pode ser prorrogado) para requerer o alvará e apenas depois iniciar as obras.

Porém, ainda que o interessado faça esta opção pela licença, os parâmetros de controlo continuam a ser os mesmos que seriam se tivesse optado pela comunicação prévia: a mobilização do procedimento não afasta o facto de estar em vigor um instrumento urbanístico preciso e concreto, que é aquele que, em primeira linha, deve ser mobilizado na apreciação do projeto.

É por isso, que tem de ser lido com algum cuidado o que dispõe o n.º 8 do artigo 35.º do RJUE, que permite à câmara municipal inviabilizar a execução da construção objeto de comunicação prévia quando verifique *“que não foram cumpridas as normas e condicionantes legais e regulamentares aplicáveis”* na medida em que não se pode pretender que esse controlo seja tão ou mais intenso do que aquele que é levado a cabo no âmbito de um típico procedimento de licenciamento.

Acresce que, como é sabido, a conceção atual é de que nem tudo tem de passar por um controlo municipal, existindo outros controlos (e outras entidades ou atores) responsáveis por esse cumprimento. Assim é hoje com o controlo dos aspetos interiores das edificações: estas estão atualmente excluídas de controlo municipal, tal como decorre do disposto no n.º 8 do artigo 20.º segundo o qual as declarações de responsabilidade dos autores dos projetos de arquitetura no que se refere a estes aspetos constituem garantia bastante do cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis. Por sua vez também não são atualmente objeto de apreciação municipal grande parte dos projetos de especialidade.

Tudo a significar que o controlo municipal se destina essencialmente a verificar o cumprimento das *normas legais e regulamentares relativas ao aspeto exterior e à inserção urbana e paisagística das edificações* bem como a *adequação ao uso* (artigo 20.º do RJUE).

Ora, se isto assim é nos típicos procedimentos de licenciamento, não há motivos para que assim não seja nos procedimentos de comunicação prévia.

Acresce que, mesmo em relação ao aspeto exterior e à inserção urbana e paisagística da edificações, o controlo que possa ser feito é sempre mais limitado quando se trate de construir em lotes integrados numa operação de loteamento, na medida em que, tendo existido um projeto global para a área (e cuja licença o avaliou globalmente) e no qual se determinaram as especificações a respeitar para a construção a erigir em cada um dos lotes, o cumprimento daquelas exigências não pode, em caso algum, colocar em causa estas mesmas especificações. Dito de outro modo, não podem estas *outras normas mobilizáveis* (incluindo as de inserção urbanística) colocar em causa o *direito* do proprietário do lote *de obter uma licença ou comunicação prévia de obras de edificação que se conforme com as prescrições definidas para os lotes*. Podem, é certo, em especial quando o loteamento não o tenha definido, ser impostas condições para a concretização daquelas prescrições previstas para os lotes; porém, tais

condições não podem impedir, diminuir ou restringir a edificabilidade definida para o lote, já que a licença de loteamento, sendo válida e mantendo-se eficaz, concede precisamente ao interessado o direito de concretizar uma edificação que cumpra aquelas prescrições.

Assim, ainda que seja verdade que o controlo administrativo de obras em área abrangida por operação de loteamento não se esgota na verificação da conformidade com a licença ou comunicação prévia de loteamento, a verdade é que a mobilização de *outras disposições legais e regulamentares aplicáveis à edificação* não podem colocar em causa o direito que foi definido no loteamento (que apenas é condicionado nos termos definidos nas conclusões 9.ª a 12.ª do Parecer da PGR).

Se assim se não entender esta conclusão do Parecer da PGR, perderiam qualquer efeito útil as suas conclusões 7.ª e 8.ª *supra*, referidas, o que seria totalmente incompreensível.

Para ilustrar como uma errada interpretação desta conclusão pode colocar em causa as anteriores conclusões, referimos aqui um caso concreto (e real): em causa está a comunicação prévia efetuada para um lote decorrente de um alvará de loteamento licenciado em 1982, mas ainda eficaz por o promotor ter cumprido todos os ónus e encargos que se lhe impunham por força daquela licença, designadamente no que concerne à conclusão das obras de urbanização destinadas a servir os lotes respetivos.

O alvará que serviu de título à licença de loteamento continha, de forma detalhada, todas as prescrições urbanísticas aplicáveis ao lote.

Em momento posterior à licença de loteamento (1987) foi criada uma *área de paisagem protegida* que passou a abranger o referido loteamento; a área deste loteamento foi, entretanto, abrangida, também, por um plano de ordenamento da orla costeira (1999), tendo sido aprovado em 2008 o plano de ordenamento da referida área protegida.

Por força destes dois instrumentos de gestão territorial (ambos planos especiais de ordenamento do território) o loteamento em referência ficou integrado numa área designada de *área de intervenção específica de núcleo turístico* coincidente com uma unidade operativa de planeamento e gestão, a qual condicionava qualquer intervenção urbanística (incluindo edificação) à *prévia elaboração de um plano de pormenor* que, ademais, teria de cumprir os *parâmetros urbanísticos expressamente definidos naqueles planos especiais*.

Em 2017 o proprietário de um dos lotes apresentou comunicação prévia para construir. Consultada a APA, esta deu parecer favorável com o fundamento de que se tratava de uma operação de loteamento já licenciada à data da entrada em vigor do plano de ordenamento da orla costeira, impondo, porém, que a cota de soleira do edifício se situasse acima da cota de cheia, uma vez que a área do lote integrava zona ameaçada pela cheia. Ou seja, assumiu esta entidade, e bem, que por o loteamento ser anterior ao plano especial em causa, este não se aplicava àquele, ainda que tenha feito aplicar à construção uma norma que não decorria expressamente das prescrições do alvará, na medida em que o seu cumprimento não colocava em causa os direitos adquiridos, apenas exigia que os mesmos fossem concretizados de uma determinada forma.

Consultado o Instituto da Conservação da Natureza e Florestas (ICNF), veio este, já em sede de resposta a recurso interposto pelo interessado ao seu parecer desfavorável, manter o sentido desse parecer invocando, precisamente, a conclusão aqui em análise, na parte em que afirma *que as obras não ficam desobrigadas de cumprir as prescrições legais e regulamentares a que pela sua natureza, características e localização devam subordinar-se* e que *“o controlo administrativo de obras em área abrangida por operação de loteamento não se esgota em verificar a conformidade com a licença ou comunicação prévia de loteamento”*. Destes extratos concluiu o ICNF ter aplicação àquele lote a norma dos planos especiais que interdita a edificação até ser aprovado o plano de pormenor. Ou seja, ainda que o loteamento fosse anterior aos referidos planos especiais, tendo a respetiva licença, como reconhece o Parecer da PGR, concedido um *direito de construir incompleto* (dependente da apresentação da comunicação prévia de construção e de a licença de loteamento permanecer em vigor – ambos cumpridos na presente situação), ainda assim entendeu o ICNF não poder o interessado concretizar o direito dela decorrente por força do plano entrado em vigor em momento posterior à licença de loteamento.

Ora, quanto a nós, esta interpretação do referido na conclusão 13.^a é manifestamente errada, inviabilizando toda a doutrina expressa no Parecer da PGR quanto à natureza e aos efeitos das licenças de loteamento, doutrina essa que, curiosamente se invoca como fundamento para o parecer desfavorável do ICNF).

Conclusão 14.^a *As últimas alterações e aditamentos introduzidos no artigo 48.º do RJUE, tiveram em vista, por um lado, no n.º 1, a adaptação à Lei n.º 31/2014, que determina sejam os planos especiais de ordenamento do território convolados em simples programas territoriais; por outro, no n.º 6, interpretar anteriores normas, de modo a reforçar o princípio da estabilidade das operações de loteamento urbano em face de planos posteriores com eficácia direta horizontal. Fê-lo, porém, em ambos os casos, sem referência aos planos especiais de ordenamento do território, apesar de estes manterem a vinculação direta dos particulares enquanto não ocorrer a transposição para os planos territoriais ou até se esgotar o prazo previsto na lei para o efeito.*

Conclusão 15.^a *Abstendo-se o legislador de mencionar no n.º 6, aditado ao artigo 48.º, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, os planos especiais de ordenamento do território, deve a norma ser interpretada extensivamente, de modo a compreender todos os planos que, a título definitivo ou transitório, produzam idêntica vinculação direta e imediata de sujeitos públicos e particulares. É que esta omissão, em norma geral, parece apostada em refletir simetricamente a nova redação da norma excecional (cf. n.º 1 do artigo 48.º) que suprimiu os planos especiais de entre os instrumentos cuja execução permitia às câmaras municipais alterar potestativamente as operações de loteamento anteriormente constituídas.*

Estas duas conclusões são relevantes na medida em que tornam claro que o artigo 48.º – que, de certa forma, reconhece a doutrina *supra* referida quer quanto à aplicação das normas de planeamento no tempo quer quanto aos efeitos (e aos direitos) que decorrem das licenças de loteamento – também se aplica aos planos especiais enquanto mantiverem a sua eficácia plurisubjetiva [isto é, enquanto as suas normas diretamente vinculativas dos particulares não

forem incorporadas nos planos municipais, o que deve ser feito dentro de um determinado período de tempo (ver norma transitória da Lei de Bases e artigo 200.º, n.º 2 do RJGT)].

Aliás, tendo em conta que foi especialmente a propósito dos planos especiais que se colocou toda a problemática aqui mencionada, estranho seria que estes ficassem afastados do regime estatuído no artigo 48.º do RJUE. Como se refere, e bem, no Parecer da PGR

“Seria demasiado paradoxal que o artigo 48.º, n.º 6, do RJUE, ao ter deixado de enunciar os planos especiais remanescentes, estivesse circunstancialmente a robustecê-los, logo quando justamente se encontram prestes a ser convolados em simples programas” (...) “Teria, afinal, ocorrido um sério retrocesso, embora transitório, na proteção das operações de loteamento enquanto parâmetros de legalidade urbanística e, ao mesmo tempo, depositárias da confiança investida pelos agentes urbanizadores e pelos adquirentes dos lotes. Os planos especiais de ordenamento do território, justamente no termo da sua eficácia horizontal, teriam adquirido um primado que nunca lhes fora definitivamente reconhecido: o de alterarem de forma imediata o conteúdo das anteriores licenças e comunicações prévias das operações de loteamento urbano que não se revelassem inteiramente conformes consigo.”

Assim, só se percebe o desaparecimento dos planos especiais deste normativo numa perspetiva futura: de que deixarão de ter a natureza de planos (com eficácia plurisubjetiva) para passarem a ter a natureza de programas.

Conclusão 16.ª *Por seu turno, esta última norma não reclama idêntico método hermenêutico, de modo que deixou de poder ser invocada para não frustrar a execução de planos especiais. Isto não significa que as normas dos planos especiais tenham ficado comprometidas derradeiramente na sua execução.*

Conclusão 17.ª *Cumpra às câmaras municipais começarem por efetuar a transposição para os planos municipais das normas dos planos especiais, selecionadas pela administração central do Estado, suspendendo-se o licenciamento e a receção de comunicações prévias para novas operações urbanísticas (cf. artigo 145.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio), para, depois, então, confirmarem se ainda se mantém a necessidade de modificar unilateralmente anteriores operações de loteamento, nos termos do artigo 48.º do RJUE, ou seja, através de procedimento administrativo próprio (n.ºs 2 e 3) e com garantia da reparação dos prejuízos a que a alteração dê lugar.*

Estas últimas conclusões merecem também alguns esclarecimentos da nossa parte. Desde logo, esclareça-se que a necessidade de, na transposição para os planos municipais das normas dos planos especiais selecionadas pela administração central do Estado, se suspender, ao abrigo do n.º 1 do artigo 145.º do RJGT, o licenciamento e a receção de comunicações prévias para obras de edificação a erigir em lotes integrados em licenças de loteamento em vigor, apenas se verificará caso o plano especial determine expressamente a aplicação dessa norma a estas situações; nos casos em que o plano nada determine a este propósito (ou salvasse

expressamente direitos adquiridos), não terá de se suspender aqueles procedimentos com vista a aplicar a norma do plano especial, pela razão muito simples de que o plano especial não se aplica àquelas operações urbanísticas, donde também não se lhe aplicarem as normas dos planos municipais ou intermunicipais que as incorporem.

Não pode, de facto, esquecer-se que, tal como se afirma expressamente no Parecer da PGR n.º 33/2016, resulta hoje da articulação entre os diversos números do artigo 48.º que:

- As especificações contidas na licença ou comunicação prévia de loteamento, não obstante as vicissitudes imputáveis ao seu titular que possam sofrer, garantem o direito a edificar em conformidade com o seu teor, não sendo afetadas por plano territorial posterior (n.º 6), salvo necessidade ou indispensabilidade de o fazer executar (n.º 1), o que, acrescentamos nós, não depende de um juízo casuístico da Administração municipal, mas de uma opção expressa do próprio plano;
- De onde resulta que nos casos em que o plano especial nada determine quanto a direitos adquiridos (ou contenha uma norma que os salvaguarde de forma genérica), a incorporação das suas normas em plano municipal deve ser promovida pelos municípios para valerem para o futuro, não afetando, porém, loteamentos anteriormente constituídos, motivo pelo qual não terá de se suspender qualquer procedimento de construção nos lotes enquanto o procedimento de incorporação está em curso, pelas simples razão que as normas do plano especial (bem como as do futuro programa) não terão aplicação, por via das normas do plano municipal, àqueles lotes.

4. Breves notas sobre a declaração de voto constante do Parecer da PGR

O Parecer da PGR que aqui analisamos sumariamente contém uma declaração de voto que, só por si, mereceria uma anotação autónoma. Não o faremos, porém, nesta sede porque, como o seu signatário expressamente reconhece, tal declaração de voto vai muito para além da questão central que é ali discutida.

Julgamos, porém, que há algumas afirmações que dele constam que não podemos deixar de comentar, ainda que de forma telegráfica.

- i. Em primeiro lugar, segundo esta declaração de voto, são de inteira pertinência as preocupações de vinculação ao interesse público e à defesa da legalidade reveladas pela posição da IGAMAOT. Afirma, de facto o seu subscritor que “Diante de lotes sitos em zonas de avançada erosão de arribas e demonstrada instabilidade, é importante que os órgãos de fiscalização estejam cientes dos meios que se descortinam para impedir o início dos trabalhos de construção ou de ampliação, principalmente quando não contem ou não possam contar com a intervenção municipal para que a licença de loteamento seja alterada e para arcar com as despesas de uma provável indemnização.”*

E na mesma senda afirma: *“sendo as licenças urbanísticas atos administrativos de natureza real convivem com as vicissitudes materiais da coisa, seja por força de eventos puramente naturais, seja por ação humana. O perecimento da coisa ou das suas aptidões naturais podem determinar a pura e simples extinção do direito real que ingressara na propriedade do lote. Extinto o direito real, a licença segue-lhe o caminho”*

Afirma ainda, por último: *“Há, por fim, um aspeto muito pragmático a não ser subestimado. Trata-se da indemnização por conta dos prejuízos imputados à alteração de uma operação de loteamento. O seu pagamento constitui encargo do município”,* a indiciar que os municípios nunca desencadeariam por sua livre vontade a alteração ao loteamento (com prejuízo para os planos especiais) para não terem de pagar indemnizações.

Quanto às duas primeiras afirmações, concordamos por inteiro com as mesmas. A questão é que, quem está melhor preparado para avaliar se os lotes constituídos estão em situação de risco é o próprio Estado quando elabora o plano especial que, ademais, não pode ignorar os atos administrativos já praticados e os direitos já concedidos, cabendo-lhe ponderar se os mesmos devem ser mantidos ou revogados. O problema é que o Estado, ao elaborar tais planos e ao identificar essas situações de risco, a ponto de impedir novas construções – tarefa perfeitamente legítima, como referimos *supra* –, acabou por salvaguardar os *direitos adquiridos* (quer por não os ter posto em causa de forma expressa quer por, na maior parte dos casos, os ter salvaguardado expressamente).

De facto, saber se um direito preexistente e ainda não concretizado deve ou não permanecer em face de uma nova regulamentação planificadora não pode ser feita de forma casuística: tem de ser ponderada pelo próprio plano quando está a ser elaborado.

O que para nós é criticável é que, tendo o Estado, aquando da elaboração do plano especial, avaliado o risco e identificado situações em que ele existe, a ponto de ter proibido novas construções, tenha *salvaguardado direitos adquiridos*. Quanto a nós apenas o fez para evitar o pagamento de indemnizações, indemnizações essas que devem ser imputadas, quando está em causa a execução de um plano especial, à entidade por ele responsável (o Estado) e não (nunca!) ao município, que, quando o plano especial o impõe, apenas se limita a alterar o loteamento para executar uma opção estadual (ou se limita a alterar o plano municipal para incorporar uma norma da responsabilidade do Estado).

Note-se, a este propósito, que assumindo, como se deve assumir – e assim concluiu o parecer da PGR –, que o artigo 48.º do RJUE também se aplica a planos especiais, o seu n.º 6 é claro em imputar a responsabilidade à pessoa coletiva que aprovar os instrumentos referidos no n.º 1 (incluindo-se, portanto, os planos especiais), que determinem direta (o caso do plano especial que afeta diretamente o particular) ou indiretamente (o caso do plano ou programa especial que tem de ser obrigatoriamente integrado nos planos municipais) os danos causados ao titular do alvará e demais interessados, em virtude do exercício da faculdade prevista no n.º 1.

De facto, seria gritante que se obrigasse o município a pagar uma indemnização por danos provocados por uma opção que não é sua, sendo-lhe, antes, imposta pelo Estado. O município apenas é obrigado a pagar uma indemnização nos casos em que a alteração do loteamento

decorre de uma opção contante dos planos da sua iniciativa e responsabilidade, já que, neste caso, a decisão de afetação de direitos adquiridos é exclusivamente sua.

Discordamos, por isso, da afirmação feita nesta declaração de voto de que é sempre o município que deve pagar indemnização prevista no artigo 48.º do RJUE.

ii. O outro ponto diz respeito à oposição que decorre desta declaração de voto à ideia de que as especificações da licença de loteamento, por representarem um parâmetro exaustivo da legalidade urbanística dessas obras, e tendo como corolário a opção tomada pelo legislador de as condicionar por mera comunicação prévia, significam uma vinculação mais estreita da parte da câmara municipal.

Já tivemos oportunidade de nos pronunciar sobre este ponto *supra* e não nos convence em nada os argumentos utilizados nesta declaração de voto na medida em que parte do princípio, que já afirmamos não estar em consonância com a realidade atual, de que os órgãos municipais têm de controlar previamente todas (e mais algumas) normas que visam salvaguardar interesses públicos, o que vimos já não acontecer com algumas delas por expressa determinação legal (questões internas da edificação, projetos de especialidade, etc.). Por seu lado, as afirmações aqui feitas colocam no “*mesmo saco*” situações completamente diferentes: procedimentos de controlo prévio, procedimentos de fiscalização, situações de reação a ilegalidades, situações de ilegalidade superveniente, situações de desaparecimento de atos administrativos por perda do seu objeto etc.³⁵.

Tudo para provar que os interessados não podem “dar um passo” em matéria urbanística sem que antes a Administração verifique “se esse passo é bem dado” ou se o interessado “não vai tropeçar nos seus próprios pés” apontando para uma atitude completamente paternalista da Administração (que tudo sabe, tudo controla e por tudo deve ser responsabilizada), em face dos particulares (em quem não se pode confiar). Esta posição não tem manifestamente em conta os *novos ventos de mudança* que têm soprado, vindos designadamente da União Europeia, e que apontam no sentido de uma cada vez maior *substituição do princípio da autoridade pública pelo princípio da autoresponsabilização dos particulares*. E ignora, manifestamente, a existência de outros intervenientes nos procedimentos de realização de operações urbanísticas (e de outros responsáveis pelo cumprimento destas várias normas).

iii. Por fim, quanto à possibilidade de as medidas preventivas poderem constituir fundamento válido para impedir certas obras de edificação nos lotes, apenas admitimos que as mesmas possam ser adotadas para salvaguardar a execução de um futuro plano que expressamente determine a caducidade ou a revogação de direitos adquiridos. É nestes casos que, como se afirma naquela declaração de voto, as medidas preventivas podem revelar-se úteis ao obstar que o futuro plano seja antecipadamente frustrado nos seus efeitos, que, assim, se antecipam. Já não fazem qualquer sentido nas situações em que o futuro plano expressamente opta por salvaguardar direitos adquiridos, o que significa, no caso de uma área ser abrangida por licença de loteamento, não aplicar as proibições que constam do futuro plano.

³⁵ Todas estas situações, de facto, existem, mas tal não significa que, por esse facto, a Administração, num procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia de obras de construção, tenha de controlar “todos os tijolos que se assentam na obra” e “todos os pregos que nela se pregam”.

Apresentação Power Point



Loteamentos urbanos e a dinâmica
das normas de planeamento

Fernanda Paula Oliveira

Considerações prévias



Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Transformação fundiária na LBPSOTU e no RJIGT (art.19.º LB e 162.º do RJIT)

- ▶ O dimensionamento, **fracionamento**, **emparcelamento** e **reparcelamento** da propriedade do solo realiza-se de acordo com o previsto nos planos territoriais, devendo as unidades prediais ser adequadas ao aproveitamento do solo neles estabelecido. **[operações de (re)estruturação da propriedade]**
- ▶ Sem prejuízo da **fixação legal de unidades mínimas de cultura em solo rústico**, os planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal **podem estabelecer critérios e regras para o dimensionamento dos prédios**, nomeadamente para os lotes ou parcelas resultantes das operações de transformação fundiária realizadas no âmbito da sua execução.
- ▶ O fracionamento, o emparcelamento e o reparcelamento da propriedade do solo realiza-se de acordo com o previsto nos planos territoriais, **devendo as unidades prediais ser adequadas ao aproveitamento do solo neles estabelecido**.

Transformação fundiária na LBPSOTU e no RJIGT (art.19.º LB e 162.º do RJIT)

4. Os **proprietários do solo rústico** podem, individualmente ou em associação, promover a **reestruturação da propriedade**, nomeadamente para reduzir ou eliminar os inconvenientes socioeconómicos da fragmentação e da dispersão da propriedade.

5. Os **proprietários do solo urbano** podem reestruturar a propriedade, nomeadamente promovendo o **fracionamento** ou **reparcelamento** de **prédios destinados à construção urbana**, mediante operações urbanísticas de loteamento que definam a edificabilidade e os prazos da sua concretização.

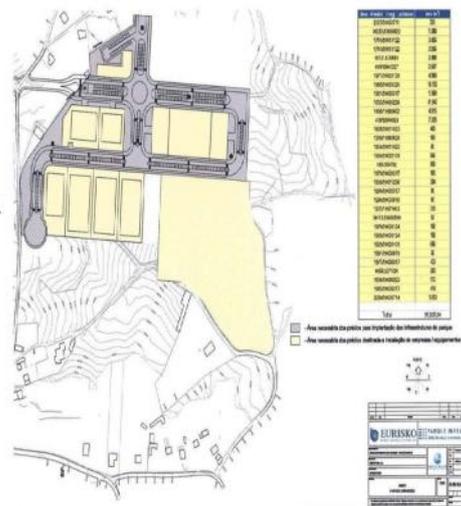
Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Transformação fundiária – reestruturação da propriedade

- ▶ As finalidades podem ser:
 - ▶ **Estritamente urbanas**: de urbanização, edificação e reabilitação urbana (no final, para efeitos de construção urbana)
 - ▶ **Fracionamento de prédios rústicos, para outros fins** que não os de edificação urbana, designadamente agrícola (cfr. artigos 1376.º e 1377.º do CC e a Lei n.º 111/2015)

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

A transformação fundiária para fins urbanos



Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

As operações de transforma fundiária para fins urbanos

- ▶ **Loteamentos urbanos (RJUE)**
- ▶ **Reparcelamentos urbanos (RJUE e RJIGT)**
- ▶ **Destaques (RJUE)**

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Designação da operação	Caraterização da intervenção	Resultado da operação	Previsão legal
Loteamento simples	Divisão de um prédio ou de vários prédios do mesmo proprietário (desde que sobre eles não existam direitos distintos)	Lotes para construção e parcelas para espaços verdes, equipamentos de utilização coletiva e infraestruturas	Alínea i) do artigo 2.º do RJUE
Reparcelamento	Todas as modalidades de transformação fundiária	Lotes para construção e parcelas para espaços verdes, equipamentos de utilização coletiva e infraestruturas (loteamento conjunto)	Alínea i), in fine, do artigo 2.º do RJUE e artigos 164.º a 170.º do RJIGT
		Parcelas destinadas a urbanização (reparcelamento)	Artigo 162.º, n.º 3, alínea d) e 164.º a 170.º do RJIGT

Loteamentos/reparcelamento que dão origem a lotes para construção

- ▶ A diferença entre operação de transformação fundiária e as operações de loteamento (reparcelamento) urbano: a especificidade do loteamento **é dar origem a lotes urbanos**;
- ▶ Natureza jurídica dos lotes: unidades prediais com uma capacidade edificativa precisa e definida estando, por isso, destinados *imediate* ou *sucessivamente* a edificação urbana (tem implicações fiscais);
- ▶ Sujeitos a controlo municipal (projetos de loteamento/obras de urbanização e as formas de controlo municipal)
- ▶ Sujeitos a registo predial, porque alteram a situação jurídica do prédio sobre que incidem

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

O destino a edificação urbana

- ▶ Os loteamentos-ação (especificamente destinados para esse fim) e os loteamentos-resultado (resultantes de outros atos e negócios): sempre *destinada à edificação urbana*
- ▶ Pode tornar-se difícil determinar, no caso da celebração de negócios jurídicos que efetuam a divisão fundiária, qual a vontade subjacente de quem os celebra:
 - ▶ se, apenas, o ato ou o negócio jurídico (de venda, partilha de herança ou divisão de coisa comum), da qual resultará uma mera divisão fundiária – que, por isso, não se configura como um loteamento urbano –
 - ▶ se a criação de parcelas destinadas (imediate ou subsequentemente) a edificação urbana.

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Loteamentos/reparcelamento que dão origem a lotes para construção

- ▶ **Regime particular de encargos por parte do promotor (por implicar uma sobrecarga futura no território)**
 - ▶ Previsão de áreas destinadas a garantir qualidade de vida;
 - ▶ Cedências para o domínio público de parcelas de terreno ou pagamento de compensações
 - ▶ Obrigatoriedade de fazer obras de urbanização quando necessário e de garantir a sua realização (cauções)
 - ▶ Pagamento de taxas urbanísticas



Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Loteamentos/reparcelamento que dão origem a lotes para construção

- ▶ **Regime particular do ponto de vista dos direitos que confere: a especial estabilidade que decorre dos loteamentos (antecipa decisões futuras):**
 - ▶ O procedimento para a construção nos lotes é a comunicação prévia (mas a edificabilidade é a definida no loteamento)
 - ▶ Proteção de terceiros adquirentes dos lotes (v.g. artigo 84.º e 85.º)
 - ▶ A exigência de uma legitimidade acrescida para a sua alteração por iniciativa dos interessados;
 - ▶ **Indemnização no caso de alteração para execução de planos territoriais e instrumentos equiparados (artigo 48.º) - remissão**



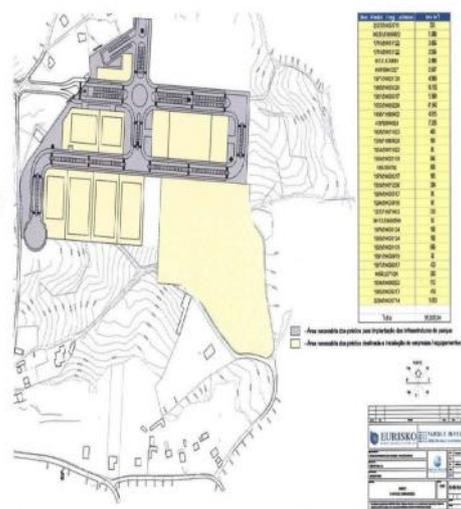
Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Vicissitudes dos loteamentos

- ▶ Caducidade
- ▶ Anulação/revogação
- ▶ Declaração de nulidade
- ▶ Alteração
 - ▶ por iniciativa dos interessados (artigo 27.º do RJUE)
 - ▶ Por iniciativa da Administração (Artigo 48.º)

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Dinâmica das normas de planeamento



Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Dinâmica das normas de planeamento

- ▶ Os instrumentos de planeamento como instrumentos normativos
- ▶ A regra de que, em princípio, apenas produzem efeitos para o futuro, não afetando situações jurídicas constituídas em momento anterior
- ▶ O plano pode regular a sua própria aplicação no tempo (a regra caso não o faça)
- ▶ A regra do *tempus regit atum*

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Dinâmica dos planos e atos de gestão urbanística

- ▶ Os atos de gestão urbanística como atos constitutivos de direitos (que atos? que direitos?): atos parciais e atos prévios (que definem antecipadamente as condições de realização de uma operação urbanística). As licenças/comunicações prévias de loteamentos como **“atos que definem as condições para a realização de operações futuras”**.
- ▶ Artigo 15.º (e 13.º) da Lei de Bases: a aquisição sucessiva de faculdades urbanísticas (que faculdades e por que ordem são adquiridas?)
- ▶ Como se comportam os atos que conferem distintas faculdades urbanísticas no tempo: uma alteração é uma nova pretensão, mas não é indiferente haver um ato (válido e eficaz) que confere direitos. Desvios à regra do *tempus regit actum*

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Artigo 48.º: alteração por iniciativa da câmara municipal

- ▶ Relevante no que concerne ao esclarecimento dos direitos decorrentes de um loteamento:
 - ▶ Nas situações de afetação das condições da licença ou comunicação prévia que, pela sua gravidade ou intensidade, eliminem ou restrinjam o seu conteúdo económico, o titular do alvará e demais interessados têm direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringido. **só se o plano o determinar expressamente**
 - ▶ Enquanto não forem alteradas as condições das operações de loteamento nos termos previstos no n.º I, as obras de construção, de alteração ou de ampliação, na área abrangida por aquelas operações de loteamento, não têm que se conformar com planos municipais de ordenamento do território ou áreas de reabilitação urbana posteriores à licença ou comunicação prévia da operação de loteamento (aplicação também, embora transitória, aos planos especiais)

Parecer PGR n.º 33/2016

- ▶ Operação de loteamento urbano — Programas especiais de ordenamento do território — Alterações de iniciativa pública — Atos constitutivos de direitos — *Tempus regit actum* — Plano de Ordenamento da Orla Costeira.
- ▶ **Questão:** saber se o deferimento de uma operação de loteamento operada por título válido confere ao seu titular uma mera expectativa do direito de materializar a potencialidade construtiva (definida e especificada no respetivo alvará), cujo exercício fica dependente das imposições legais vertidas em Instrumento de Gestão Territorial vinculativo em vigor no momento da apreciação e decisão do licenciamento da construção, ou se, pelo contrário,
- ▶ o mesmo deferimento de operação de loteamento consolida imediatamente tal direito na propriedade privada do titular do lote, vinculando a Administração ao licenciamento da operação de urbanização, de acordo com as especificações do alvará de loteamento, independentemente das exigências decorrentes de Instrumento de Gestão Territorial superveniente».

Parecer PGR n.º 33/2016

- ▶ 2.^a (...) Só a administração pública pode legitimar as transformações do solo, através do plano, por ato administrativo ou sobre comunicação prévia, acrescentando ao conteúdo do direito civil de propriedade um direito subjetivo público de carácter real.
- ▶ 5.^a licença de loteamento não deve ser qualificada como regulamento, nem como um plano nem como um negócio jurídico, conquanto o seu conteúdo revele traços normativos, em especial as especificações obrigatoriamente fixadas para a edificação em cada lote, apesar da função de instrumento de gestão territorial que desempenha e não obstante assumir uma natureza jurídica modal, evidenciada nos deveres, ónus, encargos, termos e condições que recaem sobre o loteador.
- ▶ 6.^a A licença de loteamento é um ato administrativo e é constitutiva de direitos e interesses legalmente protegidos, gozando da proteção constitucionalmente devida a estas posições jurídicas ativas ora por força de limites à revisão destes atos, ora por condicionar eventuais efeitos retroativos de outros atos administrativos, de regulamentos ou contratos administrativos e até da lei.

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Parecer PGR n.º 33/2016

- ▶ 7.^a A construção nos lotes é permitida pelo direito que se constitui com as especificações do alvará ou título equivalente das operações de loteamento, posto que se antecipa para o licenciamento ou para os atos preparatórios da comunicação prévia a verificação da conformidade com a lei e com os planos aplicáveis por parte das obras a executar.
- ▶ 8.^a Vale isto por dizer que o tempo que rege o ato é, no caso das licenças e comunicações prévias de obras de edificação, em área abrangida por operação de loteamento, antecipado para o momento em que esta se constitui, na parte que seja especificada no alvará ou título equivalente.
- ▶ 9.^a O direito a edificar, porém, revela-se um direito incompleto, condicional e condicionado.
- ▶ 10.^a Não obstante garantir o aproveitamento de cada lote, segundo os parâmetros arquitetónicos e construtivos fixados nas especificações do título do loteamento, é um direito incompleto, pois só adquire plenitude com a comunicação prévia ou com a licença para início de obras de edificação no lote.

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Parecer PGR n.º 33/2016

- ▶ 11.^a E, essa plenitude, de harmonia com o princípio da aquisição progressiva das faculdades urbanísticas (artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio) é condicional, pois o direito a edificar em cada lote encontra -se sujeito às vicissitudes que atinjam a licença da operação de loteamento, designadamente na validade e eficácia respetivas, no seu conteúdo ou no objeto.
- ▶ 12.^a O referido direito encontra -se sujeito, fundamentalmente, a duas condições. A primeira, de natureza suspensiva, impede o início das obras de construção nos lotes sem estarem concluídas — ou devidamente garantida a conclusão — das obras de urbanização. A segunda é de natureza resolutiva e impede a comunicação prévia (ou o licenciamento) de obras de edificação nos lotes se a licença de loteamento tiver caducado, designadamente por incumprimento de prazos fixados ao loteador, se tiver sido anulada ou declarada nula ou se o objeto e conteúdo respetivos tiverem sido alterados restritivamente.

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Parecer PGR n.º 33/2016

- ▶ 13.^a O direito a edificar nos lotes é ainda condicionado, com o sentido de a edificação a empreender estar salvaguardada apenas pelas especificações contidas no título da operação de loteamento, o que significa que as obras não ficam desobrigadas de cumprir as prescrições legais e regulamentares a que pela sua natureza, características e localização devam subordinar-se. Por outras palavras, o controlo administrativo de obras em área abrangida por operação de loteamento não se esgota em verificar a conformidade com a licença ou comunicação prévia de loteamento.
- ▶ 15.^a Abstendo -se o legislador de mencionar no n.º 6, aditado ao artigo 48.º, do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, os planos especiais de ordenamento do território, deve a norma ser interpretada extensivamente, de modo a compreender todos os planos que, a título definitivo ou transitório, produzam idêntica vinculação direta e imediata de sujeitos públicos e particulares. E que esta omissão, em norma geral, parece apostada em refletir simetricamente a nova redação da norma excecional (cf. n.º 1 do artigo 48.º) que suprimiu os planos especiais de entre os instrumentos cuja execução permitia às câmaras municipais alterar potestativamente as operações de loteamento anteriormente constituídas.

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Parecer PGR n.º 33/2016

- ▶ 16.^a Por seu turno, esta última norma não reclama idêntico método hermenêutico, de modo que deixou de poder ser invocada para não frustrar a execução de planos especiais. Isto não significa que as normas dos planos especiais tenham ficado comprometidas derradeiramente na sua execução.
- ▶ 17.^a **Cumpra às câmaras municipais começarem por efetuar a transposição para os planos municipais das normas dos planos especiais, selecionadas pela administração central do Estado, suspendendo-se o licenciamento e a receção de comunicações prévias para novas operações urbanísticas (cf. artigo 145.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio), para, depois, então, confirmarem se ainda se mantém a necessidade de modificar unilateralmente anteriores operações de loteamento, nos termos do artigo 48.º do RJUE, ou seja, através de procedimento administrativo próprio (n.ºs 2 e 3) e com garantia da reparação dos prejuízos a que a alteração dê lugar.**

Fernanda Paula Oliveira/Instituto Jurídico da FDUC

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919wpr/streaming.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



5. Os contrainteresados na impugnação de atos de gestão urbanística. Em especial a legitimidade do condomínio

Francisco Paes Marques

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. OS CONTRAINTERESSADOS NA IMPUGNAÇÃO DE ACTOS DE GESTÃO URBANÍSTICA – EM ESPECIAL A LEGITIMIDADE DO CONDOMÍNIO*

Francisco Paes Marques**

- 1.1. O Direito do Urbanismo como berço dogmático da multipolaridade administrativa
 - 1.2. Conflitos interprivados e Direito do Urbanismo
 - 2. Direito do Urbanismo e multipolaridade administrativa substantiva
 - 2.1. Dogmática geral jurídico-administrativa no quadro urbanístico
 - 2.2. Questões próprias do Direito do Urbanismo
 - 3. Direito do Urbanismo e multipolaridade administrativa processual
 - 3.1. Delimitação temática
 - 3.2. Os contra-interessados na impugnação de actos de gestão urbanística
 - 3.2.1. Enquadramento processual
 - 3.2.2. Estatuto processual do contra-interessado
 - 3.2.3. O acesso dos contra-interessados ao processo
 - 3.2.3.1. A legitimidade processual dos contra-interessados
 - 3.2.3.2. Interesse em (re)agir dos contra-interessados
 - 3.2.4. Em especial – a legitimidade do condomínio
- Vídeo

1. Introdução: os “terceiros” e o Direito do Urbanismo

1.1. O Direito do Urbanismo como berço dogmático da multipolaridade administrativa

O Direito do Urbanismo constitui um campo privilegiado para a análise dogmática da designada tutela de terceiros no Direito Administrativo. Desde logo porque foi, precisamente, no Direito do Urbanismo que nasceu esta problemática, mais tarde acolhida e transposta para o Direito Administrativo geral. O Direito do Urbanismo ou, mais concretamente, as relações de vizinhança que a este ramo especial do Direito do Administrativo subjazem, foi o berço dogmático das relações jurídicas administrativas multipolares¹.

A problemática da tutela de “terceiros” no Direito Administrativo é quase tão antiga como o próprio Contencioso Administrativo, muito embora os tribunais tenham começado por rejeitar a legitimidade de um vizinho para impugnar uma licença de construção, lesiva da sua esfera jurídica. Com efeito, o Supremo Tribunal Administrativo prussiano (ProVG), numa sentença datada de 30 de Abril de 1877, rejeitou a acção de anulação, intentada por um vizinho contra a emissão de uma licença de construção, com o fundamento de que este terceiro não era titular de um direito subjectivo à não emissão de tal licença, sendo este apenas detentor de um interesse, idêntico ao de toda a comunidade, no sentido de a Administração agir de acordo

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Apresentação decorrida na Acção de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

¹ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares-Contributo para a sua compreensão substantiva*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 107 e seguintes.

com a legalidade vigente². O ProVG salientou que as medidas de polícia requeridas (decorrentes do Direito de polícia das edificações), pela sua natureza, não serviam interesses individuais, mas antes o interesse geral da comunidade, dirigindo-se a um círculo indeterminado de destinatários³. Este tribunal sublinhou ainda que, nestes casos, estamos perante uma colisão entre dois direitos de propriedade de natureza privada, cuja solução não cabe ao Direito Administrativo mas antes ao Direito Civil⁴.

No entanto, o florescimento industrial, e a convergência dos interesses empresariais com o desenvolvimento económico estadual, originaram um conflito latente entre estes interesses e a protecção da esfera individual, designadamente dos proprietários particulares⁵. Consequentemente, com o objectivo de conciliação dos legítimos interesses dos investidores e dos bens jurídicos dos vizinhos, começou a erigir-se um sistema de controlo administrativo preventivo, que pressupunha a preclusão da invocação dos meios de protecção jurídico-privados⁶. A introdução do controlo preventivo, a cargo da Administração Pública, transformou um conflito originário, existente apenas entre privados, numa relação jurídica multipolar, integrada pelos dois sujeitos privados e pela Administração Pública⁷. Os tribunais administrativos alemães começaram, assim, no domínio urbanístico, em fins do século XIX e princípios do século XX, a aceitar progressivamente a legitimidade processual de sujeitos não destinatários de diversas medidas administrativas, mas não sem lhes colocarem significativas restrições.

1.2. Conflitos interprivados e Direito do Urbanismo

Precisamente pelo facto de serem perspectivados como não destinatários do acto administrativo impugnado, foram estes sujeitos considerados como terceiros. Os conflitos interprivados no Contencioso Administrativo sempre foram analisados dogmaticamente sob o ângulo de uma tutela de terceiros, encontrando-se esta perspectiva estruturada na base de uma dupla dimensão: a protecção dos terceiros em sentido material e a protecção dos terceiros em sentido processual (sistema dualista estanque de protecção dos terceiros)⁸. *Terceiro em sentido material* é aquele sujeito que, tipicamente, não é destinatário de um acto administrativo mas cujos direitos ou interesses são afectados de forma reflexa pelo âmbito regulatório de tal actuação. *Terceiro em sentido processual* é aquele sujeito, para além das partes em litígio, a quem é reconhecido o direito de intervir num processo pendente em

² Cfr. PETER PREU, *Die Historische Genese der öffentlichrechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklagen* (ca. 1800-1970), Duncker & Humblot, Berlim, 1990, p. 34 e seguintes; WOLFGANG DÖRFLER, "Verwaktungsakte mit Drittwirkung", NJW, 1963, p.16; MARTIN SELLMANN, "Entwicklung ii..und Problematik der öffentlichen Nachbarklage im Baurecht", DVBl, 1963, p. 273 e seguintes.

³ Cfr. MARTIN SELLMANN, "Entwicklung...cit., p. 273.

⁴ Cfr. PETER PREU, *Die Historische Genese...cit.*, p. 55; WILHELM HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Mohr Sibeck, Tübingen, 1968, p. 81; MARTIN SELLMANN, "Entwicklung...cit., p. 274.

⁵ Cfr. PETER PREU, *Die Historische Genese...cit.*, p. 34.

⁶ Cfr. PETER PREU, *Die Historische Genese...cit.*, p. 3.

⁷ Cfr. PETER PREU, *Die Historische Genese...cit.*, p. 35.

⁸ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos entre Particulares no Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 677 e seguintes.

virtude da sentença a proferir ser susceptível de vir a colidir com a posição jurídica material de que é titular.

Este não é, porém, um conceito adequado para traduzir esta realidade. Do que se trata aqui é do conflito de interesses privados no Direito Administrativo, porque o designado terceiro tem também de ser considerado destinatário do acto administrativo, dado que a norma que habilita o exercício da competência administrativa visa também a conformação da sua esfera jurídica. É o que designamos por *multipolaridade administrativa*, cujo instrumento de análise mais adequado é o da relação jurídica. *As relações jurídicas multipolares devem ser definidas como as relações jurídicas administrativas nas quais se confrontam dois ou mais interesses privados (plano ou vertente horizontal), e cuja conformação do respectivo exercício cabe à Administração Pública, mediante a adopção de um acto jurídico-público (plano ou vertente vertical)*⁹.

A consideração da multipolaridade administrativa, perspectivada através do ângulo da tutela de terceiros, decorre de uma série de dogmas da construção do Direito Administrativo mas, essencialmente, do entendimento de que a Administração não resolve conflitos de interesses privados. Este pode ser qualificado como o *dogma do Direito Privado como ordenamento privilegiado dos conflitos interprivados*, segundo o qual será o Direito Privado o sector do ordenamento jurídico mais habilitado para resolver os conflitos de interesses privados, remetendo-se o Direito Público a uma posição de neutralidade ou a um papel meramente residual no que respeita à dirimição destes litígios, a doutrina nacional maioritária entende que nunca poderá ser cometida à Administração Pública o poder de dirimir litígios entre sujeitos privados, pois o exercício de tal prerrogativa traduzir-se-ia numa invasão da reserva material de jurisdição definida constitucionalmente no artigo 202.º da CRP¹⁰. Da mesma

⁹ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações...cit.*, p. 47 e seguintes.

¹⁰ Neste sentido, cfr. JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 498, sustentando que a Administração não pode recusar a atribuição de licença por casua das posições de terceiros, pois isso equivaleria a reconhecer-se que ela dirimia um conflito entre particulares, invadindo o âmbito do poder judicial; ANDRÉ FOLQUE, *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 117, a propósito dos efeitos das licenças urbanísticas, defende que se o município tomasse posição num concurso entre títulos possessórios ou sobre os direitos do arrendatário ou do comodatário, estaria inexoravelmente a usurpar a função jurisdicional, integralmente reservada aos tribunais, como é próprio de um Estado de Direito (artigo 202.º); FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 1028, “existindo um litígio entre o requerente do licenciamento e terceiros no que concerne à titularidade do direito de propriedade, não deve a Administração resolvê-lo sob pena de usurpação de poderes, já que a resolução de litígios jurídico-privados cabe aos tribunais judiciais e não à Administração Pública; MARCELO REBELO DE SOUSA, “Comissões arbitrais, indemnizações e privatizações”, *D&J*, 1991, p. 95, apesar de não defender uma posição extrema quanto à reserva material de jurisdição, quanto à solução administrativa de composição de interesses refere: “Num sistema de Administração Executiva como é o nosso, amiúde a Administração Pública pode e deve definir situações jurídicas mas sempre e só quando a lei considere que tal decorre dos seus interesses próprios, legitimamente realizados”; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A reserva constitucional de jurisdição”, *OD*, 1991, p. 474, refere que os órgãos administrativos, mesmo que pressionados por uma eclosão patológica de conflitos, não poderão passar à solução destes, pois então haverá típica usurpação de funções judiciais.

forma, o Tribunal Constitucional parece também perfilhar uma linha de carácter rígido no que respeita à delimitação material entre a função administrativa e a função jurisdicional¹¹.

Não pode no entanto conceber-se uma reserva material de jurisdição no ordenamento jurídico-constitucional português, mas tão só uma reserva funcional ou instrumental em face do princípio da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º CRP), e da garantia de efectivação dos direitos, liberdades e garantias (artigo 2.º CRP)¹². Consequentemente, não é possível recortar uma reserva material de jurisdição, no sentido de se asseverar que ao poder jurisdicional caibam, por natureza, a resolução de questões jurídicas, a dirimção de conflitos jurídico-privados, a realização da justiça ou a manutenção da paz jurídica. A nota distintiva do poder jurisdicional, em face dos outros poderes estaduais, reside no respectivo estatuto orgânico-funcional, designadamente a independência (artigo 203.º CRP), a especial força jurídica das suas decisões (artigo 205.º CRP), a publicidade das audiências (artigo 206.º CRP), ou o especial estatuto dos juízes, designadamente a irresponsabilidade e inamovibilidade (artigo 216.º CRP).

Será apenas possível chegar-se à conclusão, segundo a Lei Fundamental, que será o poder judicial aquele que, *prima facie*, é o mais adequado, entre os poderes estaduais, a garantir de forma efectiva os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo concebido como reduto último da realização da justiça e efectivação dos direitos e liberdades individuais. Tal não dispensa, porém, em face de cada particular domínio material, uma específica ponderação quanto à opção de atribuição de resolução de um determinado litígio interprivado, ou controvérsia jurídica, à Administração Pública, ou, desde logo, aos tribunais, designadamente sopesando as garantias mais intensas de tutela de direitos (próprias da função jurisdicional), com os objectivos de eficiência e celeridade na composição do conflito (próprios da função administrativa)¹³.

Justamente no Direito do Urbanismo existe terreno fértil para eclosão de conflitos de interesses privados que pressupõem a adopção de decisões jurídico-administrativas, as quais, nem por isso, têm levantado especiais dúvidas no respeitante à sua legitimidade jurídico-constitucional. Esta realidade é inegável, ainda que surjam determinadas construções que, com certa elegância, tentem mascarar esta realidade. Muito ilustrativo a este propósito é um aresto do STA, quando afirma o seguinte “Dando de barato que a Administração não tenha de

¹¹ Acórdão do TC n.º 235/98 (Ribeiro Mendes), proc. n.º 30/97, de 4/03/98; Acórdão do TC n.º 963/96 (Bravo Serra), proc. n.º 329/96, de 11/07/96; Acórdão do TC n.º 452/95 (Alves Correia), proc. n.º 417/91, de 6/07/95; Acórdão do TC n.º 630/95 (Monteiro Diniz), proc. n.º 149/92, de 8/11/95; Acórdão do TC n.º 443/91 (Bravo Serra), proc. n.º 443/91, de 20 de Novembro de 1991, considerando uma norma do Decreto-Lei n.º 30 689, de 27 de Agosto de 1940, inconstitucional por ofender o princípio, constante do artigo 205.º da Lei Fundamental, de que só aos tribunais compete julgar, pois que os seus artigos 36.º e seguintes cometiam às comissões liquidatárias várias atribuições que constitucionalmente só competem em exclusivo aos tribunais, designadamente a audição de prova e a decisão com base nela. A actividade atribuída pelo citado diploma às comissões liquidatárias, não podia ser considerada como uma actividade meramente administrativa no âmbito da qual são praticados certos actos jurisdicionalizados. Antes, àquelas comissões eram conferidos poderes para *resolução de litígios e de questões controvertidas* entre particulares, para *julgar* causas ligadas aos créditos. Na mesma linha jurisprudencial, cfr. também o acórdão do STA (Cruz Rodrigues), proc. 27593, de 25/2/1992.

¹² Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações...cit.*, p. 262.

¹³ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações...cit.*, p. 262-263.

preocupar-se com o cumprimento de normas de direito privado, o certo é que, sem dúvida lhe incumbe a aplicação e o respeito pelas normas legais e regulamentares de direito público aplicáveis, v.g., como no caso presente, à apreciação dos licenciamentos de construção, sempre com respeito dos direitos de terceiros. As relações de vizinhança, de natureza estritamente privada, *qua tale*, estão afastadas da alçada administrativa, mas podem assumir relevo indirecto, designadamente na fundamentação do interesse de terceiro na sindicância de decisões ou actuações de natureza administrativa”¹⁴.

2. Direito do Urbanismo e multipolaridade administrativa substantiva

O Direito do Urbanismo é talvez o melhor tubo de ensaio para a análise dogmática das questões ligadas à tutela de terceiros, ou, melhor dizendo, referentes à multipolaridade administrativa. E, neste domínio, podemos recortar, em primeiro lugar, questões do Direito Administrativo geral que encontram um âmbito de incidência particular no Direito do Urbanismo, especialmente em face de um acto urbanístico de natureza autorizativa, mas também, em segundo lugar, questões ligadas à multipolaridade administrativa que são próprias e específicas do Direito do Urbanismo.

Consideramos apenas as questões suscitadas pela multipolaridade administrativa no âmbito da gestão urbanística, ou seja, no conjunto de actividades de concreta ocupação, uso e transformação do solo que visam dar execução aos instrumentos de gestão territorial em vigor.

2.1. Dogmática geral jurídico-administrativa no quadro urbanístico

No que respeita à multipolaridade administrativa, diversos institutos e regimes jurídicos do Direito Administrativo geral obtêm uma coloração e uma incidência particular no quadro do Direito do Urbanismo, por força, justamente, da circunstância deste Direito Administrativo especial ser um campo privilegiado de eclosão de conflitos entre particulares que se entrecruza com o exercício de competências jurídico-públicas. Cabe referir:

- i) Revogação (artigo 167.º CPA) ou anulação (168.º CPA)¹⁵ de um acto de gestão urbanística (licença ou autorização), que pode ser favorável para o sujeito que promove certa operação urbanística (v.g. edificação, loteamento), mas desfavorável para outros (v.g. vizinhos). Não existindo regra especial no Direito do Urbanismo que resolva a questão, devem aplicar-se as regras gerais sobre revogação e anulação administrativas, as quais, todavia, não contêm disposição expressa sobre o regime aplicável aos designados actos de duplo efeito¹⁶. Apesar de se contarem bastantes divergências doutrinárias quanto a este ponto, pensamos que a solução passa, em qualquer caso, por aplicar as regras sobre a

¹⁴ Acórdão do STA (João Cordeiro), proc. 0714/03, de 17-03-2005.

¹⁵ Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei 4/2015 de 7 de Janeiro).

¹⁶ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “A revogação de acto administrativo multipolar”, D&P, n.º 1, 2012, p. 46 e seguintes.

anulação de acto administrativo¹⁷. Nesta medida, a Administração poderá anular um acto administrativo constitutivo de direitos para o seu beneficiário, mas lesivo para um terceiro, nas seguintes condições:

i) Violação de direitos subjectivos de um terceiro; **ii)** dentro do prazo de um ano a contar da data da sua emissão (n.º 2, artigo 168.º, CPA); **iii)** na sequência de reclamação ou recurso administrativo para o órgão competente (alínea a), n.º 1, artigo 184.º, n.º 1, artigo 186.º CPA)¹⁸.

ii) Acesso à informação por parte daqueles, para além dos directamente interessados, que demonstrem ter um interesse legítimo sobre o estado e andamento de certos procedimentos (artigo 110.º, n.º 6, RJUE)¹⁹, garantia que reproduz praticamente o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do CPA. Estes serão os casos em que todos aqueles afectados por operações urbanísticas cuja propulsão não foi por si desencadeada (v.g. vizinhos de uma obra de edificação ou residentes numa área sujeita a operação de urbanização) e que poderão aceder à informação que àquelas respeita, sendo aplicável, sem mais, quer o CPA (artigo 82.º e seguintes) quer a LADA²⁰;

iii) Eficácia do acto administrativo de gestão urbanística em face daqueles sujeitos considerados terceiros, por não terem sido eles a desencadear um determinado procedimento urbanístico. De que forma se conta o prazo para impugnação deste tipo de actos, atendendo a que estes sujeitos, à partida, não terão sido notificados da sua prolação? O respeito pela garantia constitucional (artigo 268.º, n.º 3, CRP) impõe que, em face de sujeitos titulares de direitos subjectivos, no âmbito de uma relação jurídica desta natureza, o prazo de impugnação de um acto administrativo só comece a correr quando esse indivíduo tome efectivo conhecimento do acto: ou através de notificação (alíneas b) e c) do artigo 114.º CPA), ou quando dele, por qualquer outro meio, tenha tomado conhecimento, designadamente através do começo da sua execução²¹. No que respeita a operações urbanísticas deve atender-se ao facto de a mesma ter sido devidamente publicitada²², muito embora não possa daí retirar-se uma presunção inilidível do conhecimento do acto por parte de terceiros.

¹⁷ Os termos da discussão em FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 593 e seguintes, em que sustentámos que o fundamento autónomo relativo à tutela de terceiros que justifique a extinção destes actos apenas pode ocorrer num quadro de reposição da legalidade violada. Neste sentido decidiu, e muito bem, o STA (Edmundo Moscoso), proc. 01083/03, de 23-02-2005: “A decisão do Presidente da Câmara que determinou o “embargo” de uma obra, com fundamento na ilegalidade do projecto que anteriormente fora aprovado, integra a prática de um acto revogatório da decisão que anteriormente autorizara o interessado a construir em conformidade com o projecto previamente licenciado. Tal revogação, uma vez que o despacho que aprovara o projecto de construção é constitutivo de direitos, só podia ocorrer no prazo legalmente previsto e com fundamento na sua invalidade”.

¹⁸ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “A revogação...cit.”, p. 58 e seguintes.

¹⁹ Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, com alterações posteriores).

²⁰ Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (Lei 26/2016, de 22 de Agosto).

²¹ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 402 e seguintes.

²² Acórdão do STA (Rosendo José), proc. 0794/05, de 07-03-2006, onde se colocou a questão de que o prazo de recurso contencioso, por parte de terceiros que não tenham de ser notificados, só começa a correr quando, além da publicação em boletim da autarquia ou mediante edital, seja observada essa formalidade especial. Assim, nesta perspectiva, para os interessados que ora consideramos, também o

2.2. Questões próprias do Direito do Urbanismo

Para além das questões do Direito Administrativo geral que encontram um âmbito de incidência particular no Direito do Urbanismo, nasceram também neste ramo do Direito Administrativo especial situações jurídico-administrativas multipolares que lhe são próprias e específicas, muito embora as soluções que aqui se apurarem possam repercutir-se no aperfeiçoamento dos mecanismos e instrumentos da parte geral.

Na verdade, o Direito Administrativo geral desempenha uma função de estabilização, orientação e racionalização do sistema jurídico-administrativo. Os Direitos Administrativos especiais exercem, por seu turno, uma força dinâmica sobre o mesmo sistema, através de soluções e tendências reguladoras específicas e diferenciadas, as quais serão absorvidas e sistematizadas ulteriormente pela parte geral do Direito Administrativo²³. Tratamos de questões essencialmente substantivas mas que acarretam certas consequências processuais. De entre as referidas situações jurídicas, cabe referir:

- i) O efeito legalizador da licença urbanística, isto é, saber se a atribuição de deste acto autorizativo jurídico-público afasta a ilicitude jurídico-privada, particularmente a aplicação dos artigos 1346.º e 1347.º do CC no âmbito das relações de vizinhança. A resposta a dar esta questão entronca no problema da eficácia conformadora de relações jurídico-privadas por parte do acto de licenciamento jurídico-público, a qual geraria, conseqüentemente, a preclusão de invocação dos meios de defesa próprios desse sector do ordenamento jurídico²⁴;
- ii) A tutela de terceiros no regime de comunicação prévia, previsto no n.º 4 do artigo 4.º do RJUE, uma vez que, não culminando estes procedimentos na prática de uma licença, acto administrativo, fica a questão de saber como podem os sujeitos não promotores da operação urbanística ser tutelados. É que esta operação “consiste numa declaração que, desde que corretamente instruída, permite ao interessado proceder imediatamente à realização de determinadas operações urbanísticas após o pagamento das taxas devidas, dispensando a prática de quaisquer atos permissivos” (artigo 34.º, n.º 2, RJUE). Solução diferente existia antes da revisão do RJUE operada pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de Setembro, quando se configurava a admissão da comunicação prévia para a realização de certas operações urbanísticas como acto administrativo (artigo 36.º-A RJUE). Não apenas na

prazo de recurso contencioso não teve início. De qualquer forma, o tribunal considerou que como um dos recorrentes tinha feito queixa no procedimento administrativo era obrigatória a notificação da decisão final proferida, nos termos dos artigos 52.º; 53.º n.º 1 e 66.º al. a) do CPA e a sua falta tem como efeito não se iniciar o prazo do recurso contencioso como decorre do art.º 268.º n.º 3 da Const. e 29.º da LPTA.

²³ Por último, cfr. CLAUDIO FRANZIUS, “Brauchen wir ein Allgemeines Verwaltungsrecht?”, JZ, 2019, p. 161 e seguintes.

²⁴ Entre nós, cfr. MAFALDA CARMONA, *O Acto Administrativo Conformador de Relações de Vizinhança*, Almedina, Coimbra, 2011, *passim*; e J. J. GOMES CANOTILHO, “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, BDUC, 1993, p. 1 e seguintes. A nossa posição, em que distinguimos entre programas normativos paralelos e programas normativos colidentes para resolver a questão, em FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 972-973.

perspectiva da tutela dos terceiros, que passavam a ter uma decisão pública que poderiam impugnar jurisdicionalmente, mas, igualmente do ponto de vista do interessado, que pretende desenvolver uma determinada actividade, esta era uma boa solução, já que a qualificação da não decisão da Administração como acto administrativo impedia que o particular ficasse por sua conta e risco, passando a ser portador de um título jurídico-público que legitimava a sua actuação²⁵;

iii) A natureza jurídica do acto de aprovação do projecto de arquitectura, previsto no artigo 20.º do RJUE, quanto a saber se este constitui um acto meramente preparatório do acto de licenciamento de construção ou um verdadeiro acto administrativo, dado que o procedimento de uma obra de edificação se encontra dividido em duas partes: aprovação do projecto de arquitectura e apreciação do projecto de especialidades. A resposta a esta questão tem reflexos no que respeita à admissibilidade de impugnação autónoma do acto que aprova o projecto de arquitectura por parte de um terceiro (vizinho), dado ser possível, desde logo, configurar-se a produção de uma lesão na respectiva esfera jurídica²⁶;

iv) A vinculação de terceiros às condições urbanísticas da operação de loteamento, isto é, quanto a saber se ela está estruturada para vincular terceiros, ou seja os adquirentes dos lotes, que não tiveram nenhuma relação anterior com a Administração, como resulta do n.º 3 do artigo 77.º do RJUE²⁷.

²⁵ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 192 e seguintes, com uma análise panorâmica numa perspectiva de Direito comparado; no sentido defendido no texto, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007”, DRL, n.º 1, 2008, p. 18.

²⁶ Muito embora a resposta a dar à primeira questão não condiciona necessariamente a resposta a dar à segunda, pois, de acordo com FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “Duas questões de Direito do Urbanismo: aprovação de projecto de arquitectura (acto administrativo ou acto preparatório?) e eficácia de alvará de loteamento (desuso?)”, CJA, n.º 13, 1999, p. 54 e seguintes, a aprovação do projecto de arquitectura é um acto administrativo que produz efeitos jurídicos externos mas daí não se segue que possa ser impugnado por terceiros, porque tais efeitos se limitam ao requerente da licença de construção; em sentido contrário, cfr. MARTA CAVALEIRA, *O Contencioso dos Actos Administrativos de Controlo Prévio das Operações Urbanísticas*, Dissertação de Mestrado policopiada, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 34; MÁRIO TORRES, “Ainda a (in)impugnabilidade da aprovação do projecto de arquitectura”, CJA, n.º 27, 2001, p. 41 e seguintes; e JOÃO GOMES ALVES, “A natureza jurídica do acto de aprovação municipal do projecto de arquitectura”, CJA, n.º 17, 1999, p. 14 e seguintes.

²⁷ Sobre a questão, cfr. CLAUDIO MONTEIRO, *O Domínio da Cidade – A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 506 e seguintes, defendendo que a licença de loteamento não está estruturada para estabelecer vinculações de carácter normativo, mas admite que ela cria vinculações jurídico-administrativas para terceiros; também assim JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística...cit.*, p. 301; no sentido que defendemos, cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010, p. 108 e seguintes, nota que o loteamento tem de ser perspectivado como uma relação jurídica multipolar, compreendendo-se que o ordenamento jurídico tenha criado um leque de medidas de protecção de terceiros adquirentes dos lotes. E pode também colocar-se a questão no sentido dessa vinculação resultar em direitos para terceiros, afirmando ANTÓNIO LORENA DE SÈVES, “A protecção jurídico-pública de terceiros nos loteamentos urbanos e obras de urbanização”, RCEDOUA, n.º.1/2, p. 73, 1998, que, autorizada a operação de loteamento, os terceiros adquirentes dos lotes e os vizinhos têm direito ao plano de loteamento e à sua imodificabilidade essencial.

3. Direito do Urbanismo e multipolaridade administrativa processual

3.1. Delimitação temática

O mapeamento das questões substantivas, identificadas no Direito do Urbanismo relativas à multipolaridade administrativa, suscitam também, naturalmente, um conjunto significativo de questões de natureza processual. Ocorrendo a transposição desta problemática para o plano processual, chama-se, uma vez mais, à atenção para a inconveniência de perspectivar-se esta análise na óptica de uma tutela de terceiros. Trata-se do que designámos de *teoria da duplicidade estatutária formal*, desdobrada numa das suas vertentes que consiste numa *reversibilidade assimétrica paradoxal*²⁸. Seguindo-se aquela concepção tradicional, na transposição do plano material para o plano processual ocorre uma situação de reversibilidade, isto é, aquele que era terceiro em face de um acto administrativo, impugnando essa medida administrativa, passa a ser primeiro, ou seja autor da acção, e aquele que era primeiro, *in casu* destinatário ou beneficiário desse mesmo acto, passa a ser terceiro, sendo este aquele sujeito que, para além do autor e da entidade demandada, é chamado ao processo para aí defender a sua posição jurídica. Para além da assimetria, a disparidade de ambos os planos não deixa de ser paradoxal, visto que a inversão de posições entre os sujeitos privados da relação jurídica administrativa pressupõe, simultaneamente, uma degradação e uma promoção recíprocas de ambos os sujeitos: um primeiro que passa a terceiro (o destinatário do acto que assume a posição de contra-interessado) e um terceiro que passa a primeiro (o terceiro em face do acto que se converte em autor da acção).

Também neste domínio, múltiplas questões referentes à multipolaridade administrativa podem colocar-se, não só perante diversas formas de actividade administrativa como também dos vários meios ou instrumentos processuais a considerar. Neste trabalho vamos apenas focar-nos num dos ângulos através dos quais esta problemática pode ser abordada: a protecção jurisdicional daqueles sujeitos que são beneficiários de um acto de gestão urbanística, e que ocuparão, conseqüentemente, a posição de contra-interessados numa acção de impugnação daquela conduta jurídico-administrativa. Tal não significa que o planeamento urbanístico não convoque igualmente delicadas questões relativas à multipolaridade administrativa processual. Refira-se especialmente a questão, ainda não tratada entre nós, de num processo de impugnação de um plano urbanístico se poderem perfilar sujeitos particulares com interesse na manutenção em vigor das normas impugnadas, abrindo-se caminho à constituição de contra-interessados num processo de controlo regulamentar²⁹.

²⁸ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 692 e seguintes.

²⁹ Na sua versão originária, o CPTA, pelo menos quando estivesse em causa um pedido de declaração com força obrigatória geral da ilegalidade, admitia, no n.º 5 do artigo 82.º, a intervenção de eventuais contra-interessados, ao prever que o juiz mandasse publicar anúncio a fim de permitir a esses terceiros virem ao processo defender a legalidade dessa norma. Nada se dizia, no entanto, quanto à possibilidade de constituição de contra-interessados nos processos de desaplicação de regulamento num caso concreto (n.º 2, artigo 73.º CPTA) ou nas acções de declaração de ilegalidade por omissão (artigo 77.º CPTA). Actualmente, a lei parece ser mais liberal quanto a esta matéria, pois a publicação de anúncio deve ocorrer em qualquer processo cujo objecto seja a impugnação de uma norma administrativa. De qualquer forma, a nossa lei parece hesitante quanto à admissão plena da legitimidade dos contra-interessados quando esteja em causa a fiscalização da legalidade de regulamentos, não tendo previsto uma norma expressa que o preveja, colocando-se a hipótese de aplicação analógica dos artigos 57.º e

3.2. Os contra-interessados na impugnação de actos de gestão urbanística

3.2.1. Enquadramento processual

O caso típico exemplificativo de aplicação da figura do contra-interessado no Contencioso Administrativo é, precisamente, o da impugnação de uma licença de construção. Por conseguinte, se A impugna a licença de construção, concedida a B por parte da câmara municipal, tem A, obrigatoriamente, de ser chamado ao processo enquanto contra-interessado. Ele é beneficiário directo daquele acto jurídico-público, pelo que, se a acção for considerada procedente, tal acarreterá, automaticamente, a destruição dos efeitos jurídicos favoráveis constituídos na sua esfera jurídica. Consequentemente, o princípio da tutela jurisdicional efectiva e o princípio do contraditório imporiam obrigatoriamente a sua intervenção processual.

O CPTA³⁰ prevê expressamente a participação dos contra-interessados nos processos impugnatórios, estatuidando que, para além da entidade autora do acto, são obrigatoriamente demandados os contra-interessados a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo (artigo 57.º). Cabe desde logo ao autor, quando propõe a acção, indicar, na sua petição inicial, quem serão os eventuais contra-interessados (alínea b), n.º 2, artigo 78.º CPTA). Neste sentido, constitui já uma longa tradição no nosso Contencioso Administrativo que a não identificação destes terceiros determina a ilegitimidade passiva que obsta ao prosseguimento do processo³¹. Nesta medida, determinou o CPTA claramente que a não identificação dos contra-interessados, por parte do autor, constitui fundamento que obsta ao prosseguimento do processo (alínea e), n.º 4, artigo 89.º CPTA), sem prejuízo da faculdade de apresentação de nova petição caso não tenha havido prévio despacho de aperfeiçoamento tendente a suprir tal falta (n.º 8, artigo 87.º CPTA)³².

68.º, n.º 2, CPTA, referentes às acções de impugnação e de condenação à prática de acto administrativo devido. No sentido de que deve o artigo 57.º do CPTA ser aplicável analogicamente à acção de impugnação de normas, cfr. PEDRO DELGADO ALVES, “O novo regime de impugnação de normas”, in VASCO PEREIRA DA SILVA (Coord.), *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2005, p. 88, entendendo que serão contra-interessados “os sujeitos a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção da norma impugnada”. Na Alemanha, a questão encontra-se hoje pacificada, admitindo-se a constituição de contra-interessados nos processos regulamentares, embora em termos mais limitados do que nas acções relativas a actos administrativos, assim, cfr. ALEXIS VON KOMOROWSKI, “Beiladung im Normkontrollverfahren – Der neue § 47 II, 4, VwGO und seine grundgesetzliche Fundierung”, NVwZ, 2003, p. 1458-1463. BURGHARD HILDEBRANT/MICHAEL HECKER, “Beiladung in der baurechtlichen Normenkontrolle”, NVwZ, 2001, p. 1007 e seguintes.

³⁰ Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, e alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro e pela Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro).

³¹ Assim já a jurisprudência interpretava o § 4º do art. 57º do RSTA, que se referia apenas à ilegitimidade das partes, cfr. acórdão do STA (João Cordeiro), proc. 0481/02, de 09-05-2002.

³² Sobre estas questões, cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 562 e seguintes. Em face da consagração do dever de gestão processual (artigo 7.º-A), introduzido na reforma de 2015, devemos então distinguir três situações: i) se da análise do processo administrativo e das peças processuais

Feito este enquadramento, como configurar a relação jurídico-processual que tem obrigatoriamente de incluir estes sujeitos? Isto é, como se integram eles na relação jurídico-processual que será composta, do lado passivo, por uma parte necessária ou estrutural, que é a entidade demandada que praticou o acto impugnado? Procurando dar resposta a esta questão, estabelece o n.º 1 do artigo 10.º CPTA, referente à legitimidade passiva em geral, que cada acção deve ser proposta contra a outra parte na relação controvertida e, quando for caso disso, *contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor*. Desta disposição retirou a doutrina e a jurisprudência, de forma mais ou menos consensual, que a lei teria por escopo a atribuição de legitimidade passiva aos contra-interessados, os quais, deveriam formar um litisconsórcio necessário passivo com a Administração³³.

Porém, em tempos mais recentes, tal como defendemos na nossa dissertação de doutoramento, a aplicação da figura do litisconsórcio necessário passivo à situação processual descrita tem já sido questionada. Designadamente, nota-se que a aplicação deste instituto deve ser objecto de revisão crítica³⁴, ou de que o litisconsórcio é imperfeito, porque apenas se exige a citação e não a intervenção dos contra-interessados, não lhe sendo aplicável integralmente o regime processual da figura³⁵.

É de realçar que, segundo a letra da lei, os contra-interessados não fazem parte da relação material controvertida. Na verdade, a acção deve ser proposta *contra a outra parte na relação*

resultar, de forma evidente, quem são os contra-interessados que devem ser chamados ao processo, o juiz regulariza oficiosamente a instância, mandando notifica-los (1.ª parte, n.º 2, artigo 7.º-A CPTA); ii) se da análise do processo administrativo e das peças processuais não for objectivamente evidente quem são os contra-interessados que devem ser convocados, devem as partes ser convidadas a suprir tal falha, devendo o juiz explicitar, na medida do que lhe seja possível, os critérios que devem presidir a essa identificação (1.ª parte, n.º 2, artigo 7.º-A CPTA); iii) se, ainda assim, o juiz concluir que o autor não deu cumprimento a esta interpelação, deve declarar a absolvição da instância (alínea e), n.º 4, artigo 89.º CPTA).

³³ Entre outros, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa* (Lições), 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 265; ELIZABETH FERNANDEZ, “A propósito e a pretexto da reconvenção nas ações administrativas”, in C. A. GOMES/A. F. NEVES/T. SERRÃO, *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, AAFDL, Lisboa, 2016, p. 397; MIGUEL GALVÃO TELLES, “Âmbito subjectivo atribuído ao objecto do processo, nomeação das partes e legitimidade processual”, in *Escritos Jurídicos*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013, p. 678, fazendo um paralelismo entre a intervenção dos contra-interessados e as acções de estado, embora expressando dúvidas; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 261 e seguintes; RUI MACHETE, “A Legitimidade dos contra-interessados nas acções administrativas comuns e especiais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 623; SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, p. 752, qualificando-o como uma forma específica de litisconsórcio necessário passivo; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais- Anotados*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 376. Num sentido divergente pronunciou-se MAFALDA CARMONA, “Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de atos administrativos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. p. 750, que recorre à figura da coligação. Na jurisprudência, STA (Fernanda Xavier), proc. n.º 0437/37, de 06-03-2008; STA (Rosendo José), proc. 0291/06, de 12-04-2007; STA (São Pedro), proc. 01344/02, de 23-09-2003; TCA Sul (Helena Canelas), proc. 323/17 OBEBJA, de 28-02-2018.

³⁴ Assim, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 4.ª edição Almedina, Coimbra, 2020, p. 265.

³⁵ Assim, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa* (Lições), 16.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 275.

controvertida e, quando for caso disso, contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor (artigo 10.º, n.º 1, in fine). Se esta última parte tem em vista os contra-interessados, tal significará então que, apesar de estes sujeitos serem obrigatoriamente demandados, não fazem parte da relação material controvertida.

Como se explicará, porém, que alguém seja demandado processualmente se não pertence à relação material que vai ser apreciada em juízo? Precisamente a legitimidade consubstancia-se no facto de as partes serem os sujeitos da relação material controvertida – do direito e da correlativa obrigação (dever jurídico ou sujeição), ou seja, posicionam-se de um lado um demandante (titular de um direito), do outro lado um demandado (o sujeito da obrigação) que se supõe na verdade existirem. Suspeitamos que estas incertezas resultam do facto de o legislador se confrontar com dificuldades de enquadramento da posição do contra-interessado, atendendo a que este é uma figura específica do Processo Administrativo que não se encaixa nos moldes estudados pela teoria geral do processo³⁶. Na verdade, parece que a intenção do legislador terá sido, por um lado, equiparar o contra-interessado à entidade demandada, encontrando-se ambos do lado passivo da relação processual, equiordenando-se este sujeito privado às outras partes processuais (autor e Administração), sendo também demandado e ficando vinculado ao caso julgado. Mas, por outro lado, sentiu o legislador a necessidade de excluir essa equiparação no plano material, atendendo, nomeadamente, a que o objecto do processo nas acções impugnatórias ou de condenação à prática do acto devido centra-se no exercício do poder público, exercido ou omitido. Com efeito, o artigo 50.º, n.º 1, CPTA dispõe que a impugnação de um acto administrativo tem por objecto a anulação ou declaração de nulidade desse acto.

Nesta medida, a aplicação da figura do litisconsórcio necessário passivo à ligação existente entre a Administração e os contra-interessados parece ser uma transposição acrítica dos quadros existentes no Direito Processual Civil³⁷. Em primeiro lugar, como admitir que estes sujeitos façam parte de um litisconsórcio, e ainda para mais necessário, sendo esta uma figura que se destinada a assegurar a unidade do caso julgado em face da existência de uma pluralidade de sujeitos que são titulares da relação material controvertida? Por conseguinte, os contra-interessados não fazem parte da relação material controvertida, logo também não fazem parte do litígio, e, conseqüentemente a sua posição não está contida no objecto do processo, pelo que a sentença é insusceptível de sobre as suas esferas jurídicas incidir, o que, afinal, torna a figura do litisconsórcio, neste contexto, totalmente desajustada. Em segundo lugar, deve ter-se presente que a figura do litisconsórcio necessário visa impedir que a sentença proferida se transforme em *inutiler data*, isto é, a natureza una ou indivisível da relação subjacente ao litígio obriga a que todos os sujeitos a que ela pertençam sejam chamados ao litígio sob pena do julgado não produzir o seu efeito útil normal. Ora, e independentemente da polémica que suscita este conceito acerca do seu exacto alcance³⁸,

³⁶ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O estatuto processual dos contra-interessados nas acções impugnatórias e de condenação à prática de acto administrativo”, CJA, n.º 124, 2017, p. 29 e seguintes.

³⁷ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O estatuto processual...cit.”, p. 31 e seguintes.

³⁸ Sobre esta questão, cfr. RUI PINTO, *Efeitos e Regime da Preterição de Litisconsórcio Necessário-Contributo para o Estudo do Efeito Útil Normal e dos Limites Subjectivos do Caso Julgado* (Dissertação de Mestrado Inédita), Volume I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, p. 55 e seguintes.

não pode traçar-se um paralelismo perfeito entre o Processo Civil e o Processo Administrativo. Na verdade, o facto de a Administração ser o sujeito responsável pela execução das sentenças administrativas, sendo um ente dotado de autotutela declarativa, com responsabilidade geral de conformação da realidade normativo-social, faz com que, à partida, tenha de aceitar-se que a sentença administrativa produza sempre efeitos, mesmo que possa, *a posteriori*, ser atacada pelos sujeitos que deveriam ter sido chamados ao processo e nele não tomaram parte. Nesta medida, o facto de a Administração ser um ente especialmente legitimado a adoptar decisões, geradoras de uma multiplicidade de complexos efeitos, faz com que as situações jurídicas daí emergentes não possam ser equiparáveis às situações que no Processo Civil reclamam um enquadramento através de um litisconsórcio natural³⁹. Assim, cremos ser diametralmente diversa a situação de anulação de um acto administrativo, mesmo que existam vários interessados na regulação da situação adoptada, e a anulação de uma partilha, na qual têm de intervir todos os co-herdeiros, ou a anulação ou declaração de nulidade de um testamento, em que têm de ser demandados como réus todos os beneficiados, herdeiros ou legatários. A figura do litisconsórcio necessário passivo não é aplicável à ligação processual que se verifica entre a Administração e os contra-interessados, quer por uma razão dogmática, ou de natureza da relação jurídica material, quer por uma razão prática ou de regime. No que respeita à primeira, a relação jurídica administrativa possui uma morfologia substancialmente diversa da relação jurídica civil, apresentando-se de forma mais complexa do que uma mera pluralidade de sujeitos activos e passivos⁴⁰. Assim é porque estas relações jurídicas podem ser expressas através da figura do triângulo, em cuja base se confrontam dois ou mais interesses privados em colisão e no respectivo vértice mais elevado se encontra a Administração, detentora de uma competência jurídico-pública de conformação desses mesmos interesses, situação que não encontra paralelo nas relações jurídico-privadas. Em segundo lugar, se esta figura fosse aplicável, tal significaria que a Administração ficaria tolhida quanto ao exercício de certos poderes processuais na pendência do processo, porquanto o regime do litisconsórcio necessário implica que a eficácia de certos actos processuais só seja adquirida quando praticados por todos os litisconsortes.

A fisionomia judiciária do litisconsórcio necessário é significativamente diversa do litisconsórcio voluntário, pois só neste último se verifica a independência das relações processuais que se estabelecem entre cada um dos litigantes⁴¹. De facto, a aplicação do regime do litisconsórcio necessário levaria a que a Administração não pudesse celebrar qualquer

³⁹ Parece agora concordar com esta posição, que defendemos na nossa dissertação de doutoramento, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Apontamento sobre a legitimidade particular nas ações de impugnação de atos administrativos”, Nos 20 anos dos CJA, CEJUR, Braga, 2017, p. 293, dado que numa acção de impugnação nem autor nem contrainteressado seriam titulares do objecto do processo, pelo que no caso do contrainteressado devia pôr-se em causa o entendimento que ele interviria na acção de impugnação em regime de litisconsórcio necessário passivo com a Administração.

⁴⁰ Neste sentido, cfr. MAFALDA CARMONA, “Relações...cit., p. 750. Já não podemos acompanhar a Autora quando recorre à figura da coligação para enquadrar a figura dos contra-interessados porque não existe a pluralidade de relações materiais controvertidas que justifica o recurso àquela figura processual. A relação entre a Administração, o autor da acção e os contra-interessados é uma relação jurídica administrativa multipolar que tem de ser concebida unitariamente, mas que não encontra paralelo em nenhuma figura do Processo Civil.

⁴¹ Neste sentido, cfr. ADELINO DA PALMA CARLOS, *Ensaio sobre o Litisconsórcio*, Tipografia Colonial, Lisboa, 1956, p. 219 e seguintes.

transacção com o autor nem sequer proceder à revogação ou anulação do acto impugnado, dado que, nos termos do n.º 2 do artigo 288.º do CPC, a confissão, a desistência ou a transacção de algum dos litisconsortes só produz efeitos quanto a custas. Assim é porque, atendendo à natureza da relação jurídica, não é possível circunscrever o efeito do acto ao interesse do seu autor, dado que o efeito útil da decisão teria sempre de produzir-se perante todos os litisconsortes⁴², o que não seria possível porque o contra-interessado nunca daria assentimento ao exercício de uma competência administrativa que fosse beneficiar a sua contraparte particular, isto é, o autor da acção.

3.2.2. Estatuto processual do contra-interessado

Entre nós, de acordo com a opinião unânime da doutrina nacional, sendo os contra-interessados partes necessárias no processo, têm estes que estar incluídos nas referências que o CPTA faz às partes⁴³. Por conseguinte, os contra-interessados têm naturalmente a possibilidade de contestar a acção (artigo 83.º CPTA), podendo ainda indicar os actos cuja prova se propõem fazer (artigo 83.º, n.º 1, CPTA), anuir ou opor-se ao conhecimento do mérito da causa no despacho saneador (alínea b, n.º 1, artigo 88.º CPTA), prestar depoimento em audiência pública (artigo 91.º, n.º 3, alínea a) CPTA), devendo o juiz submeter-se às questões por eles suscitadas no respeitante ao objecto e limites da sua decisão (n.º 1 e 2, artigo 95.º CPTA).

Esta asserção não pode, no entanto, ser feita de forma unitária. Só pode ser considerado “parte” na acção aquele sujeito processual cujos direitos sejam constitutivos do objecto do processo. Ora, no Contencioso Administrativo os interesses particulares integrados no objecto do processo assumem intensidades diferentes no quadro do litígio dirimido em juízo. Daí que, mesmo tendo o objecto do processo que adquirir um alcance multipolar, tem de examinar-se se o autor tem o monopólio da sua configuração, bem como se ele e a entidade demandada podem dispôr livremente de tal objecto, ou se, ao invés, essa disposição apenas pode ocorrer com a concordância de todos os sujeitos participantes na relação jurídica multipolar. Uma resposta no primeiro sentido referido acabaria, afinal de contas, por bilateralizar a lide, pois a Administração, sendo detentora das competências multipolares de conciliação, revogando ou praticando actos na pendência do processo, poderia satisfazer plenamente as pretensões do autor, secundarizando a posição do opositor particular. A resposta a esta questão não pode ser unívoca, dependendo da natureza dos interesses subjacente à relação jurídica multipolar em causa, pois será inadequado aplicar-se o mesmo regime a casos em que a interposição do poder estadual assuma um carácter neutro (*relação jurídica multipolar arbitral*), um carácter

⁴² Neste sentido, cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.ª edição, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 567; também JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1948 (reimp. 1982), p. 403, assinala o facto de a lei proteger os interesses dos litisconsortes, restringindo muito mais os efeitos do acto por comparação com o litisconsórcio voluntário.

⁴³ Neste sentido, cfr. MAFALDA CARMONA, “O recurso de revisão”, CJA, n.º 124, 2017, p. 61; VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...cit.*, p. 263 salientando não haver dúvidas que hoje os contra-interessados são legalmente concebidos como partes; M. ESTEVES DE OLIVEIRA/R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código...cit.*, p. 376.

interessado (*relação jurídica multipolar parcial*) ou já um carácter longínquo ou de conformação geral, apesar de interessado, em face dos interesses privados conflituantes (*relação jurídica multipolar infra-estrutural*)⁴⁴. Esta distinção vai encontrar reflexos em quatro domínios diversos do Contencioso Administrativo: i) transacção; ii) reconvenção; iii) modificação objectiva da instância; iv) domínio probatório, o que significa que os contrainteressados não dispõem de poderes de conformação processual idênticos, tendo de se averiguar o seu concreto estatuto em função da natureza dos interesses subjacente ao objecto do litígio⁴⁵.

O caso da impugnação de actos de gestão urbanística apresenta-se como um exemplo particularmente elucidativo de *relação jurídica multipolar arbitral*, já que é frequente, neste domínio, surgirem situações em que o objecto do litígio respeita, exclusivamente, em termos materiais, aos sujeitos privados, ou seja, vizinho que impugnou a licença de construção *versus* proprietário que é titular desse título jurídico-público. É certo que sempre se discutirá a validade de um acto jurídico-público, mas respeitando este, substancialmente, à resolução de um conflito de interesses privados, não poderá deixar-se a sua defesa exclusivamente à Administração. O risco processual recairá sobretudo no sujeito particular cujos direitos foram reconhecidos pelo acto impugnado, pelo que lhe deve ser reconhecido um estatuto processual paritário com a entidade demandada, encontrando-se esta, inclusivamente, limitada no que respeita a certos poderes de conformação processual. Repare-se como, em muitos destes conflitos urbanísticos, as questões essenciais subjacentes ao litígio dizem respeito à esfera dos particulares em causa⁴⁶. Foi o direito de propriedade do autor afectado? É admissível a construção em altura erigida pelo vizinho?

No domínio urbanístico será particularmente importante reconhecer ao contra-interessado amplos poderes de conformação processual, sendo até justificável permitir que este sujeito deduza um pedido reconvenicional para que a Administração regule de uma forma completamente diversa a relação jurídica estabelecida com o autor, de forma a que o resultado final da lide acabe por ser totalmente contrário ao pretendido pelo sujeito que inicialmente procurou tutela jurisdicional⁴⁷. É o que sucede se o autor, impugnando uma cláusula acessória aposta a uma licença urbanística, for confrontado com o pedido do contra-interessado visando a anulação total desse acto administrativo.

⁴⁴ Sobre estas distinções, cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 919 e seguintes; p. 983 e seguintes.

⁴⁵ Para mais desenvolvimentos, cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O estatuto processual...cit.”, p. 37 e seguintes.

⁴⁶ Cfr. WINFRIED BROHM, “Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat”, DÖV, 1982, p. 4.

⁴⁷ Sobre a reconvenção dos contra-interessados, cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, “O estatuto processual...cit.”, p. 38 e seguintes.

3.2.3. O acesso dos contra-interessados ao processo

3.2.3.1. A legitimidade processual dos contra-interessados

Já referimos que o beneficiário de uma licença urbanística, num processo tendente à sua anulação, será o contra-interessado por excelência do Contencioso Administrativo. Dúvidas não se colocam de que o destinatário directo daquele acto terá legitimidade para se constituir como contra-interessado no processo. Esta afirmação sustenta-se, por um lado, no n.º 1 do artigo 10.º CPTA, referente à legitimidade passiva em geral, quando dispõe que cada acção deve ser proposta contra a outra parte na relação controvertida e, quando for caso disso, *contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor*. Ainda por outro lado, especialmente nas acções impugnatórias de acto administrativo, determina o artigo 57.º do CPTA que são obrigatoriamente demandados os contra-interessados *a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado*.

Todavia, apenas a primeira das citadas normas respeita *qua tale* à legitimidade processual. Com efeito, no artigo 57.º do CPTA o legislador, adoptando como ângulo de análise os efeitos da sentença (e secundariamente o acto impugnado), tentou circunscrever a posição daqueles sujeitos que terão interesse em contradizer a posição do autor, ou seja, que se encontram habilitados a vir a juízo porque o aparelho jurisdicional vai ser mobilizado com vista à eliminação de uma vantagem que lhes foi reconhecida ou atribuída. E esta delimitação não é realizada atendendo a colisão substancial da sua posição jurídica em face da posição titulada pelo autor (naquilo que seria uma remissão para uma questão de legitimidade processual), mas antes com base no modo como este último formula o seu pedido, isto é, centra-se na utilidade que o autor pretende retirar da tutela jurisdicional e que vai, correlativamente, frustrar os interesses adquiridos por outrem. Nesta medida, a norma que delimita a posição dos contra-interessados, nas acções de impugnação de actos administrativos, reporta-se ao prejuízo que resulta da procedência da acção, o que implica a realização de um juízo tipicamente ligado à aferição do interesse processual⁴⁸.

Por conseguinte, apesar de o critério legitimante do acesso dos contra-interessados ao processo estar implicitamente subjacente ao artigo 57.º, é antes o artigo 10.º, *in fine*, que nos responde directamente a esta questão. Apesar de a lei não o declarar expressamente, o contra-interessado tem de ser titular de uma posição substantiva, ou seja, para utilizar a terminologia adoptada pela Constituição e restante legislação nacional, titular de um direito ou interesse legalmente protegido (artigo 268.º, n.º 1, CRP). Por conseguinte, recorrendo aos exemplos *supra* referidos, os vizinhos têm de alegar em juízo que a anulação do acto que lhes conferiu uma vantagem ou a adopção do acto pretendido pelo autor vai traduzir-se na violação de uma norma jurídica que se destina a proteger especificamente os seus interesses. Especificamente no caso dos contra-interessados, a norma jurídica que lhes confere legitimidade não é, contudo, suficiente, pois esta tem de ser invocada como contra-título em face dos termos em que o autor formulou a sua pretensão. Assim sendo, numa acção em que

⁴⁸ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 555 e seguintes; p. 712 e seguintes.

o autor impugna um acto camarário, que lhe negou a faculdade de uma certa utilização da sua fracção, não pode o contra-interessado intervir sustentando a violação por parte do impetrante de normas de construção que salvaguardam os seus interesses. A norma jurídica na qual o contra-interessado funda a sua legitimidade tem, portanto, de ser relevante no quadro do *thema decidendum* trazido a juízo. Deve a legitimidade do contra-interessado reger-se pelas mesmas regras da legitimidade do autor, com a particularidade de que é este que fixa o *thema decidendum* em função do qual o preenchimento deste pressuposto vai ser aferido, pois foi ele que tomou a dianteira e procurou tutela jurisdicional.

Os contra-interessados não têm de ser necessariamente sujeitos formais do acto administrativo impugnado. Do que se trata é, substancialmente, de uma colisão de interesses privados que decorre do *programa normativo multipolar*⁴⁹. A sua legitimidade processual não reside no facto de serem destinatários do acto administrativo impugnado, mas da circunstância de serem titulares de um interesse activo constitutivo que se opõe a um interesse passivo opositivo que o autor pretende fazer valer através da acção. As normas que disciplinam relações de vizinhança (por exemplo distância entre construções) contêm um programa normativo multipolar. Daí que um vizinho que é prejudicado por uma construção alheia que lhe retira parte da luz solar pode constituir-se como contra-interessado num processo de impugnação de um acto de demolição dirigido ao proprietário dessa edificação. Ao invés, a obrigação que impende sobre os proprietários de um terreno a lotear, consubstanciada na cedência de parcelas para espaços verdes e equipamentos de utilização colectiva (artigo 44.º RJUE), esgota-se na relação município *versus* promotor da operação urbanística, não estabelecendo um programa normativo multipolar. Nesta medida, não poderão os residentes naquela zona constituírem-se como contra-interessados caso o promotor urbanístico impugne o acto camarário que determina tais cedências.

3.2.3.2. Interesse em (re)agir dos contra-interessados

As normas especiais que delimitam a posição dos contra-interessados referem-se, sobretudo, a um interesse em agir, ou melhor, a um interesse em reagir perante a demanda processual do autor. A norma contida no artigo 57.º do CPTA afigura-se ser bastante complexa, podendo ser decomposta em quatro trechos diferentes, muito embora de distinta natureza. Por um lado, o preceito apresenta-nos o que poderíamos designar de *duplo critério de legitimação*, ou seja, os contra-interessados são aqueles: i) a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar; ii) que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado. Por outro lado, fixa o que poderíamos designar de *duplo critério de identificação*, dispondo que um determinado sujeito, para ser considerado contra-interessado, para além de ter de preencher pelo menos um dos dois critérios de legitimação, tem de ser identificado com base em determinados critérios de identificação: i) aqueles que possam ser identificados em

⁴⁹ Ou seja, o conteúdo da norma contida no acto da função legislativa, através da qual o legislador democraticamente legitimado regula, com carácter primário, a situação abstracta de colisão de interesses privados, cuja titularidade pertence a uma pluralidade indeterminada de destinatários, cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações ...cit.*, p. 287 e seguintes; *Conflitos...cit.*, p. 927 e seguintes.

função da relação material; ii) aqueles que possam ser identificados com base nos documentos contidos no processo administrativo.

Deixando por ora de lado os critérios de identificação, que servem sobretudo para suavizar o ónus do autor no que respeita à sua demanda e a uma eventual absolvição da instância⁵⁰, importa, neste contexto, reflectir sobre os designados critérios de legitimação. Estes são, na realidade, critérios de interesse em agir, ou melhor, neste caso, de *interesse em reagir*. Por conseguinte, do que se trata, nestes casos, é de realizar uma aferição sobre o previsível conteúdo da sentença, no sentido de apurar se existe necessidade de esses sujeitos virem a juízo defender uma posição que se encontra ameaçada pela demanda jurisdicional do autor. Daí ser necessário realizar-se um juízo de prognose, partindo do conteúdo do acto e dos termos em que o autor formulou o seu pedido (designadamente dos fundamentos por ele invocados para sustentar a sua pretensão)⁵¹, para determinar quais os sujeitos que podem ser directamente prejudicados pelo provimento do processo.

Pensamos poder enquadrar da seguinte forma os critérios de interesse em reagir que permitem a determinados sujeitos constituírem-se como contra-interessados em acções impugnatórias de actos administrativos:

- i) 1.º grau – prejuízo certo e imediato:* sujeitos que encontram no acto administrativo a fonte dos seus direitos ou a consagração de um ónus, obrigação ou encargo que vai ser eliminado ou agravado, consoante os casos, por via da sentença de anulação (licença de construção, acto de concessão);
- ii) 2.º grau – prejuízo imediato provável ou eventual:* sujeitos que encontram no acto impugnado o reconhecimento de um *status quo* ou um juízo certificativo que vai ser eliminado ou agravado;
- iii) 3.º grau – prejuízo indirecto repercutido numa relação jurídica distinta:* sujeitos cuja eliminação de um acto possa indirectamente afectar e que tenham legítimo interesse na sua manutenção, ou em que ele não seja praticado, por tal ir traduzir-se em prejuízos pessoais e patrimoniais resultantes da sua integração numa relação jurídica conexa, que

⁵⁰ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 534 e seguintes, “Os critérios de identificação constituem apenas uma bitola através da qual o juiz vai avaliar a diligência do autor na sinalização dos contra-interessados para efeitos de absolvição da instância (artigo 89.º, n.º 1, alínea e) CPTA), não consubstanciando, em si, um crivo de aferição da legitimidade de tais sujeitos processuais”.

⁵¹ Defendendo a realização de um duplo juízo de prognose, cfr. PAULO OTERO, “Os contra-interessados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de acto final de procedimento concursal, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, Coimbra, 2001*, p. 1094; neste precisos termos, o acórdão do STA (Lino Ribeiro), proc. 0115/13, de 14-02-2013, “o juízo prévio de determinação do universo dos contra-interessados deve ser formulado a partir do conteúdo do acto reclamado e da inerente projecção subjectiva dos seus efeitos, fazendo-se uma estimativa de como uma eventual decisão judicial relativamente ao acto e a inerente execução da sentença atingirão directamente posições jurídicas subjectivas de terceiros fundadas no acto reclamado. Isto sem prejuízo da atenção que se deve prestar aos termos como o próprio reclamante formulou a sua petição inicial, designadamente à projecção sobre terceiros dos fundamentos invocado para a anulação”.

tanto pode ser pública (beneficiários de actos consequentes cuja posição apresenta um nexó indirecto com a relação material controvertida) como privada (credor hipotecário de um empreendimento cuja licença de construção foi impugnada);

iv) 4.º grau – prejuízo eventual resultante de configuração administrativa futura: sujeitos titulares de uma posição jurídica integrada numa relação jurídica distinta mas materialmente idêntica à relação apreciada em juízo e que pode vir a ser conformada distintamente por força dos parâmetros a observar no exercício da margem de livre decisão administrativa fixados na sentença de anulação (auto-vinculação administrativa).

Apenas a última situação referida – prejuízo eventual de configuração administrativa futura (*afecção de quarto grau*), não poderá ser incluída quer na letra quer no espírito das disposições do CPTA que se referem à legitimidade dos contra-interessados. De facto, não obstante a sua inconveniência, o CPTA resolveu também estender a participação em juízo aos sujeitos que “tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado”, o que franqueia as portas do processo também aos afectados de terceiro grau. Visou-se, nesta disposição, a participação processual dos beneficiários de actos consequentes como contra-interessados por forma a que estes ficassem vinculados ao caso julgado, evitando-se que a tutela destes sujeitos seja remetida, pura e simplesmente, para os juízos ponderativos a realizar pela Administração em sede de execução de sentença⁵².

Todavia, o primeiro critério legitimante (aqueles a quem o provimento do processo impugnatório pode *directamente* prejudicar) era suficiente para cobrir a situação dos beneficiários de actos consequentes que se posicionam numa relação directa com a questão controvertida, e, ainda assim, resolveu a lei estender a participação em juízo aos sujeitos que “tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado”. A inclusão deste segundo critério legitimante não foi acertada⁵³. Por um lado, se a posição destes sujeitos apresenta apenas um nexó indirecto ou difuso com a relação material controvertida é de todo inconveniente reconhecer-lhes o estatuto de parte necessária no processo e atribuir-se-lhes idênticos poderes de conformação processual tal como se fossem os verdadeiros ou substanciais contraditores processuais. Por outro lado, esta opção é incoerente com os propósitos que nortearam, nesta matéria, o legislador do CPTA, que pretendeu realizar uma delimitação tão precisa quanto possível dos contra-interessados que teriam de ser chamados a juízo, por forma a não agravar excessivamente a posição daquele sobre o qual recai o ónus de os identificar – o autor da acção⁵⁴.

⁵² Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 380 e seguintes.

⁵³ Também assim, cfr. MAFALDA CARMONA, “O recurso...cit.,” p. 62, defendendo que não se percebe a razão de o CPTA ter ido “repescar o critério do interesse na manutenção do acto” e que os beneficiários de actos consequentes não serão contra-interessados. Não podemos acompanhar esta última consideração de “de iure condito” porque a lei é clara em diferenciar dois critérios diferentes de legitimação, ou seja, aqueles: i) a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar; ii) que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado.

⁵⁴ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *A Efectividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 102.

Acaba, assim, por reconhecer-se legitimidade para se constituírem como contra-interessados a sujeitos cujas posições jurídicas não pertencem à relação jurídica sob apreciação jurisdicional mas que, ainda assim, podem ser afectadas indirectamente na sua consistência consoante o desfecho da lide que venha a ocorrer. Essas posições jurídicas podem decorrer tanto de relações jurídico-públicas como de relações jurídico-privadas, as quais apresentam-se num nexo de prejudicialidade com a relação material controvertida, servindo a intervenção no processo, essencialmente, para vincular os respectivos titulares ao caso julgado ou para lhes permitir exercer o contraditório num processo onde os seus interesses também se discutem. Será por exemplo o caso dos sujeitos que celebraram contratos-promessa de compra e venda de fracções habitacionais num bloco de apartamentos cujo licenciamento foi impugnado⁵⁵. Nesta situação será a empresa construtora inequivocamente contra-interessada, pois será na sua esfera jurídica que se vão projectar directamente os efeitos da anulação, mas, quanto aos indivíduos que com ela celebraram contratos-promessa com vista à aquisição de fracções habitacionais, tais efeitos apenas se vão repercutir de forma indirecta no seu círculo de interesses.

3.2.4. Em especial – a legitimidade do condomínio

Recentemente, tem-se a jurisprudência debatido com dúvidas relativas à questão de saber se o condomínio poderá constituir-se como contra-interessado numa acção administrativa. Mais concretamente, discutiu-se a admissibilidade de um recurso de revisão interposto pelo condomínio, fundado no facto de uma acção administrativa ter sido instaurada à sua revelia, nunca tendo este tido qualquer intervenção no processo, sustentando que nela deveria ter sido demandado dada a existência de litisconsórcio necessário passivo entre os contra-interessados e a entidade demandada⁵⁶.

O CPTA prevê um meio específico para tutelar os terceiros nestas situações – o recurso de revisão (artigo 154.º e seguintes) – prevendo a lei expressamente a legitimidade destes sujeitos preteridos como uma especificidade do Processo Administrativo em face dos motivos já estabelecidos como fundamento da interposição de um recurso desta natureza no Processo Civil (n.º 2, artigo 155.º CPTA). Este é um meio idóneo a tutelar terceiros que não foram chamados ao processo, imposto pelo princípio da tutela jurisdicional efectiva e pelo princípio do contraditório, atendendo a que as sentenças de anulação de actos administrativos têm efeitos *erga omnes*, ou seja, extirpam com eficácia geral e absoluta aquela regulação administrativa, mesmo para sujeitos que não participaram na acção impugnatória⁵⁷.

Deve, em todo o caso, referir-se que a revisão de sentença não é um verdadeiro recurso jurisdicional porque não se trata de um pedido de reapreciação dirigido a um tribunal

⁵⁵ Acórdão do STA (Simões de Oliveira), proc. 042/04, de 09-12-2004, negando a intervenção a estes sujeitos, mas antes do CPTA.

⁵⁶ Acórdão do STA (Carlos Carvalho), proc. n.º 0185/10.8BELLE-B 01490/17, de 30-05-2019.

⁵⁷ Cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 657 e seguintes; recentemente, MAFALDA CARMONA, “O recurso...cit.”, p. 69 e seguintes, realçando que se a sentença tivesse eficácia *inter partes* ela seria ineficaz, não sendo necessário prever um meio de defesa processual do preterido.

diferente daquela que proferiu a decisão impugnada. Trata-se, essencialmente, de um instrumento que não visa evitar o trânsito em julgado da decisão recorrida, mas antes a rescisão de uma decisão já transitada em julgado que comporta duas fases distintas: uma fase rescindente, de verificação da existência de um vício na decisão recorrida (*judicium rescidens*), e uma fase rescisória, de substituição da decisão proferida com nova instrução e novo julgamento (*judicium rescissorium*)⁵⁸.

O n.º 2 do artigo 155.º do CPTA estabelece que têm legitimidade para requerer a revisão da sentença duas categorias de sujeitos: i) aqueles que, tendo obrigatoriamente de ser citados no processo, não o tenham sido; ii) aqueles que, não tendo tido oportunidade de participar no processo, tenham sofrido, ou estejam em vias de sofrer, a execução da decisão a rever. Quanto à primeira destas categorias, refere-se a lei, naturalmente, aos sujeitos que deveriam figurar obrigatoriamente como partes no processo – os contra-interessados – mas que não chegaram a ser identificados e, conseqüentemente, não foram citados para defender a sua posição em juízo⁵⁹. O facto de a lei mencionar a citação e não a sua efectiva participação no processo, prende-se com a possibilidade de tais particulares terem renunciado ao seu direito de participação processual, entregando a sorte dos seus direitos à defesa exercida pela Administração, o que tem como consequência não poderem, agora, vir pedir a revisão da sentença. Não haverá, assim, dúvidas que estarão abrangidas por esta categoria aqueles sujeitos previstos nos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, CPTA.

Suscitam-se, porém, maiores interrogações sobre que tipo de sujeitos se integram na segunda categoria à qual a lei reconhece legitimidade para requerer a revisão da sentença. Cremos que esta dupla categorização prevista no n.º 2 do artigo 155.º CPTA só pode ter um sentido: estão legitimados a requerer a revisão da sentença na qual não participaram aqueles sujeitos que, numa primeira linha, desde logo, teriam legitimidade para figurar no processo como contra-interessados, de acordo com o previsto nos artigos 57.º e 68.º, n.º 2, CPTA, e ainda aqueles sujeitos que, numa segunda linha, são titulares de posições jurídicas lesadas *ex novo* pela procedência das concretas pretensões do exequente, ou seja, os contra-interessados sucessivos a que se refere o n.º 1 do artigo 177.º do CPTA. Esta dupla categorização parece ser decalcada da lei italiana, que concede legitimidade para a oposição de terceiros não apenas aos litisconsortes preteridos mas também àqueles que sejam titulares de uma posição autónoma e incompatível, ou seja, aqueles a quem o ordenamento atribui contemporaneamente, a respeito do mesmo bem, poderes jurídicos cujo exercício, por parte de um deles, exclui, por impossibilidade material, o efectivo exercício por parte de outro sujeito. Serão contra-interessados sucessivos porque eram estranhos a respeito de um primeiro procedimento administrativo, emergindo a respectiva posição apenas de um acto sucessivamente adoptado com vista à execução da sentença⁶⁰.

⁵⁸ Acórdão do STA (Pais Borges), proc. 0756/05, de 17-01-2007.

⁵⁹ Acórdão do STA (Rosendo José), proc. 0756/05, de 29-03-2006, “falta de intervenção de pessoa que era previsível desde a propositura da primitiva acção (ou recurso, no caso) que viesse a ser atingida nos seus interesses pela decisão e respectiva execução e que, efectivamente, não teve intervenção no processo por não ter sido indicada para tanto, como devia”.

⁶⁰ Cfr. ANDREA CARBONE, “L’opposizione di terzo ex art. 108 comma 1.º C.P.A.”, F.A., 2012, p. 2977-2978. Recentemente, neste sentido, acórdão do STA (Teresa de Sousa), proc. 0872/16, de 09-02-2017, “O art. 155º, nº 2 do CPTA, na sua segunda parte, alarga a legitimidade a contra-interessados que no

Andou bem o STA ao considerar que o condomínio não tinha legitimidade para interpor recurso de revisão. Na verdade, é evidente que “o Condomínio não detém nenhuma legitimidade extraordinária, que seja distinta e própria do conjunto dos condóminos que ali foram demandados, já que os interesses que o mesmo defende ou pretende defender são, no caso, os interesses dos próprios condóminos que haviam sido demandados e que ficaram vinculados pela decisão judicial que foi proferida naquela ação, resultando como absolutamente artificial a distinção entre estes e o Condomínio”⁶¹. Quadro distinto ocorreria se os diversos condóminos não tivessem sido chamados ao processo, mas, efectivamente, nele acabaram por tomar parte. Quando muito, poderia suscitar-se dúvidas se ocorresse a situação inversa, ou seja, se só o condomínio tivesse sido demandado e não, individualmente, cada um dos condóminos, proprietários dos diversos lotes ou fracções autónomas. É que, nesse caso, pode considerar-se que o condomínio representaria adequadamente os diversos condóminos, estando o contraditório perfeitamente assegurado.

Estes sujeitos seriam contra-interessados na acção administrativa impugnatória por via do segundo critério legitimante do artigo 57.º do CPTA: tinham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado. No entanto, é curioso também notar que estes sujeitos só são inequivocamente contra-interessados por via do alargamento da legitimidade, operado pelo CPTA, aos beneficiários de actos consequentes. É que o STA não admitia, ao abrigo da lei processual anterior, a chamada necessária destes sujeitos como contra-interessados, nem sequer como intervenientes acessórios do lado passivo, isto é, excluía aqueles que fossem adquirentes de lotes, ou titulares de direitos sobre fracções autónomas que resultassem de um prévio acto de licenciamento por parte da Administração⁶².

Efectivamente, neste tipo de situações, será o promotor da operação urbanística que é inequivocamente contra-interessado, pois será na sua esfera jurídica que se vão projectar

momento em que o processo foi proposto não apareciam como possíveis prejudicados pela decisão a proferir, mas sendo-o, têm que demonstrar um interesse em agir, para impugnarem a sentença através do recurso de revisão, alegando que foram afectados pela execução da sentença ou estão em vias de o ser”.

⁶¹ Acórdão do STA (Carlos Carvalho), proc. n.º 0185/10.8BELLE-B 01490/17, de 30-05-2019.

⁶² Acórdão do STA (Vitor Gomes), proc. 046912, de 05-04-2001, no seu *leading case* sobre intervenção de terceiros no Processo Administrativo, ainda na vigência da LPTA, quando afirmava: “No recurso contencioso podemos desprezar a hipótese de a iniciativa ser do lado passivo, que seria meramente teórica uma vez que, atendendo ao objecto do recurso contencioso, não se consegue representar que a entidade recorrida ou os recorridos particulares possam alegar qualquer interesse que justifique o chamamento de terceiros como seus associados ou associados do recorrente (artº325º, nº3 do CPC)”. O acórdão do STA (Simões de Oliveira), proc. 042/04, de 09-12-2004, seguiu esta doutrina quando decidiu, relativamente aos indivíduos que tinham celebrado contrato-promessa com os contra-interessados o seguinte: “De qualquer modo, porém, os chamandos têm de ser portadores de um interesse directo contrário ao provimento do recurso contencioso, o que não é, decididamente, o caso dos pretendidos intervenientes. Se é certo que o recurso contencioso visa a anulação do licenciamento municipal de 5 blocos de apartamentos, emitido em favor da empresa demandada como recorrida particular, e que a mesma tinha prometido vender alguns desses apartamentos, através dos contratos-promessa juntos aos autos, os promitentes compradores emergem como portadores de um interesse meramente indirecto ou reflexo na manutenção na ordem jurídica do acto de licenciamento – tanto mais que não houve tradição da coisa e, por consequência, não lhes assiste direito de retenção (art. 755º, nº 1, al. f), do C. Civil). A simples expectativa (que realmente existe, ao contrário do que a sentença afirmou) não é todavia suficiente para qualificar o seu interesse em intervir como contra-interessados”.

directamente os efeitos da anulação, mas, quanto aos indivíduos que ulteriormente adquirem direitos com base em tal operação, tais efeitos apenas se vão repercutir de forma indirecta no seu círculo de interesses. Ora, enquanto os primeiros estariam cobertos pelo primeiro critério legitimante, já previsto na lei anterior – aqueles “a quem o provimento do processo impugnatório possa directamente prejudicar”, os segundos só agora, com o artigo 57.º do CPTA, ficam abrangidos – aqueles “que tenham legítimo interesse na manutenção do acto impugnado”.

Este alargamento significativo do universo dos contra-interessados não será tão benigno como à partida poderia supor-se, pois tem consequências perniciosas no que tange à estabilidade do julgado e à promoção da segurança jurídica. Repare-se que o círculo destes sujeitos pode estender-se muito para além de titulares de direitos de natureza jurídico-pública, adquiridos em momento ulterior na sequência de determinada operação urbanística. Nestas acções podem figurar também, e têm sido citados como contra-interessados, titulares de outros direitos de natureza jurídico-privada, como os bancos que financiaram os empréstimos tendentes à aquisição dos lotes ou fracções autónomas edificadas no terreno a lotear. Seria, assim, importante conceber-se uma intervenção calibrada e articulada destes terceiros no processo administrativo⁶³, por forma a que o recurso de revisão não se converta num elemento tóxico do sistema.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919x8b/streaming.html?locale=pt>

⁶³ Justificar-se-ia, sobretudo, nestas situações, admitir-se a intervenção meramente acessória por parte destes sujeitos, possibilidade que, de resto, o CPTA parece admitir, quando prevê, em termos muito amplos, a aplicação subsidiária da lei processual civil em matéria de intervenção de terceiros (n.º 10, artigo 10.º CPTA), cfr. FRANCISCO PAES MARQUES, *Conflitos...cit.*, p. 559 e seguintes.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



6. Obra pública ilegal e restauração natural

Jorge Pação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. OBRA PÚBLICA ILEGAL E RESTAURAÇÃO NATURAL¹

Jorge Pação*

Apresentação *Power Point*
Vídeo

Apresentação *Power Point*



¹ Apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O tema e suas origens

- Construção ilegal de obra pública em bem imóvel titulado por privado;
- Manutenção da obra pública (e da natureza pública do bem), ainda que se reconheça a ilegalidade da actuação?
- **Princípio da intangibilidade da obra pública:** recusa de reconstituição natural.

Conseil d'État, 7 de julho de 1853 (Robin de la Gruimaudière):

«L'ouvrage public mal planté ne se détruit pas»

O tema e as suas origens

- **Prevalência do interesse público;**
- **Protecção do erário público;**
- Limitação ao poder judicial: “condenação à destruição”.

O tema e as suas origens

- Princípio do direito das expropriações;
 - Apropriação irregular (ilegalidade simples ou “leve”); expropriação indireta (tomada de posse ilegal seguida de atuação administrativa conforme ao ordenamento);
 - Situações de *via de facto*.
-

Os elementos

O conceito de obra pública

- Bem imóvel;
- Resultante de uma atividade de execução;
- Afecto a uma ou mais utilidades públicas.

Obra pública enquanto bem público imóvel intangível (domínio público ou domínio privado indisponível)

Os elementos

O direito à *reconstituição natural*

- Princípio geral da reconstituição natural;

(artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007 / 562.º do Código Civil);

- «A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos **ou seja excessivamente onerosa.**»

(artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 67/2007 / 566.º, n.º 1 do Código Civil).

Evolução do princípio no seu “lugar de origem”: de intangível a tangível...

Condenação à demolição de obra pública implantada na sequência de expropriação indireta.

(Acórdão do Conseil d'État, *Baudon de Monu*, 6 de janeiro de 1994)

Ponderação das vantagens e desvantagens, para o interesse público e privado, da manutenção ou demolição da obra pública.

(Acórdão *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes*, de 29 de janeiro de 2003)



[Acórdão do TEDH, de 11 de outubro de 2005 \(Dora Chirò v. Itália, proc. n.º 65272/01\)](#)

[Acórdão do TEDH, de 22 de dezembro de 2009 \(Guiso-Gallisay v. Itália, proc. n.º 58858/00\)](#)



Jurisprudência

Sobre o mérito

«a afirmação da vigência desse princípio, mesmo com o âmbito limitado referido, apenas será tolerável na medida em que ele for contabilizável com as normas e princípios constitucionais. Porém, como já se referiu, **é em sede executiva que se poderá apreciar se há obstáculo à execução.**

Assim, **não pode, em sede declarativa, afastar-se a imposição da restauração natural com base naquele princípio.»**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de janeiro de 2008, proc. n.º 0853/07



Jurisprudência

Sobre o mérito

Ponderação dos interesses, públicos e privados, e do seu conflito no caso concreto, tendo-se decidido que a restituição do imóvel seria substituída pelo seu equivalente em dinheiro (indenização).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de maio de 2011, proc. n.º 666/03.0



Jurisprudência nacional

Sobre o mérito

«O princípio geral da intangibilidade da obra pública é susceptível de ser invocado em situações em que a entidade expropriante **agiu de boa fé ou com culpa leve**, podendo justificar que, em lugar da restituição do prédio ocupado, se atribua ao interessado uma indemnização correspondente ao seu valor expropriativo.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de abril de 2015, proc. n.º 100/10.0

Jurisprudência nacional

Sobre o mérito

«Nos casos, como o dos autos, em que haja uma usurpação grosseira, um atentado à propriedade imbuído de **ilegalidade flagrante, não tem sentido convocar o denominado «princípio da intangibilidade da obra pública», justificando-se o reconhecimento do direito de propriedade e a manutenção e/ou restituição da posse da parcela de terreno ocupada.»**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de fevereiro de 2015, proc. n.º 742/10.2

Jurisprudência

Sobre a jurisdição

Princípio da intangibilidade da obra pública considerado por diferentes jurisdições à boleia do “pedido”:

- E.g. Fixação de indemnização por expropriação; ação de reivindicação (*tribunais judiciais*).
- E.g. Condenação à abstenção de comportamento (execução de obra em terreno privado) e à reposição do terreno no estado em que se encontrava antes do início das obras; ação de responsabilidade por facto ilícito (*tribunais administrativos*).

[Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 16 de fevereiro de 2012, proc. n.º 020/11](#)

[Acórdão do Tribunal dos Conflitos, de 20 de novembro de 2014, proc. n.º 046/14](#)

[Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 16 de dezembro de 2016, proc. n.º 027871/13.1](#)

Principais questões

- Princípio da intangibilidade da obra pública: ausência de norma da qual resulte explicitamente esse princípio;
 - Extração do princípio por indução a partir de outras normas jurídicas do sistema?
 - ~~Princípio da intangibilidade da obra pública~~ / proteção da utilidade pública.
-

Principais questões

- Efeito putativo de atuações de facto ilegal: proteção jurídica da utilidade pública prosseguida pelo bem construído ilegalmente em terreno privado;
 - Proteção da utilidade pública apenas como um dos elementos a ponderar num juízo ao abrigo do princípio da proporcionalidade;
 - Reconstituição natural é «excessivamente onerosa»?
-

Proteção da utilidade pública prosseguida pelo bem
 (afetação fática)

Relevância da utilidade pública prosseguida

Dificuldade na colocação de outro bem imóvel ao
 “serviço” dessa utilidade

Prejuízo para o erário público com a restituição

O “grau” de ilegalidade

O “grau” de culpa

O grau de restrição do direito de propriedade

Principais questões

Ponderação que não deve ficar limitada a casos de expropriação ilegal, sendo de aplicar a outras modalidades de aquisição de bens públicos?

E.g. compra e venda; doação; usucapião; cedência de bens ao abrigo do artigo 44.º do RJUE.

Agradecido pela atenção

jorgepacao@fd.ulisboa.pt



ULISBOA | UNIVERSIDADE DE LISBOA

ICJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919xcp/streaming.html?locale=pt>



7. A informação prévia favorável e a aprovação do projeto de arquitetura face à alteração superveniente dos pressupostos de direito

António Duarte de Almeida

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. A INFORMAÇÃO PRÉVIA FAVORÁVEL E A APROVAÇÃO DO PROJETO DE ARQUITETURA FACE À ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DOS PRESSUPOSTOS DE DIREITO¹

António Duarte de Almeida *

Apresentação *Power Point*
Vídeo**Apresentação *Power Point***

Direito do Urbanismo

A informação prévia favorável e a aprovação do projeto de arquitetura face à alteração superveniente dos pressupostos de direito

António Duarte de Almeida
Advogado | aalmeida@cdaa.pt

CAMPOS DUARTE DE ALMEIDA ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS S.R.L.

Av. António Augusto Aguiar, n. 90, 5º | 1069-086 Lisboa
Tel: +351 213 655 058 | www.cdaa.pt

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

¹ Apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

* Advogado.

A informação prévia favorável.

- A informação prévia enquanto ato administrativo que conclui um procedimento administrativo.
- O conteúdo da informação prévia favorável:
 - Informação vinculativa sobre a possibilidade de realizar determinadas operações urbanísticas e em que condições, desde que o projeto corresponda aos elementos objeto de apreciação e pronúncia.
- O carácter plástico ou flexível do conteúdo da informação prévia, tendo em conta a conexão ao pedido.

A informação prévia favorável

- A informação prévia favorável enquanto ato que projeta os seus efeitos para o futuro (1 ano, pelo menos).
- A eventualidade de alterações normativas.
- Indícios da sensibilidade do legislador à influência da dinâmica normativa sobre o valor da informação prévia: a continuação do procedimento, nos termos do art. 17º/5 RJUE (o procedimento de informação prévia suspende, nos termos do artigo 145º/1 do RJIGT).

A informação prévia favorável

- A qualificação da informação prévia como ato administrativo prévio.
- Alguma indeterminação dos contornos da figura
 - É emitido em momento anterior ao do ato que produz efeitos permissivos;
 - Não tem de apreciar todas as condições para a prática do ato que produz efeitos permissivos, mas as que aprecia vinculam;
 - Não permite o exercício imediato (os seus efeitos projetam-se em novo procedimento).

A informação prévia favorável

- A questão da superveniência de normas:
 - A informação prévia favorável parece indiciar que o momento relevante para a determinação das condições de validade do licenciamento é o da emissão do ato administrativo prévio e não o da emissão da licença.

A aprovação do projeto de arquitetura

- A existência de diferenças entre a informação prévia favorável e o projeto de arquitetura, já que se trata do ato que consome toda a apreciação relativa à conformidade do projeto com o plano urbanístico aplicável.
- Ou seja, trata-se de um ato que decide em definitivo da conformidade do pedido face às regras urbanísticas vigentes naquele momento.

A aprovação do projeto de arquitetura

- O licenciamento assume uma natureza meramente declarativa face a definição constitutiva da apreciação arquitetónica/urbanística operada pela aprovação do projeto de arquitetura.
- Ou seja, a aprovação do projeto de arquitetura é um ato que decide em definitivo da conformidade do pedido face às regras urbanísticas vigentes naquele momento.

A aprovação do projeto de arquitetura

- A aprovação do projeto de arquitetura, diferentemente da informação prévia favorável, resiste à qualificação como ato administrativo prévio.
- A aprovação do projeto de arquitetura parece reunir características do ato administrativo prévio e do ato administrativo parcial: daquele, a inexistência de efeito permissivo ou da possibilidade de exercício imediato; deste, a pronúncia final sobre uma parte (a principal parte) do objeto da apreciação administrativa.

A aprovação do projeto de arquitetura

- O que releva, tal como acontece com a informação prévia favorável relativamente aos aspetos objeto de apreciação vinculativa, é que a aprovação do projeto de arquitetura corresponde ao momento que o direito substantivo qualifica como constitutivo da situação jurídica.

A eficácia dos planos urbanísticos

- Os planos urbanísticos seguem, no essencial, o regime dos regulamentos administrativos.
- Os regulamentos estão sujeitos ao princípio da legalidade quer na vertente preferência de lei quer na vertente reserva de lei:
 - Desta última vertente resulta a proibição da retroatividade regulamentar (art. 141º CPA).
 - A introdução de efeitos retroativos na ordem jurídica pressupõe habilitação legal específica.
 - Existem exceções, naturalmente: regulamentos que executem leis retroativas, regulamentos meramente procedimentais, regulamentos totalmente favoráveis (eventualmente).

A eficácia dos planos urbanísticos

- A proibição de eficácia retroativa aplica-se também aos planos urbanísticos.
- Convém determinar o que se deve entender por retroatividade:
 - A norma nova atinge os efeitos de direito já produzidos pela situação jurídica ao abrigo da norma antiga. Trata-se de efeitos já esgotados.
 - Não existe retroatividade quando a norma nova abrange os efeitos de direito produzidos pela situação jurídica ao abrigo da norma antiga, que ainda se mantêm (retroatividade imprópria).

A eficácia dos planos urbanísticos

- Assim, os planos urbanísticos apenas produzem efeitos para o futuro.
- As novas disposições do plano não atingem os efeitos jurídicos (que se tenham entretanto esgotado) criados por situações jurídicas ao abrigo das antigas disposições do plano: os efeitos de direito resultantes de atos de gestão urbanística que tenham definido as pretensões urbanísticas dos interessados não são afetados pelas novas disposições normativas.

A eficácia dos planos urbanísticos

- A possibilidade dos planos urbanísticos acolherem disposições de direito transitório não releva da proibição de atribuição de eficácia retroativa mas antes da necessidade de regulação específica dos efeitos de direito produzidos por situações jurídicas ao abrigo do plano antigo e que ainda se mantêm.
- Tais efeitos seriam, por aplicação das regras gerais, abrangidos pelas disposições constantes do plano novo (retroatividade imprópria).

A eficácia dos planos urbanísticos

- As disposições de direito transitório visam, de alguma forma, adequar os efeitos novos de situações antigas ao novo regime jurídico constante do plano novo.
- Direito transitório formal (normas meramente remissivas);
- Direito transitório material (regime jurídico substantivo).

A eficácia dos planos urbanísticos

- Na minha opinião, as disposições de direito transitório constantes dos planos urbanísticos não permitem ultrapassar a proibição legal de produção de efeitos retroativos.
- Ao que julgo, tal é confirmado pelo regime do artigo 171º do RJIGT: a regulação diferenciada dos efeitos da informação prévia favorável válida ou da aprovação do projeto de arquitetura assume natureza idêntica ao de uma expropriação, gerando o dever de indemnizar.

A eficácia dos planos urbanísticos

- A licitude da decisão de atribuir efeitos retroativos a disposições novas do plano fica dependente da indemnização dos titulares, como se de uma expropriação se tratasse.
- Deste modo, o problema desloca-se do regime da aplicação das normas no tempo, para o regime da imposição coerciva, através de medidas ablativas, da nova configuração do interesse público urbanístico.

O princípio 'tempus regit actum'

- A aplicação do princípio (fórmula?) 'tempus regit actum' aos atos de gestão urbanística é sustentado genericamente quer pela jurisprudência quer pela doutrina.
- No caso das licenças e autorizações, artigo 67º do RJUE, com a compressão expressa das situações do artigo 60º.
- Normalmente atribui-se a este princípio o seguinte significado: os atos de gestão urbanística regem-se pelas normas em vigor no momento em que são praticados, independentemente da natureza das situações a que se reportam e das circunstâncias que precederam a sua adoção.

O princípio 'tempus regit actum'

- Não julgo que tal sentido colocasse qualquer problema se se mantivesse no plano procedimental, ou seja, se as normas supervenientes apenas regulassem aspetos do procedimento.
- Nesse caso, como acontece normalmente com as normas processuais, parece fazer sentido a sua aplicação imediata aos atos que forem sendo praticados.
- Já não será necessariamente assim se as normas supervenientes regularem aspetos substantivos.

O princípio 'tempus regit actum'

- A questão que se coloca é a de saber qual o momento de referência para a aplicação do princípio 'tempus regit actum'.
- Usualmente a resposta é a seguinte: o critério temporal para determinação das disposições normativas aplicáveis é o do momento em que foi praticado o ato que define a pretensão urbanística do particular – logo, o princípio 'tempus regit actum' tem por referência o ato administrativo formal definidor (a licença ou a autorização ou a informação prévia).

O princípio 'tempus regit actum'

- Na verdade, esta posição parte de um pressuposto que não parece correto.
- É que, muitas vezes, o conteúdo definidor das situações jurídicas urbanísticas é constituído em momento anterior àquele em que o ato administrativo formal definidor é emitido (é assim necessariamente no caso da aprovação do projeto de arquitetura e pode ser assim no caso da informação prévia favorável).

O princípio 'tempus regit actum'

- Nestas situações parece que a componente constitutiva (aquela que introduz modificações na ordem jurídica) não resulta do ato formal definidor mas de um ato ou de um facto anterior.
- Ora, pode acontecer (e acontece) que sobrevenham novas disposições normativas entre o momento da ocorrência do acto ou facto constitutivo e o momento da edição do ato administrativo formal definidor (licença ou autorização).

O princípio 'tempus regit actum'

- É necessário ter em conta a componente procedimental dos atos de gestão urbanística que evidenciam uma composição gradual do conteúdo do ato administrativo definidor. A licença e a autorização não são atemporais.
- O sentido do princípio 'tempus regit actum' não pode deixar de atender a essa componente gradualista de composição do conteúdo da licença ou da autorização.

O princípio 'tempus regit actum'

- Deste modo, o princípio 'tempus regit actum' deve ser interpretado no sentido de determinar a aplicação das disposições normativas novas ou das disposições normativas antigas consoante o momento em que ocorreu o ato ou o facto considerado determinante pelo direito substantivo para a constituição da situação jurídica-urbanística em causa.
- E esse momento não é, necessariamente, o momento em que é praticada a licença ou a autorização.

O princípio 'tempus regit actum'

- A adequada interpretação do princípio 'tempus regit actum' pode impor que não se apliquem as normas em vigor à data da prática do ato formal definidor, mas antes as disposições normativas que vigoravam no momento em que ocorreu o facto ou foi praticado o ato determinante para a constituição da situação jurídica-urbanística com tal conteúdo. As disposições normativas que regeram o momento constitutivo da situação-jurídica urbanística já não estarão em vigor nem regerão os factos novos do momento em que o ato formal definidor é praticado .

O princípio 'tempus regit actum'

- Parece, portanto, que o próprio princípio 'tempus regit actum' determina a vigência de disposições normativas já revogadas associadas ao momento da ocorrência do ato ou facto constitutivo.
- Tal acontece, portanto, quando o ato formal definidor tem um conteúdo jurídico-urbanístico essencialmente declarativo, dado que o efeito constitutivo da situação jurídica ocorreu anteriormente e ao abrigo de disposições normativas diferenciadas.

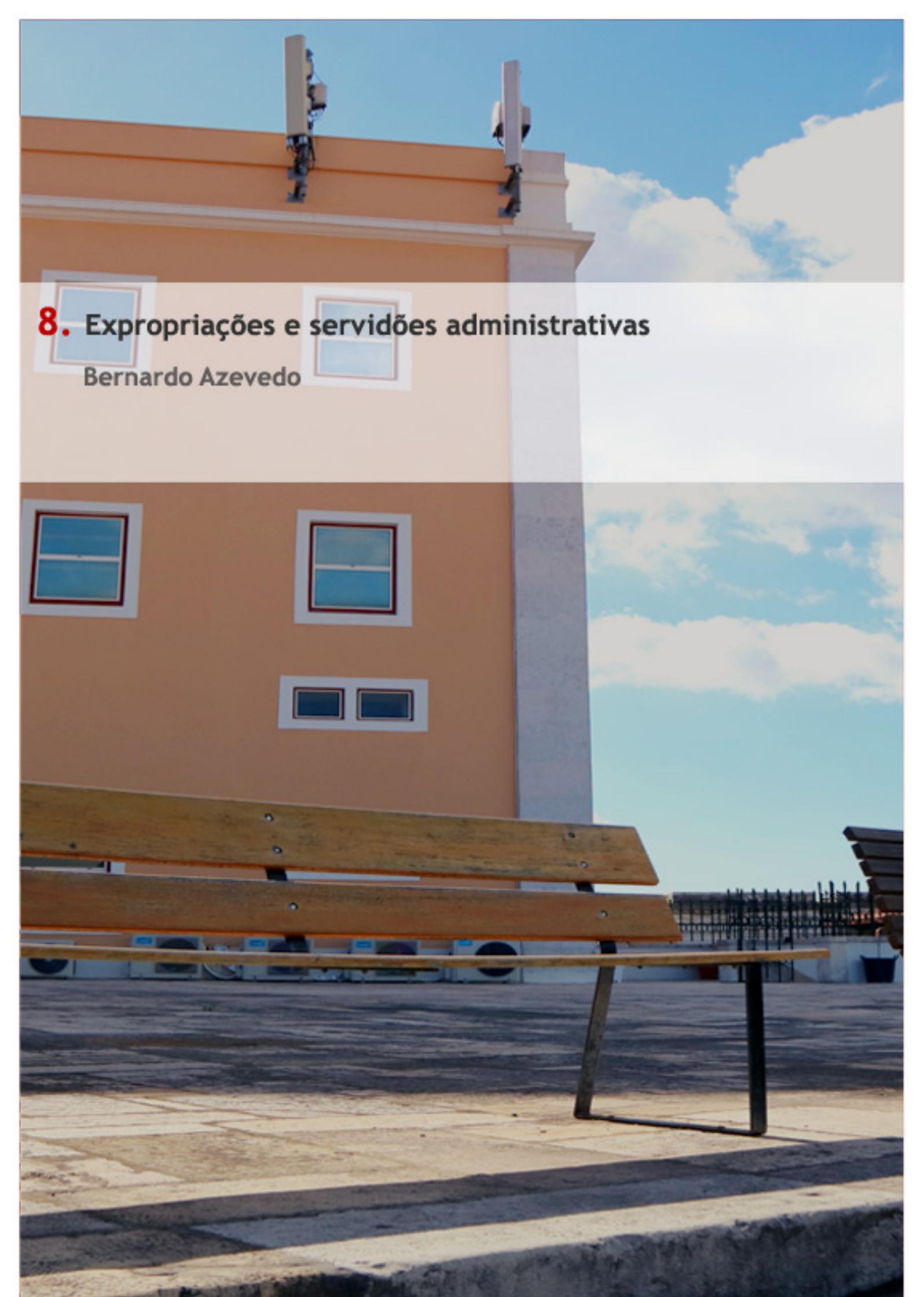
O princípio 'tempus regit actum'

- A aplicação integral desta interpretação à aprovação do projeto de arquitetura.
- A aplicação ponderada desta interpretação à informação prévia favorável (dada a plasticidade do seu conteúdo e a indeterminação do relacionamento com o ato administrativo definidor formal).

Vídeo da apresentação



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/1tm6919xku/streaming.html?locale=pt>



8. Expropriações e servidões administrativas

Bernardo Azevedo

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. EXPROPRIAÇÕES E SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS**1

Bernardo Azevedo*

1. Nota introdutória
 2. Servidão administrativa e figuras afins
 - 2.1. Servidão administrativa e expropriação por utilidade pública
 - 2.1.2. Os pressupostos de indemnizabilidade da imposição de servidões administrativas
 - 2.2. Servidão de direito público e restrições de utilidade pública
 - 2.3 - Servidão de direito público e direitos de uso público
 3. Modos de constituição e de extinção das servidões administrativas
 - 3.1. Modos de constituição de servidões administrativas
 - 3.2. Procedimento(s) administrativo(s) a que deve obediência a imposição de servidões administrativas
 - 3.3. Modos de extinção de servidões administrativas
 4. Tutela das servidões administrativas
 - 4.1. Inalienabilidade
 - 4.2. Imprescritibilidade
 - 4.3. Autotutela
- Vídeo

1. Nota introdutória

A servidão administrativa emerge, no essencial, como um instituto jurídico dominado pelo signo da incerteza e indefinição, o que impõe que qualquer reflexão sobre este direito real parciário de natureza jurídico-pública se centre, num primeiro momento, na respectiva delimitação conceptual por relação às figuras jurídicas que do mesmo mais se aproximam, ameaçando a sua afirmação enquanto instituto de direito público autónomo e perfeitamente individualizado.

Neste contexto, importará, sobretudo e em primeira linha, distinguir a servidão administrativa da expropriação por utilidade pública (analisando, concomitantemente, os pressupostos de que se faz depender a respectiva indemnizabilidade) e, bem assim, das limitações ou restrições de utilidade pública ao direito de propriedade privada, uma vez que é nesta dupla diferenciação que, afinal, se joga a preservação da sua própria consistência ontológica; já noutro plano, mas ainda movidos pela intencionalidade de proceder à definição dos contornos essenciais da servidão de direito administrativo, cumpre, ainda, distingui-la dos direitos de uso público, dado que também por relação a esta figura, não obstante o seu relativo desconhecimento por parte da nossa doutrina e também da nossa jurisprudência, se levantam dúvidas consistentes pelo que respeita aos critérios a eleger em ordem à afirmação da respectiva autonomia recíproca.

** Apresentação decorrida na Ação de Formação “Direito do Urbanismo”, no Centro de Estudos Judiciários, em 12 e 13 de abril de 2018.

¹ Este texto já foi publicado em: Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos (Volume I), 2012, Almedina, p. 337- 433.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O desenvolvimento desta tarefa permitir-nos-á definir os principais traços de regime que concorrem para a modelação da servidão administrativa como um específico instituto de direito público, que não se deixa, enquanto tal, subsumir em nenhuma das figuras jurídico-publicísticas que o cercam e que de comum com a figura homóloga de direito civil [de que constitui uma espécie de «inverso especular» (M. S. GIANNINI)] apenas apresenta a respectiva estrutura (de que, no essencial, é herdeiro).

Num segundo momento, intentaremos definir a disciplina jurídica aplicável à servidão administrativa, analisando os seus modos de constituição e extinção e, finalmente, as suas formas de tutela, sublinhando, neste particular, a sua especial subordinação ao regime enformador da dominialidade pública e isto porquanto a servidão administrativa se analisa, sempre e em qualquer caso, na imposição de um especial encargo a um fundo privado em homenagem, justamente, à utilidade pública corporizada num bem público.

De tudo resultará que a servidão administrativa se particulariza fundamentalmente por obedecer a uma disciplina jurídico-normativa “compósita”, isto é, que decorre, em simultâneo e de forma articulada, da sua caracterização como procedimento ablatório de carácter real e servidão dominial². Precisando melhor, as servidões de interesse público tipificam-se, justamente, pela sua subordinação a um regime jurídico que é dominado, a título principal, pelos princípios enformadores dos procedimentos ablatórios de natureza real e da dominialidade pública e, a título subsidiário, pelos princípios aplicáveis às servidões de direito privado.

2. Servidão administrativa e figuras afins.

2.1. Servidão administrativa e expropriação por utilidade pública

A distinção entre servidão administrativa e expropriação por utilidade pública reveste-se, na actualidade, de uma especial delicadeza, tendo-se diluído os contornos de facilidade que apresentava em tempos não muito distantes. Este embaraço, em estabelecer as fronteiras entre as figuras da servidão de interesse público e da expropriação, é de imputar à «evolução expansiva»³ que, no contexto do Estado de Direito Social, conhece o instituto da expropriação

² V., sobre os «procedimentos reais ablatórios», caracterizados, justamente, pese embora a sua heterogeneidade, por um duplo efeito comum «apropriativo» e «privativo» – privação (total ou parcial) de um direito subjectivo real privado sobre a coisa e correspondente atribuição, as mais das vezes a um ente público, de um direito real (pleno ou limitado) sobre a mesma –, que concorre para a sua tipificação e possibilita a respectiva submissão a um conjunto de princípios coerentes (mormente pelo que respeita aos seus pressupostos, procedimento institutivo e correlativa indemnizabilidade), M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, 1993, p. 695 a 801 (e, especificamente pelo que se prende com os procedimentos reais ablatórios, p. 710 a 767), qualificando-os como «a categoria mais antiga, mais importante e mais articulada de procedimentos administrativos e que, segundo alguns, são mesmo os procedimentos administrativos por excelência, aqueles que, na sua substância, não podem deixar de existir em qualquer ordenamento geral».

³ A expressão é retirada de A. NIETO, *Evolucion expansiva del concepto de la expropiacion forzosa*, RAP, 1962, p. 67, sendo justamente esta evolução, em que está latente a ideia de que o *debitum* é conjugável

por utilidade pública, o qual passa a ser entendido, não apenas como «a prerrogativa do Estado que lhe permite, por iniciativa de uma pessoa pública ou privada, com um fim de utilidade pública e mediante o respeito de um certo número de garantias de procedimento e de fundo, *constranger uma pessoa pública ou privada a ceder a propriedade de um imóvel ou de um direito real imobiliário a uma pessoa pública ou privada*» (J. M. AUBY / P. BON)⁴, mas, igualmente, como a simples mutilação ou «privação (...) de algumas faculdades ou irradiações da propriedade» (F. ALVES CORREIA)⁵. Ora, é exactamente esta dilatação da noção de expropriação que vai dificultar a sua delimitação de outras figuras identicamente ablativas e limitativas do direito de propriedade, como sucede, designadamente, com a servidão de direito público⁶.

Convém, porém, salientar que, apesar deste entendimento amplo do conceito de expropriação (de matriz, essencialmente, germânica) se ter projectado muito para além do seu espaço de origem (vejam-se, por exemplo, os casos de Itália, Espanha e Portugal)⁷, há ainda ordenamentos jurídicos que resistem a esta concepção alargada do instituto expropriatório⁸ e

com o *licitum* (D. BARBERO), ou seja, de que um direito (seja ele de propriedade ou não) pode ser ordenado a um princípio de função (S. CASSESE), que leva à consideração da propriedade, enquanto «instrumento de realização de uma complexa e poliédrica função social» (S. PUGLIATTI), como «bundle of rights» (R. T. ELY) ou «indefinite residuum» (J. R. COMMONS). V., sobre a função social da propriedade, S. CASSESE, *I beni pubblici (circolazione e tutela)*, 1969, p. 101 e 102 (n. 25 bis).

⁴ Cfr., exactamente assim, J. M. AUBY / P. BON, *Droit administratif des biens*, 1993, p. 330.

⁵ Para lá desta ampliação relativa ao seu *conteúdo* (que não é imperioso que se traduza na ablação da propriedade, bastando a simples amputação de faculdades relevantes daquele direito), o conceito de expropriação sofre ainda uma extensão no que toca ao seu *objecto* (que deixa de ser exclusivamente a propriedade de imóveis para ser qualquer direito de conteúdo patrimonial); *beneficiários* (que não têm que ser necessariamente entidades públicas, sendo suficiente um sacrifício da esfera jurídico-patrimonial do expropriado em prol de terceiros) e *acto constitutivo* (que nada impede que seja a lei em lugar do tradicionalmente exigido acto administrativo), cfr., nestes precisos termos, F. ALVES CORREIA, *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, 1982, p. 39 a 41, que sustenta, secundando F. OSSENBÜHL, que «o conceito clássico de expropriação é hoje apenas uma categoria histórico-jurídica».

⁶ Assim, v. F. ALVES CORREIA, (n. 4), p. 79 e, ainda, em *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. II, 2010, p. 131 a 138, que considera colocar a expropriação de sacrifício, entendida como mutilação da esfera jurídico-patrimonial do particular, «problemas angustiosos de delimitação em relação a outros actos estaduais que incidem sobre a propriedade (...)», o que já não aconteceria com a expropriação enquanto «privação e aquisição de um bem do particular», a qual nenhuns problemas poria de «delimitação e de definição (...) em relação aos actos que impõem vínculos ou limites ao direito de propriedade».

⁷ Desta transcendência da figura da expropriação de sacrifício em relação à doutrina e à jurisprudência alemãs, pioneiras na sua formulação, são testemunho: em Itália, A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1, XV ed., 1989, p. 143 e 2, XV ed., 1993, p. 825 a 828; *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, RTDP, 1961, p. 823 a 830 e, ainda, *Profili costituzionali della proprietà privata*, RTDPC, 1972, p. 479 a 482; G. SANTANIELLO, *Espropriazioni anomale*, in *EdD*, p. 904 a 912; G. ZAGREBELSKY, *Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes*, in *AJJC*, 1985, p. 222 a 224; e F. BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, 1965, p. 379 e ss, 384 e ss, 401 e ss, 410 e ss e *passim*; em Espanha, E. GARCIA DE ENTERRIA / T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 1993, p. 236 a 242 e A. NIETO, (n. 2), p. 85 a 90; e, finalmente, entre nós, F. ALVES CORREIA, (n. 4), p. 39 a 46 e 77 a 80 e, também, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, 1990, p. 471 a 473 e 491 a 494.

⁸ Estamos a pensar, obviamente, no caso francês, cujas doutrina e jurisprudência permanecem fieis ao conceito tradicional de expropriação, particularmente se considerarmos que este integra a subtracção de direitos reais menores para além da privação do direito de propriedade. Nestes termos, cfr. J. M.

que, mesmo no interior dos sistemas dominados pela ideia de expropriação de sacrifício ou de valor, são ainda significativas as posições de discordância por relação a esta forma de conceber o instituto expropriatório⁹.

De qualquer modo, parece-nos que, conquanto não se devam subestimar as acrescidas dificuldades de delimitação que em relação à servidão administrativa coloca o instituto expropriatório quando configurado como expropriação de sacrifício, a preservação da autonomia substancial do conceito de servidão de interesse público é independente da opção por um conceito amplo ou restritivo de expropriação.

No entanto, para assim ser (como nos parece desejável), é forçoso que se encerre dentro dos seus justos limites a teoria da expropriação de valor e que se evitem as suas formulações que conduzam, ainda que insensivelmente, ao apagamento da identidade própria de institutos que, por não agredirem a esfera patrimonial privada com a intensidade e a profundidade

AUBY / P. BON (n. 3), p. 330; C. DEBBASCH / J. BOURDON / J. PONTIER / J-C. RICCI, *Droit administratif des biens*, 1994, p. 189; P. GODFRIN, *Droit administratif des biens*, 1994, p. 301, que define a expropriação como «o procedimento pelo qual uma pessoa pública impõe a um proprietário a cessão de um direito, a mais das vezes imobiliário, com um fim de utilidade pública e mediante o pagamento de uma justa e prévia indemnização».

⁹ É o que sucede, desde logo, no seio da própria doutrina germânica, em que há Autores que se manifestam declaradamente por uma recuperação da noção tradicional de expropriação, v., por todos, R. MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, 1992, p. 42 e A. NIETO, (n. 2), p. 123, que afirma ser esta a posição de DÜRIG contra o «ambicioso imperialismo da moderna ideia de expropriação». O mesmo ocorre, aliás, em Itália, sendo este o entendimento perfilhado, designadamente, por M. S. GIANNINI, (n. 1), p. 724 a 728, que apoda, contundentemente, de «cientificamente inexistente» a «pseudo problemática» relativa à expropriação anómala ou larvada, da qual nem sequer em sentido «a-técnico ou profano» seria dado falar-se, por isso que descansa sobre a ideia, inadmissível, da expropriação como limitação, e não já como extinção, do direito de propriedade. Por fim, também entre nós, não escasseiam aqueles que sustentam um entendimento restritivo do conceito de expropriação por utilidade pública, cingido à mera amputação ou extinção de direitos, o qual em nada diferiria do instituto homólogo do direito civil. Cfr., neste último sentido, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre expropriações e nacionalizações*, 1989, p. 35 a 37, que defende que «o instituto da expropriação é uno, na nossa ordem jurídica», não havendo, por esse motivo, qualquer necessidade de elaborar um conceito constitucional de expropriação distinto do da lei ordinária (à semelhança do que fizeram os intérpretes alemães), pois este «é um dos pontos em que as nossas realidades impõem que nos afastemos da doutrina alemã»; v., igualmente, R. MEDEIROS, ob. cit., p. 274 a 279 e, ainda, M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 1980, p. 1020, que define a expropriação por utilidade pública como «a relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis em um fim específico de utilidade pública, extingue os direitos subjectivos constituídos sobre eles e determina a sua transferência definitiva para o património da pessoa a cujo cargo esteja a prossecução desse fim, cabendo a esta pagar ao titular dos direitos extintos uma indemnização compensatória». Sobre o conceito civilístico de expropriação, cfr. F. A. PIRES DE LIMA / J. M. ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, vol. III, 1987, p. 105 a 108, que criticam a noção proposta por M. CAETANO, porquanto constituiria uma clara *contradictio in terminis* afirmar-se que a expropriação opera, *uno acto*, a extinção dos direitos constituídos sobre imóveis e a sua transferência definitiva para o património de um terceiro. Na verdade, «se os direitos constituídos sobre os bens se extinguíssem, não poderia logicamente haver transferência deles; e, se há transferência, é porque pelo menos um desses direitos (o de propriedade sobre a coisa) se não extinguiu.» (F. A. PIRES DE LIMA / J. M. ANTUNES VARELA). Os Autores adoptam, conseqüentemente, por se mostrar mais rigorosa, a concepção de S. PUGLIATTI, que vê na expropriação um caso de transmissão coactiva típica.

características da expropriação, são credores de um estatuto jurídico privativo no contexto das figuras limitativas de direito reais privados¹⁰.

No fundo, para compatibilizar a doutrina da expropriação de sacrifício com o estatuto de autonomia dogmática que aqui se reivindica para a servidão de utilidade pública, é imperioso que se afinem, a um tempo, as noções de expropriação de valor e a sua correlativa de limitação social ao direito de propriedade. Desde logo, importa, como condição necessária, ainda que não suficiente, reservar o conceito amplo de expropriação apenas para aquelas intervenções autoritárias dos poderes públicos que sejam de molde a reduzir o direito de propriedade a um *nudum ius*¹¹, ao que acresce, a título complementar, que somente se incluam entre as vinculações sociais ao direito de propriedade aquelas suas limitações que se achem despojadas de qualquer significado patrimonialmente relevante para o respectivo titular.

Só nestes termos é possível criar um espaço - destinado a integrar os institutos (neles se contando a servidão de interesse público) que se intercalam entre a expropriação de sacrifício e as limitações sociais ao direito de propriedade - que contrarie a redutora lógica

¹⁰ Referimo-nos concretamente aquelas posições que adoptam uma concepção de tal maneira alargada da noção de expropriação de sacrifício que acabam por a transformar num instrumento omnicompreensivo de todas as ingerências jurídico-públicas que têm por efeito a privação ou a simples limitação de direitos patrimoniais na titularidade de particulares. De harmonia com esta construção, apenas teríamos, de um lado, agressões de posições patrimoniais privadas imediatamente filiáveis numa aceção ampla de expropriação e, de outro lado, compressões toleráveis do direito de propriedade privada (ou de outros direitos reais menores na titularidade de particulares), ditadas por imperativo da sua imanente função social. Não deve surpreender, conseqüentemente, que figuras “intermédias” (como, por exemplo, a requisição, a ocupação temporária de bens pela Administração e a própria servidão de interesse público) se dissipem nesta concepção da expropriação de valor.

Sobre esta compreensão do conceito de expropriação de valor, v. F. ALVES CORREIA, (n. 4), p. 63 a 70 e 77 a 80, que, coerentemente, nega a “auto-suficiência” dogmática dos institutos da requisição e da ocupação temporária (que integra no moderno conceito de expropriação), acrescentando ser esta não só a «solução mais lógica e racional», como, também, a que maiores garantias de defesa ofereceria ao particular; cfr., ainda, por todos, do mesmo Autor, (n. 6), p. 326 a 329 e 515 a 528, em que, embora no contexto restrito do direito do urbanismo, coloca um número considerável de servidões administrativas, ora entre as vinculações ou restrições sociais, sem dignidade expropriativa, a que se encontra sujeito o direito de propriedade privada, ora entre as expropriações de sacrifício que, conquanto não operem uma transferência do domínio, provocam uma afectação do conteúdo essencial do direito de propriedade sobre um determinado bem. V., igualmente, numa perspectiva substancialmente idêntica, A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, RTDP, 1961, p. 809 e ss, que começa por agrupar, indistintamente, sob o conceito matricial de vínculo, as múltiplas constricções ao direito de propriedade, para, num momento ulterior, destacar os vínculos de carácter expropriativo dos vínculos ou limitações de natureza não expropriatória.

¹¹ Seguem este entendimento, aliás, a generalidade dos Autores que acolhem a ideia de que a expropriação não se traduz sempre numa «privação coactiva do direito de propriedade» (A. M. SANDULLI), antes resultando, frequentes vezes, do sacrifício «de determinadas posições subjectivas estruturalmente indissociáveis da titularidade da senhoria» (G. SANTANIELLO) sobre um dado bem. Cfr., entre nós, J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1974, p. 298 a 300; J. OSVALDO GOMES, *Plano Director Municipal*, 1985, p. 216, 217 e 229 e, ainda, F. ALVES CORREIA, (n. 6), p. 471 e ss e 491 e ss; v., também, para o direito espanhol, E. GARCIA DE ENTERRIA / T. R. FERNANDEZ, (n. 6), p. 239 e 240; A. NIETO, (n. 2), p. 96 a 98; cfr., por último, para o direito italiano, A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, RTDP, 1972, p. 479 a 482; G. ZAGREBELSKY, (n. 6), p. 222 a 224.

bipolarizadora que se desprende da distinção cortante entre medidas de natureza expropriativa e medidas despidas de efeito expropriatório.

A afirmação deste espaço, vital para a estabilização dogmática da figura da servidão administrativa, é a única forma de se evitar, por um lado, a oscilação conceitual a que ficam sujeitos, consoante a sua concreta energia ablatória, estes institutos matizados - ora assimilados à expropriação, ora identificados com as restrições sociais à esfera patrimonial privada - e, por outro lado, a legitimação da irrelevância indemnizatória de certas lesões do direito de propriedade, as quais, conquanto não atinjam o seu núcleo essencial, representam uma amputação relevante de faculdades constitutivas do direito em causa, não podendo, por essa razão, ser qualificadas, sem mais, como meras vinculações sociais, sem dignidade indemnizatória, a que se encontra adstrito o direito de propriedade individual.

É, pois, justamente neste duplo aspecto que, a nosso ver, pecam a generalidade dos Autores que perfilham a ideia da expropriação de sacrifício. Na medida em que, desde logo, propendem a transformar as limitações impostas ao direito de propriedade, em virtude da sua inerente função social, numa figura residual sob a qual se abriga uma pluralidade heterogénea de institutos (entre os quais avulta a servidão de direito público).

Além desta indesejável consequência de ordem conceitual - subjacente à compreensão das limitações sociais ao direito de propriedade individual como repositório do complexo de figuras que não tenham por efeito esvaziá-lo do seu conteúdo essencial -, de agregar sob um mesmo denominador comum figuras estrutural e funcionalmente distintas, há ainda que acrescentar, o que se nos afigura mais grave, que deste entendimento decorre - como sua implicação de índole prática - o não reconhecimento de dignidade indemnizatória a uma série de agressões ao direito de propriedade privada que, não obstante deixarem incólume o seu cerne, o limitam de forma bastante significativa¹².

Já às correntes doutrinárias que acolhem um conceito clássico de expropriação não pode ser dirigida a crítica de concorrerem para a desfiguração de institutos dotados de individualidade própria. Na verdade, não se pode imputar às concepções tradicionais da expropriação por utilidade pública o mínimo contributo para o apagamento de figuras situadas na zona nebulosa balizada, por um lado, pela expropriação e, por outro lado, pelas limitações sociais ao direito de propriedade. Com efeito, é propósito confesso dos Autores que se inscrevem neste contexto dogmático garantir, através de uma noção restritiva de expropriação, a preservação da integridade de institutos como, por exemplo, os da requisição, ocupação temporária de bens e servidão de interesse público¹³.

¹² V., no sentido proposto, A. PEREIRA DA COSTA, *Servidões Administrativas (Outras Restrições de Utilidade Pública)*, 1992, p. 26 e 53 a 64.

¹³ Cfr., entre nós, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O urbanismo e o direito de propriedade*, in *Direito do Urbanismo*, INA, 1989, p. 325 a 328, em que sustenta que o caminho que conduz a uma construção dualista do instituto expropriatório - distinguindo entre expropriação constitucional e expropriação civil - «nos afasta, muito, dos dados portugueses», porquanto a edificação de um conceito amplo de expropriação para efeitos constitucionais arranca do pressuposto, erróneo, «de que a supressão do direito de propriedade só se poderá verificar através da expropriação; e de que só a expropriação garante a indemnização».

No entanto, mantém-se actual a objecção, oportunamente levantada à doutrina da expropriação de sacrifício, de não recortarem em termos adequados as situações que devem ser acompanhadas de um dever de indemnização por parte dos poderes públicos - por força dos prejuízos causados ao direito de propriedade -, sempre que a sua actuação se consubstancie no uso de uma destas figuras “intermédias”. Esta dificuldade, de larga repercussão prática e comum a ambas as concepções da expropriação, de definir de modo ajustado quais os casos em que a Administração deve ser obrigada ao ressarcimento dos danos provocados aos particulares afectados por um destes instrumentos limitativos do direito de propriedade, deriva, afinal, de se fazer depender de critérios excessivamente “essencialistas” o reconhecimento do direito à indemnização¹⁴. Com efeito, ressalta das posições dos Autores

Daqui resulta que «a expropriação passa assim a abranger todas as agressões que substancialmente tenham o mesmo efeito lesivo da propriedade que a expropriação clássica, com a sua típica e formal extinção de direitos privados». Ora, de acordo com o pensamento do Autor, semelhante impostação do problema trai, desde logo, os dados constitucionais convocados a resolvê-lo, que admitem a existência de outras intervenções sobre o direito de propriedade, como a requisição e a nacionalização (cfr. art.^{os} 62.º e 83.º da CRP), distintas da expropriação mas de igual modo merecedoras de indemnização. Além disso, esta concepção alargada de expropriação não presta cobertura adequada a categorias normais do nosso ordenamento jurídico, como é o caso das intervenções legais que sacrificam o proprietário (entre as quais o Autor situa as servidões administrativas impostas *ex vi legis*), que, conquanto devam obedecer, em matéria de indemnização, a princípios idênticos aos que valem para a expropriação, não se confundem com esta última.

V., ainda, R. MEDEIROS, (n. 8), p. 276 e 277, que, apoiando-se no argumento, igualmente esgrimido por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, de que não se justifica a distinção entre expropriação constitucional e expropriação ordinária, exclui liminarmente a possibilidade de expropriações não translativas da propriedade, isto é, que fujam ao figurino do concreto instituto jurídico desenhado pela lei civil. Daí que não surpreenda a conclusão do Autor, escudada na necessidade de operar a distinção entre a expropriação e os institutos que não partilhem do efeito extintivo que dela é típico, de que «a constituição de servidões por motivo de utilidade pública, mesmo quando adopta o processo da expropriação, não constitui uma expropriação de direitos. Efectivamente, a servidão não extingue o direito real de propriedade, atingindo apenas a faculdade de gozo do proprietário.».

Esta é também a posição largamente prevalecente no espectro doutrinário e jurisprudencial francês. De facto, o crescimento exponencial que, por razões de ordem vária - económicas, sociais, políticas e tecnológicas -, conheceu o instituto da servidão de utilidade pública contribuiu, ao adensar a sua heterogeneidade, para a acentuação de zonas de penumbra (já que às servidões administrativas que se limitam a comprimir, em termos toleráveis, o direito de propriedade se vêm juntar aquelas que o afectam de modo permanente), pondo-se a questão de apurar «a partir de que limiar de constrangimento ou de limitação uma servidão perde a sua natureza própria e deve ser assimilada a uma verdadeira expropriação» (W. COULET). Em resposta a esta questão foi possível sedimentar, no direito francês, um critério operativo, radicado na ideia chave de *desapossamento*, que permite delimitar com rigor a linha de fronteira entre expropriação e servidão de utilidade pública.

Assim, as sujeições impostas ao direito de propriedade serão servidões de interesse público apenas na medida em que impliquem uma constrição suportável dos poderes de gozo do proprietário (casos de não desapossamento), devendo antes ser consideradas como autênticas expropriações quando tenham por efeito esvaziar o direito de propriedade do seu conteúdo (casos de real desapossamento). Sobre a questão em apreço, cfr., designadamente, F. BOUYSSOU, *L'indemnisation des servitudes d'intérêt public*, *DV*, 1990, p. 113; M. WALINE, *Notes de Jurisprudence*, *RDP*, 1982, p. 472 e 473; P. SABLIERE, *La décision du Conseil constitutionnel du 13 Decembre 1985: vers une théorie générale des servitudes administratives?*, *CJEG*, 1986, p. 110 a 112; W. COULET, *L'institution des servitudes d'intérêt public*, *DV*, 1990, p. 105 e 106; V. HÉTIER, *L'indemnisation des passages des lignes électriques en terrains privés*, *CJEG*, 1988, p. 437 e 438 (esta última com amplas referências jurisprudenciais) e, ainda, CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décisions du Conseil constitutionnel*, *AJDA*, 1986, p. 171 e 172.

¹⁴ Seria tarefa votada ao insucesso passar em revista, ainda que sumariamente, as formulações de tónus “essencialista” que evidenciam ser nota comum das doutrinas da expropriação de sacrifício e da

que subordinam o dever de indemnizar a parâmetros particularmente exigentes o propósito firme de ancorar o dever de indemnização, a cargo de entes públicos ou de entes privados no exercício de funções materialmente administrativas, na afectação do núcleo duro do direito de propriedade privada, ou seja, apenas se admite a ressarcibilidade dos danos infligidos por intervenções jurídico-públicas, na esfera patrimonial dos particulares, nos casos em que estas, «não operando embora um efeito translativo do domínio, originam uma penetrante incidência no *Kerngehalt* dum bem constitucionalmente garantido» (J. J. GOMES CANOTILHO).

A confluência das teses em análise no sentido de assegurar a tutela indemnizatória dos administrados somente face a ingerências autoritárias dos poderes públicos que tenham por consequência «esvaziar do seu conteúdo o direito de propriedade» (CONSEIL CONSTITUTIONNEL), ou, dito de outra forma, que impliquem a «afectação do conteúdo essencial de direitos subjectivos patrimoniais» (R. MEDEIROS), tem refrações de ordem prática que cumpre não descurar.

2.1.2. Os pressupostos de indemnizabilidade da imposição de servidões administrativas

Na verdade, exigir, como condição do direito dos particulares a receberem uma reparação compensatória, uma «diminuição patrimonial *contra naturam iuris*» (G. SANTANIELLO), leva, frequentemente, a que não se reconheça relevância indemnizatória a determinadas medidas que, por nossa parte, não hesitamos em eleger como dignas de tutela ressarcitória, não estando em causa o *se*, mas apenas o *quantum*, da indemnização a arbitrar¹⁵¹⁶. Radicar o

expropriação em sentido estrito fazer descansar o dever de indemnização sobre a erosão do núcleo fundamental do direito de propriedade. De todo o modo, no sentido exposto, v., na perspectiva da doutrina da expropriação substancial, a título meramente ilustrativo, F. ALVES CORREIA, (n. 4), p. 77 a 80; (n. 6), p. 311 a 348 e 471 a 528 e Propriedade de bens culturais: restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas, in *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, p. 411 e 412; J. J. GOMES CANOTILHO, (n. 10), p. 298 a 300; E. GARCIA DE ENTERRRIA / T. R. FERNANDEZ, (n. 6), p. 239 e 240; A. NIETO, (n. 2), p. 96 a 98; A. M. SANDULLI, (n. 10), p. 479 a 480 e 481 a 483; G. SANTANIELLO, (n. 6), p. 906 a 909; e, na óptica da doutrina da expropriação em sentido clássico, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Reais*, 1993, p. 230 a 232; R. MEDEIROS, (n. 8), p. 314 a 334; J. DUFAU, «L'amendement Tour Eiffel» et le régime des servitudes administratives, *JCP*, 1986, I, p. 3237; P. S. BIEUSSES, Le statut des aisanes et des servitudes, *AJDA*, 1992, p. 400 a 402; F. COLLY, Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété, *RDP*, 1988, p. 179 a 185; F. LUCHAIRE, Constitution et pouvoirs publics, *DS*, 1986, p. 348 e 349; R. POLLET, Servitudes Administratives. Théorie générale, *JCA*, 1993, fasc. 390, p. 6 e 7.

¹⁵ Cfr., sobre as expressões a que se faz menção em texto, respectivamente, J. J. GOMES CANOTILHO, (n. 10), p. 30; CONSEIL CONSTITUTIONNEL, (n. 12), p. 171 e 172; R. MEDEIROS, (n. 8), p. 327 e, por fim, G. SANTANIELLO, (n. 6), p. 906 e 907.

¹⁶ Estamos a pensar, designadamente, na hipótese avançada, exemplificativamente, por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, (n. 12), p. 329, que rejeita a indemnização, por não atingirem «o conteúdo fundamental do direito de propriedade», dos danos causados por força de uma proibição que tenha por objecto a plantação de árvores, só a admitindo no caso de o prédio em questão ter uma vocação exclusivamente florestal, ou, ainda, nas situações inventariadas por F. ALVES CORREIA, (n. 6), p. 326 a 328, que, escorado no «"princípio da vinculação situacional" da propriedade do solo», as trata como simples vinculações sociais da *plena in re potestas* sem qualquer cobertura indemnizatória.

Ora, parece-nos, que o facto das intromissões jurídico-públicas recenseadas, respectivamente por J. OLIVEIRA ASCENSÃO e F. ALVES CORREIA, não contenderem com o conteúdo mínimo do direito de propriedade privada, não nos pode levar, sem mais, a afastar o direito dos particulares, atingidos em

critério do dano indemnizável no esvaziamento do conteúdo essencial do direito de propriedade acarreta, na verdade, como sua consequência inelutável, que não se compensem lesões graves da propriedade privada (determinadas por intervenções de matriz jurídico-pública), não obstante a compressão significativa que as mesmas irremediavelmente operam nos poderes de uso, fruição e disposição que integram o respectivo conteúdo¹⁷. É esta a razão

termos significativos, sérios ou graves na titularidade dos seus direitos subjectivos patrimoniais, a uma indemnização.

Cfr., de harmonia com o entendimento por nós avançado e que aponta para um reconhecimento do direito à indemnização - por lesões causadas à propriedade privada - em termos bem mais generosos, A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 53 a 64 (*maxime* p. 55 a 63); J. OSVALDO GOMES, *Expropriações por utilidade pública*, 1997, p. 73, 202 e, sobretudo, 237 a 247, parecendo ser esta, de igual modo, a linha de pensamento em que se inscreve D. FREITAS DO AMARAL, *Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística*, in *Direito do Urbanismo*, INA, 1989, p. 101 e, também, J. J. GOMES CANOTILHO, *O caso da Quinta do Taipal (Protecção do ambiente e direito de propriedade)*, *RLJ*, ano 128.º, n.ºs 3850 e 3851, 1995, p. 50 a 57 (sobretudo p. 51 e 52), que nos dá notícia dos esforços desenvolvidos no seio da doutrina da expropriação de sacrifício para superar, ou ao menos «relativizar, a tradicional dicotomia entre *vinculação social sem indemnização* e *expropriação geradora de indemnização*», criando, para o efeito, o conceito mitigado de «*delimitação do conteúdo da propriedade geradora de compensação*».

A introdução desta categoria intermédia permitiria à teoria da expropriação de valor ultrapassar dois tormentosos problemas com que recorrentemente se debatia: por um lado, constituiria o instrumento adequado, face à crescente «vinculação social da propriedade por motivos ecológicos» (e, acrescentaríamos nós, por razões de outra índole como, por exemplo, as urbanísticas e de protecção do património cultural), para não deixar sem compensação as delimitações do conteúdo do direito de propriedade que, embora não compreendidas no conceito amplo de expropriação, tivessem um «peso económico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário»; por outro lado, obstaria a um «indesejável alargamento do conceito de expropriação», pondo a doutrina em análise a coberto da crítica de aceitar “expropriações materiais” que, por não observarem «o *due process* expropriatório», consubstanciariam actos ilegais, senão mesmo inconstitucionais. V., ainda, para o direito francês, F. BOUYSSOU, (n. 12), p. 114, e, por fim, cfr., para o direito italiano, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, 1963, p. 175.

¹⁷ Sobre a problemática relativa aos critérios, materiais e formais, que, em concreto, permitem aferir se nos encontramos face a compressões da propriedade privada revestidas de natureza ablatória, ou quase ablatória, dignas de compensação patrimonial, ou, ao invés, ante simples vinculações sociais (ou situacionais) daquele direito destituídas de protecção indemnizatória, v., na nossa doutrina, abundantemente, J. J. GOMES CANOTILHO, (n. 15), p. 50 a 57 (sobretudo p. 51 e 52), e, bem assim, (n. 10), p. 271 a 283; F. ALVES CORREIA, (n. 4) e (n. 6), respectivamente, p. 80 a 86 e 494 a 505; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, (n. 12), p. 325 a 330; R. MEDEIROS, (n. 8), p. 315 a 334 e, por último, reassuntivamente, J. OSVALDO GOMES, (n. 15), p. 44 a 49. Cfr., igualmente, para a dogmática espanhola, A. NIETO, (n. 2), p. 73 a 86 e, ainda, para a doutrina italiana, F. BARTOLOMEI, (n. 6), p. 13 a 15 (em rodapé) e 403 a 408, bem como G. SANTANIELLO, (n. 6), p. 904 a 906; v., por último, para uma breve análise de direito comparado, A. WEBER, *La protección de la propiedad en el Derecho comparado*, *REDA*, 1991, p. 477 a 490.

Por relação às teorias que configuram os critérios que hão-de presidir à determinação do dano indemnizável, legado, antes do mais, ainda que não exclusivo, da dogmática e da jurisprudência germânicas, convém deixar claro que representam, apenas, relevantes pontos de auxílio para a resolução desta questão, mas que não encerram em si, como é geralmente admitido, nem isoladamente, nem através do seu efeito combinado, uma resposta acabada para esta delicada problemática. Vale isto por dizer que nos movemos num domínio avesso, por excelência, a soluções de carácter apriorístico e estereotipado, que reclama do intérprete-aplicador do direito uma exigente tarefa de concretização criadora ou constitutiva. Cfr., para uma interessante reflexão sobre a falência das tentativas de «pré-determinação em termos “substanciais” ou “ontológicos” do “conteúdo essencial” da propriedade privada», A. BALDASSARE, *Proprietà (Diritto Costituzionale)*, in *EGT*, p. 10 a 15, que, embora rejeitando a teoria do acto individual «na sua conotação originária», por assentar numa estrutura constitucional inexistente e desactualizada, lhe reconhece, pelo menos, a virtude de pôr o acento tónico «na natureza e qualidade próprias das intervenções (limitações) públicas», isto é, «nos caracteres estruturais da intervenção pública», fugindo, deste modo, à quadratura do círculo representada pela atribuição de «um

que nos leva a pensar que um correcto balanceamento dos interesses envolvidos – públicos e privados – aconselha, ou melhor obriga, a optar por um critério mais prudente, que considere prejuízos mercedores de indemnização todos aqueles que se traduzam na neutralização de faculdades relevantes/significativas do poder do *dominus* sobre a coisa.

Não deixa, por isso, de nos suscitar a maior perplexidade a solução adoptada pelo nosso legislador e condensada mais precisamente no n.º 2 do art.º 8.º do Código das Expropriações (aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro), que vai, justamente, na direcção por nós censurada. Aí se dispõe, com efeito, o seguinte:

«2. As servidões, resultantes ou não de expropriações, dão lugar a indemnização quando:

- a) Inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente;
- b) Inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja a ser utilizado; ou
- c) Anulem completamente o seu valor económico.»

O preceito em apreço se, por um lado, apresenta o inegável mérito de, definitivamente, deixar de ancorar o critério do dano indemnizável «na forma ou origem (lei ou acto administrativo)» (F. ALVES CORREIA) do acto constitutivo da servidão administrativa e, bem assim, na associação (ou não) desta última a um procedimento expropriatório; por outro, vem agravar significativamente, por relação ao regime anteriormente vigente para as servidões instituídas por acto administrativo, os requisitos de que se faz depender a atribuição de uma compensação pelos prejuízos sofridos em razão da constituição de uma servidão de utilidade pública¹⁸. Bastava-se, na verdade, a lei antiga (o Código das Expropriações aprovado pelo

sentido substancial ao conceito de “conteúdo essencial” ou “conteúdo mínimo” da propriedade privada».

Deve, no entanto, salientar-se que, não obstante as insuficiências notadas do ponto de vista do seu conteúdo explicativo, as construções jurídico-dogmáticas e jurisprudenciais em apreço (teoria do acto individual; teoria do sacrifício especial; teoria da gravidade; teoria da dignidade de protecção; teoria da exigibilidade; teoria da diminuição substancial; teoria da alienação do escopo; teoria da utilização privada; teoria do gozo standard e teoria da vinculação situacional) têm, dado o seu carácter transversal ou, se se preferir, horizontal, o mérito inegável de constituir uma base válida de apoio, seja para as concepções “modernas”, seja para as concepções clássicas do instituto expropriatório (e isto sem que se ignore que a sua inspiração repousa, originariamente, na doutrina da expropriação de sacrifício ou de valor). Comprovadamente nesta linha, v. os Autores citados nesta nota, conotados, uns, com as teorias da expropriação em sentido amplo e, outros, com as teorias da expropriação em sentido estrito.

¹⁸ Na verdade, o art.º 8.º do Código das Expropriações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro, se, por um lado, previa a indemnizabilidade dos prejuízos decorrentes de uma servidão de interesse público instituída por acto administrativo (n.º 3), por outro rejeitava qualquer reparação caso esses danos resultassem de uma servidão de utilidade pública directa e imediatamente imposta por lei (n.º 2). O preceito actual vem, de facto, pôr cobro a esta distinção fundada na origem ou forma do acto impositivo da servidão, no sentido, aliás, proposto por boa parte da doutrina, designadamente por F. ALVES CORREIA e D. FREITAS DO AMARAL. A solução afigura-se-nos perfeitamente ajustada para as situações em que o recurso à forma legal encobre um acto materialmente administrativo (mormente um acto administrativo geral), mas já temos as mais «sérias dúvidas» (PAULO MOTA PINTO) em admitir idêntico resultado sempre que nos deparemos com um acto substancialmente legislativo (se é que não se deve excluir, nessa hipótese, a existência mesma de uma servidão e, em alternativa, considerar que nos encontramos ante uma simples restrição ou limitação de utilidade pública ao direito de

propriedade), não tanto por desse modo não sair afectado o «núcleo central do direito de propriedade» (PAULO MOTA PINTO), mas antes porque não sai frustrado o “princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”.

Além deste problema, a actual redacção do art.º 8.º, ao arrepio, aliás, de jurisprudência firme do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 331/99, de 14/07/99) e do Supremo Tribunal de Justiça (Assento n.º 16/94, de 19/10/94), abandona a distinção, para efeitos de reconhecimento da respectiva indemnizabilidade, entre servidão administrativa (legal) jurídico-geneticamente associada a uma expropriação - que daria azo ao ressarcimento dos prejuízos da mesma emergentes - e servidão de interesse público imposta autonomamente por acto legislativo, isto é, não articulada com um qualquer procedimento expropriatório. Na realidade, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, a não indemnização da imposição de uma servidão legal, sobre parte da área sobrance de um prédio com anterior aptidão edificativa, na sequência de uma expropriação por utilidade pública, implicaria «uma compressão desproporcionada do direito de propriedade e uma violação da igualdade na tutela desse direito», uma vez que a mesma «cria um efeito global na função económica da propriedade, que, incidindo a sujeição sobre a parte sobrance, faz decorrer histórica e funcionalmente da expropriação uma redução global das utilidades do bem que é objecto de propriedade.». Fundado nesta linha argumentativa, veio o mesmo Tribunal Constitucional a declarar, «com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do art.º 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro, na medida em que não permite que haja indemnização pelas servidões fixadas directamente pela lei que incidam sobre parte sobrance do prédio expropriado, no âmbito de expropriação parcial, desde que a mesma parcela já tivesse, anteriormente ao processo expropriativo, capacidade edificativa, por violação do disposto nos art.ºs 13.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2, da Constituição.».

Não podemos, porém, acompanhar esta posição, porquanto, em conformidade com os votos de vencido de J. CARDOSO DA COSTA e PAULO MOTA PINTO, se nos afigura que não cabe «seccionar a norma nesses termos», uma vez que a redução da declaração de inconstitucionalidade a este seu «segmento aplicativo» (J. CARDOSO DA COSTA) não se estriba em qualquer fundamento de imediata relevância jurídico-material. Com efeito, esta situação não merece ser considerada, «sob todos os pontos de vista possivelmente relevantes para o problema da indemnizabilidade da imposição da servidão resultante da lei» (PAULO MOTA PINTO), de forma diversa daquela outra «em que um prédio, sem ter sido objecto de qualquer expropriação para a abertura de uma nova via de comunicação, passa, todavia, a ser marginado por esta e a ficar onerado, conseqüentemente, com uma correspondente servidão *non aedificandi*, abrangida, do mesmo modo, pelo disposto na norma em apreço.» (J. CARDOSO DA COSTA). Em ambos os casos nos defrontamos, em boa verdade, «com uma situação perfeitamente *idêntica*: está em discussão a indemnização de uma servidão *idêntica*, imposta pela mesma lei, numa determinada situação, incida tal servidão ou não sobre parte sobrance de prédio expropriado» (itálico no original) (PAULO MOTA PINTO). Não nos resta, pois, outra alternativa senão a de sublinhar o manifesto acerto da opção legal adoptada e que vai, ajustadamente, no sentido de retirar todo o valor a esta circunstância, meramente acidental, de a servidão ser precedida ou não de expropriação.

V., sobre a indemnizabilidade das servidões administrativas directamente resultantes da lei, em especial, A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 53 a 64 (em que promove um amplo debate, ainda que circunscrito na sua essência à doutrina portuguesa, entre as várias posições assumidas relativamente à matéria em apreço), que desvaloriza, para efeitos de tutela ressarcitória, a distinção entre servidões voluntárias (ou constituídas por acto administrativo) e servidões legais, acabando por filiar o dever de indemnizar os danos emergentes da instituição destas últimas quer no art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 (Lei da responsabilidade civil extra-contratual do Estado, entretanto objeto de regulação pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro), quer nos art.ºs 22.º e 62.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República, quer, por fim, no «princípio jurídico e ético de justiça distributiva, que reclama a distribuição imparcial entre todos os cidadãos de encargos derivados de iniciativas de interesse público e utilidade pública» e, numa perspectiva diferente, D. FREITAS DO AMARAL, Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística, in *Direito do Urbanismo*, INA, 1989, p. 101, que, à semelhança de alguma doutrina italiana, designadamente de M. S. GIANNINI, (n. 1), p. 743 a 746 e de V. CERULLI IRELLI, Servitù (dir. pubbl.), in *EdD*, XLII, p. 335 a 337, parece não admitir servidões administrativas que não descansem, ao menos em termos jurídico-materiais, num acto autoritativo individual da Administração, o que o leva a consignar carácter imperativo ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes da imposição coactiva de servidões de interesse público, uma vez que as mesmas se consubstanciam sempre num «acto materialmente administrativo».

Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro), no seu art.º 8.º, n.º 3, com uma «*diminuição efectiva do valor ou do rendimento dos prédios servientes*» para que houvesse lugar, no caso de servidões administrativas resultantes de acto administrativo (já que era liminarmente recusada a indemnizabilidade, pelo n.º 2 do mesmo art.º 8.º, de servidões «*fixadas directamente na lei*», salvo nos casos em que da própria lei resultasse o contrário), à respectiva indemnização. Era, pois, suficiente (sendo que tal interpretação ganhava amplo conforto no teor literal do preceito em apreço) que a servidão administrativa comprometesse séria e gravemente a esfera jurídico-patrimonial do particular onerado para que fosse reconhecido a este último o direito a uma justa reparação pelas perdas ocasionadas pela sua imposição.

Esta fórmula, na sua simplicidade (ou mesmo *secura*), parecia-nos particularmente feliz, na medida em que se afastava declaradamente de uma parametrização em termos marcadamente “essencialistas” do critério do dano indemnizável e deixava uma larga margem à jurisprudência para, no diálogo com o(s) caso(s) concreto(s), operar uma sua densificação criadora. Afigura-se-nos, deste modo, que não andou bem o legislador neste aspecto particular da definição do regime a que obedece a indemnização devida pela constituição de servidões de interesse público (acabando por assentar num critério que apenas admite a indemnizabilidade das servidões de “efeito equivalente à expropriação”), o que nos leva a não hesitar em acompanhar F. ALVES CORREIA quando considera que «a norma do n.º 2 do art.º 8.º do Código das Expropriações de 1999, na parte em que não consente a indemnização de todas e quaisquer servidões administrativas que produzam danos especiais e anormais (ou graves) na esfera jurídica dos proprietários dos prédios pelas mesmas onerados, é inconstitucional, por violação do *princípio do Estado de direito democrático*, condensado nos artigos 2.º e 9.º, alínea b), da Constituição (a indemnização dos prejuízos oriundos daquelas servidões é uma exigência deste princípio), do *princípio da igualdade*, plasmado no art.º 13.º, n.º 1, da Lei Fundamental (o proprietário do prédio afectado pelas referidas servidões administrativas contribuirá em maior medida do que os restantes cidadãos para o interesse público, havendo, assim, uma violação do “princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”, se os danos por ele suportados não forem indemnizados) e do *princípio da “justa indemnização”* por expropriação (entendida, aqui, no sentido de *expropriação de sacrifício ou substancial*), consagrado no art.º 62.º, n.º 2, também da Constituição.» (itálico no original)¹⁹²⁰²¹.

Por último, para uma apreciação conjunta de ambas as questões, F. ALVES CORREIA, A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre Expropriações por Utilidade Pública e o Código das Expropriações de 1999, *RLJ*, ano 132.º, p. 300 a 305.

¹⁹ Cfr., precisamente assim, F. ALVES CORREIA, (n. 17), p. 302 (em nota).

²⁰ A norma em causa, resistiu, incólume, à apreciação da sua constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 525/2011, que, pese embora o juízo de censura crítica que lhe dirigiu pelo que toca ao seu conteúdo dispositivo, acabou por se pronunciar pelo sua não inconstitucionalidade.

Em questão estava a recusa de aplicação, por inconstitucionalidade, do n.º 2 do art.º 8.º do Código das Expropriações, uma vez que o preceito em apreço, ao condicionar «a atribuição de uma indemnização apenas às utilidades actuais que estavam dadas à parcela onerada e não tendo em conta as suas potencialidades edificativas à data da declaração de utilidade pública» acabaria por incorrer em «violação dos princípios da justa indemnização e da igualdade (art.º 62.º, n.º 2, e 13.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa)».

Com efeito, à parte a referência à ideia de expropriação de sacrifício (em que, pelos motivos expostos, não nos revemos), a posição adoptada pelo Autor colhe o nosso inteiro aplauso, ao ponto de nos interrogarmos se não se deveria ir mesmo um pouco mais além, ou seja, se não seria aconselhável reconhecer um «princípio de onerosidade da aquisição de direitos reais» (M. S. GIANNINI), que implicasse a necessária indemnizabilidade dos prejuízos resultantes da «aquisição coactiva de servidões prediais e de outros direitos sobre coisa de alheia» (V. CERULLI IRELLI)²².

Na verdade, e não obstante (em obediência, designadamente, à linha de argumentação já sustentada por CARDOSO DA COSTA e PAULO MOTA PINTO nos seus votos de vencido tirados à margem do Acórdão n.º 331/99 e depois reforçada no Acórdão n.º 612/2009) se concluir pela necessidade de indemnizar os prejuízos decorrentes da imposição de servidões para lá do espectro de situações expressamente recenseadas no art.º 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações (tendo em conta ou valorizando, nomeadamente, a sua efectiva aptidão edificativa em momento anterior ao da data da declaração de utilidade pública), o certo é que acaba por não se declarar a sua inconstitucionalidade.

Tal deve-se, sobretudo, a uma visão sistémica do ordenamento jurídico, que ao determinar, no art.º 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas), que «O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado», acabaria por garantir uma adequada tutela compensatória dos direitos e interesses dos proprietários que não fossem susceptíveis de protecção ao abrigo do disposto no n.º 2 do art.º 8.º do Código das Expropriações.

Não se questiona que a norma relativa à indemnização pelo sacrifício actue como «norma de recepção» (*Auffangsnorm*) das situações merecedoras de indemnização não especialmente reguladas ou, por outras palavras, como cláusula geral de salvaguarda para cobrir aquele “resto” de actuações causadoras de danos que, num Estado de direito, não podem deixar de dar lugar ao pagamento de uma indemnização».

Contudo e em conformidade, aliás, com o que resulta do voto de vencido de JOÃO CURA MARIANO, o que sucede é que esta é uma situação regulada (ainda que mal) e, nessa medida, parece não fazer sentido socorrer-mos de uma “válvula de escape” do sistema, quando foi intenção do legislador estabelecer, através de uma norma especial (o art.º 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações), o regime aplicável à indemnização devida por imposição de servidões administrativas. Termos em que se impunha, ainda que os resultados, numa perspectiva puramente prática, se possam vir a revelar substancialmente idênticos, declarar a inconstitucionalidade do art.º 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações.

Esta situação, porventura em virtude de não ter sido expressamente declarada a inconstitucionalidade do art.º 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, foi, aliás, agravada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio – Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo –, mais especificamente pelo que se dispõe no seu art.º 33.º, n.º 6, em que justamente se dispõe, num sentido jurídico-constitucionalmente insustentável, que «as servidões administrativas que tenham efeito análogo à expropriação são constituídas mediante pagamento de justa indemnização, nos termos da lei».

²¹ Além das hipóteses de indemnização directa, há ainda que considerar os casos de indemnização indirecta, isto é, aquelas situações em que a lei atribui ao particular o direito de requerer a expropriação na sequência da imposição de servidões, como sucede, designadamente, com o art.º 50.º, n.os 1, alínea c), e 2, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro e, bem assim, com o art.º 37.º, n.º 5, da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro. V., assim, F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 2008, p. 339 a 341.

²² Sobre o princípio da onerosidade da aquisição de direitos reais sobre bem alheio, que configura como um princípio geral não escrito de constituição material, «imediata derivação aplicativa do princípio *unicuique suum tribuere*», v. M. S. GIANNINI, (n. 1), p. 760 a 764 [em que critica, precisamente, a desaplicação do mesmo, sem que para tal houvesse qualquer «razão derogatória suficiente», a propósito da imposição coactiva de servidões militares, o que representaria, aliás, mero reflexo da colocação dos procedimentos deste tipo (impositivos de servidões) «numa espécie de limbo jurídico»] e,

ainda, para uma sua refracção directa e imediata no quadro específico das servidões públicas, V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 338. Entre nós, porém, não vislumbramos quaisquer obstáculos sérios a uma sua consideração num plano também formalmente constitucional, enquanto afloramento de um «direito geral à reparação de danos» autonomamente decorrente da «regra do Estado de direito democrático» (J. J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA). Esta regra, dada a sua função essencialmente «aglutinadora e sintetizadora» não produz, pelo menos em princípio, «normas de per si», no entanto tal não excluí que se possam aí colher «normas que não tenham expressão directa em qualquer outro dispositivo constitucional, desde que elas se apresentem como consequência imediata e irrecusável daquilo que constitui o cerne do Estado de direito democrático, a saber, a *protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça* (especialmente por parte do Estado)» (J. J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA). Esta radicação do princípio da onerosidade da aquisição de direitos reais na regra do Estado de direito democrático (art.^{os} 2.º e 9.º, alínea b), da Constituição da República) tem como seu precipitado lógico natural e necessário, além do mais, que a indemnização devida por imposição de servidões administrativas passe a dispor de uma credencial constitucional autónoma, o que obvia, do mesmo passo, a um alargamento, para lá do desejável, do conceito de expropriação (lançando mão da ideia de expropriação de sacrifício), com o fim último de garantir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da instituição de servidões de interesse público (com base, designadamente, no art.º 62.º, n.º 2, da Constituição da República). Cfr., sobre o princípio do Estado de direito democrático, J. J. GOMES CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista, 1993, p. 60 a 66 e 93 a 94.

Em França, a questão da indemnizabilidade dos prejuízos emergentes de servidões de utilidade pública é vista em termos bastante mais restritivos, não se ancorando a solução dada a esta delicada matéria num qualquer princípio de alcance global tendente a garantir a onerosidade da generalidade dos procedimentos aquisitivos de direitos reais. No entanto, a resposta ao problema em apreço recebeu um forte impulso com a decisão do Conseil constitutionnel de 1985 (“L’amendement Tour Eiffel”) em que, ao princípio, fortemente arregado na jurisprudência (tanto das instâncias cíveis, como das instâncias administrativas) e também na doutrina, de não indemnização das servidões administrativas [com excepção para os casos em que seja a própria lei a prever expressamente uma compensação para os lesados pela instituição da servidão (*«nulle indemnité sans texte»*)], se vem contrapor que «o princípio da igualdade perante os encargos públicos não permite excluir do direito à reparação um qualquer elemento de prejuízo indemnizável». Apoiando-se no teor desta decisão, uma parte da doutrina (F. BOUYSSOU e J. DUFAU) inclina-se para a inconstitucionalidade das normas legais que afastem o direito à indemnização dos «danos directos, materiais e especiais» (F. BOUYSSOU) emergentes da instituição de servidões administrativas, em razão da violação que tal consubstanciaria do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. No entanto, esta está longe de constituir a posição maioritária, uma vez que a generalidade dos Autores não reconhece semelhante alcance à pronúncia do Conseil constitutionnel, continuando, por isso, a conformar-se, placidamente, com a exclusão, por via legal, do dever de compensar os prejuízos ocasionados por servidões, até porque estas, em regra, não se traduzem num esvaziamento (“desapossamento”) do direito de propriedade.

V., num sentido favorável à indemnizabilidade das servidões administrativas, F. BOUYSSOU, (n. 12), p. 119 e 120, embora admitindo a dificuldade de retirar da decisão do Conseil constitutionnel uma tão “drástica” conclusão, ou seja, um princípio de indemnizabilidade das servidões de interesse público (que escuda no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos) e, ainda, J. DUFAU, (n. 13), p. 3237, em que avança que «o princípio da igualdade perante os encargos públicos – corolário do princípio da igualdade perante a lei, que tem valor constitucional – exige que todas as sujeições particulares impostas a certas categorias de administrados, no interesse da colectividade nacional, sejam compensadas pela outorga de uma indemnização». Cfr., porém, em sentido inverso, P. SABLIERE, (n. 12), p. 119 a 124, que identifica dois momentos históricos fundamentais em matéria de reparação dos prejuízos provocados por servidões administrativas: um primeiro, que dominou todo o séc. XIX e se prolongou sensivelmente até ao início do séc. XX (1920), marcado pela preeminência de um «princípio de não indemnização sem texto preciso» e um segundo, desde então vigente, dominado por um princípio de indemnizabilidade de ao menos alguns prejuízos associados à servidão, «salvo exclusão formal pela lei». Ora, este princípio não teria sido posto em causa pela decisão do Conseil constitutionnel, daí que fosse sempre de admitir uma limitação da responsabilidade estadual (projectada num eventual dever de reparação) “por facto” de servidão (pública). V., ainda, sobre a

No entanto, para lá destas razões de fundo outras se perfilam no sentido de se conceber a servidão de interesse público como um *aliud* e não apenas como um *minus* em relação à expropriação por utilidade pública.

Desde logo, a consagração pelo legislador ordinário, ainda que inserido no diploma que regula a matéria da expropriação por utilidade pública, de um preceito expressamente dedicado às servidões administrativas. Ora, esta nota, sem ser decisiva, inculca a ideia de que o legislador pretendeu consignar um estatuto jurídico autónomo à servidão de utilidade pública que a subtraísse ao risco de ser tomada como uma espécie integrativa do género da expropriação por utilidade pública²³.

A terminar, convém não esquecer que a imposição de servidões administrativas obedece, na maior parte dos casos, a procedimentos específicos e perfeitamente individualizados, tendentes a simplificar as exigências de que se rodeia o procedimento dirigido a efectivar a expropriação por utilidade pública. Ora, este cuidado posto na previsão de procedimentos administrativos específicos em ordem à instituição de servidões de utilidade pública, parece apontar, independentemente da bondade intrínseca do seu concreto conteúdo dispositivo, para o inequívoco reconhecimento de que entre expropriação e servidão pública medeia uma diferença significativa, que justifica, só por si, que a imposição de servidões de utilidade pública seja subordinada a regras procedimentais distintas das que valem em sede de expropriação.

questão (em geral) do ressarcimento dos danos decorrentes de servidão administrativa, P. S. BIEUSSES, (n. 13), p. 400 a 404.

V., por último, no sentido de que «a regulação das servidões e das cargas que há-de suportar a propriedade privada confinante com bens do domínio público não pode implicar um prejuízo patrimonial sem compensação para os afectados (compensação em que, naturalmente, haverá que valorar o benefício que, em cada caso, possa proporcionar ao particular a sua vizinhança com o bem do domínio público de que se trate.», F. SAINZ MORENO, *El dominio publico: una reflexion sobre su concepto y naturaleza*, cinquenta años despues de la fundacion de la «Revista de Administracion Publica», *RAP*, 150, 1999, p. 487.

²³ Cfr. o art.º 8.º do Código das Expropriações (aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro), de que, desde já, passamos a dar transcrição:

«1. Podem constituir-se sobre imóveis as servidões necessárias à realização de fins de interesse público.

2. As servidões, resultantes ou não de expropriações, dão lugar a indemnização quando:

a) Inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente;

b) Inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja a ser utilizado;

c) Anulem completamente o seu valor económico.

3. À constituição das servidões e à determinação da indemnização aplica-se o disposto no presente Código com as necessárias adaptações, salvo o disposto em legislação especial.».

Ainda que sem relevância directa e imediata para a distinção entre expropriação e servidão de direito público, cumpre referir que, afora esta disposição integrada no Código das Expropriações, também o diploma legal que estabelecia o regime jurídico aplicável aos loteamentos urbanos (o Decreto-Lei n.º 448/91, de 20 de Novembro, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro) continha (de acordo com um critério, aliás, bastante discutível, se tivermos em devida linha de conta que ao legislador não cabe teorizar, mas sim comandar), igualmente, uma norma, o seu art.º 3.º (sob a epígrafe de definições), em cujas alíneas i) e j) se contemplavam, respectivamente, em rigorosa harmonia com o ensinamento de M. CAETANO, as noções de servidão administrativa (“o encargo imposto pela lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa”) e, bem assim, de restrições de utilidade pública (“as limitações ao direito de propriedade que visam a realização de interesses públicos abstractos”).

Estes são, pois, em síntese, os argumentos que, em nosso entender, com diferente ordem de relevância, depõem, complexivamente, no sentido da completa autonomização da figura da servidão de utilidade pública em relação ao instituto da expropriação por utilidade²⁴.

2.2. Servidão de direito público e restrições de utilidade pública

A procura de uma destrição nítida entre servidão de interesse público e limitação de direito público à propriedade privada revela-se, a par da diferenciação anteriormente ensaiada entre expropriação e servidão administrativa, como determinante para a preservação da existência da servidão jurídico-pública como figura dogmáticamente autónoma e perfeitamente individualizada, porquanto são abundantes as tentativas dirigidas a entrelaçar as duas figuras²⁵.

A impositação clássica dos termos da distinção entre estas duas figuras primava pela sua limpidez, ainda que nem sempre a clareza das premissas teóricas se reflectisse numa sua aplicação prática igualmente coerente.

De todo o modo, encontrava-se estabilizado o entendimento de que enquanto «a constituição da servidão importa a afirmação de um direito de gozo do ente público sobre o bem que é gravado pela mesma, e é, por conseguinte, relativamente ao direito de propriedade do privado, sucessiva quanto ao tempo e positiva quanto ao conteúdo; a imposição do limite consiste numa proibição posta ao proprietário privado quanto ao exercício do seu direito para a tutela de um interesse público, e é, conseqüentemente, por relação ao direito de propriedade do privado, preventiva quanto ao tempo e negativa quanto ao conteúdo. A servidão pública é um direito real, o limite de direito público é o regulamento de um direito real, que se define e se determina de acordo com o mesmo limite» (E. GUICCIARDI)²⁶.

²⁴ V., para mais desenvolvimentos em matéria de procedimentos institutivos de servidões administrativas, o que dizemos adiante no ponto 3.2.

²⁵ As expressões “restrições de utilidade pública”, “limitações de direito público” e “limitações administrativas ao direito de propriedade” vão, por norma, usadas como sinónimos, daí que façamos das mesmas, na sequência da presente exposição, um seu uso indiscriminado.

²⁶ A citação é de E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, 1934 (n. 9), p. 17.

V., igualmente, em termos sensivelmente idênticos, G. FRAGOLA, *Teoria delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà (com speciale riferimento ai regolamenti comunali)*, 1910, p. 46 a 58, em que correlaciona as figuras da limitação de direito público, da servidão pública e da expropriação com os caracteres típicos da propriedade privada. Assim, teríamos que o carácter *absoluto* do direito de propriedade (a *plena in re potestas*) seria temperado pela limitação de direito público; a sua natureza de direito *exclusivo* perturbada pela servidão de direito público; e, por fim, a sua *perpetuidade* posta em causa pela expropriação por utilidade pública. Cfr., ainda, para a doutrina italiana mais recente, S. CASSESE, (n. 2), p. 296 a 301 (em especial n. 4 e 7), que afirma que «o perfil estrutural da servidão é dado pela limitação das faculdades de uso de um proprietário e pela correspondente ampliação das faculdades de outro proprietário», pelo que o problema repousa, precisamente, «em determinar se as faculdades adquiridas pelo novo proprietário constituem uma nova situação subjectiva ou se são uma mera ampliação das que dependem de já ser titular de propriedade. Se se admitir esta segunda hipótese não se pode falar de um novo direito real, mas de uma *facti-species* muito similar à limitação». Deste modo, enquanto a constituição de uma servidão pública corresponde ao enriquecimento da esfera jurídico-pública do titular do prédio dominante com um «novo direito real», a limitação administrativa traduz-se basicamente numa delimitação do conteúdo do direito de propriedade do sujeito onerado

À simplicidade desta formulação vieram, porém, contrapor-se as posições que sustentavam não se compadecer este desenho linear das noções de servidão e de limitação, tirado por mimetismo com os conceitos homólogos do direito civil, com as especificidades ditadas pelo direito público, que apelavam para uma maior abertura da figura da servidão de utilidade pública. Esta amplitude acrescida da servidão de interesse público repousaria na substituição do fundo dominante por um interesse público preeminente. Dito de outra forma, da primitiva acepção de servidão administrativa apenas permaneceria, intacto, o seu lado passivo (o encargo imposto a um prédio), uma vez que, do lado activo, o interesse público ou, se preferir, a utilidade pública, tomaria, em definitivo, o lugar do prédio (ou coisa) dominante²⁷.

pela mesma, por força da vizinhança ou da contiguidade do seu imóvel com um bem público. Não obstante, S. CASSESE tende a desvalorizar esta ténue linha de fronteira entre servidão e limitação de direito público, considerando que «nada de estruturalmente diverso do limite existe na servidão». Nesta medida, «limite» e «servidão» assumem-se, ambos, como «instrumentos de coordenação de direitos no sentido em que permitem a coexistência e o equilíbrio das propriedades», consistindo, por isso, em simples mecanismos «de tipicização dos modos de uso» de um bem dado.

Também em E. GARCIA DE ENTERRIA, *Apuntes de Derecho Administrativo segundo*, tomo I, 1970, p. 261 a 278, é possível encontrar uma mesma preocupação de demarcação das linhas de fronteira entre as limitações ao direito de propriedade privada e as servidões administrativas. Simplesmente, o Autor em apreço, para lá de admitir servidões administrativas de natureza real (a favor do titular de um fundo dominante) e pessoal (em benefício directo e imediato, sem interposição de prédio dominante, da Administração ou da Comunidade), desdobra as limitações (em sentido amplo) em duas figuras distintas: confim ou limite legal do direito de propriedade e limitações *stricto sensu*. No primeiro caso, estaria apenas em causa a mera delimitação do direito de propriedade (na convicção de que este já não se projecta *usque ad coelum usque ad inferos*), isto é, a determinação do âmbito de faculdades que cabe ao proprietário; no segundo caso, estaríamos, ao invés, perante uma verdadeira limitação (compressão, mutilação, ablação) de faculdades dominiais. Em síntese, enquanto as delimitações corresponderiam à definição dos limites normais do domínio, as limitações de faculdades dominiais coincidiriam, *grosso modo*, com as medidas de polícia. A fim de se estabelecer, em concreto, a demarcação entre umas e outras haveria que assentar no seguinte postulado: «quando as restrições operam por via legal e sem necessidade de uma determinação administrativa concreta, encontramos-nos em face de um limite (de um confim); e quando a restrição opera a partir de actos administrativos singulares ou de actos administrativos gerais (cujo cumprimento se encomenda à vigilância da Administração), encontramos-nos ante uma limitação (*stricto sensu*)» (E. GARCIA DE ENTERRIA).

Por fim, podemos afirmar que também entre nós este entendimento fez vencimento, expressando-se claramente em M. CAETANO, (n. 8), p. 1050 a 1064, que defende a conveniência da distinção entre servidão administrativa e restrição de utilidade pública ao direito de propriedade. De acordo com a concepção perfilhada pelo Autor, servidão administrativa seria «o encargo imposto por disposição da lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa», sendo que, por sua vez, as restrições de utilidade pública consistiriam em «limitações permanentes impostas ao exercício do direito de propriedade, ou em poderes conferidos à Administração para serem utilizados eventualmente na realização dos seus fins», visando, invariavelmente, «a realização de interesses públicos abstractos, da utilidade pública ideal não corporizada na função de uma coisa».

Cfr., em rigorosa conformidade com esta posição, D. FREITAS DO AMARAL / J. P. FERNANDES, *Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico (Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro)*, 1978, p. 154, e, bem assim, *expressis verbis*, D. FREITAS DO AMARAL / L. TORGAL, *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (pareceres)*, 2002, p. 248 e 249; J. OSVALDO GOMES (n. 15), p. 227; J. F. NUNES BARATA, *Servidão administrativa*, in *DJAP*, vol. VII, p. 399 e, ainda que com ligeiras subtilidades, A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 22, sendo também esta a posição perfilhada pela nossa jurisprudência administrativa, designadamente nos Acórdãos do STA, publicados em *AD*, n.ºs 363 e 401, respectivamente, p. 370 e ss e 573 e ss.

²⁷ Sobre as categorias jurídicas de interesse público e de utilidade pública na sua aplicação à teorização da servidão administrativa, v., por todos, P. S. BIEUSSES, *Les servitudes administratives*, 1976, p. 345 a 353, que sustenta ser a noção de utilidade pública mais abrangente do que a de interesse público, daí

As servidões administrativas emergem, assim, congruentemente, como «obrigações reais impostas com um fim de utilidade pública a certas pessoas titulares de direitos sobre certos imóveis determinados em função da sua localização» (J. M. AUBY)²⁸.

Esta generosidade na delimitação da servidão de utilidade pública é característica, em especial, da doutrina francesa, configurando-se, no contexto desse espectro doutrinário, como uma posição quase pacífica e universal²⁹.

decorrendo que esta última se consubstanciasse, por mais facilmente objectivável, numa âncora mais segura onde fundear o instituto da servidão de interesse público.

Cfr., ainda, relativamente ao conceito de interesse público, em tese geral, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, Interesse Público, in *DJAP*, vol. V, p. 275 a 282, onde o Autor, inspirado fundamentalmente no ensinamento de R. SOARES, vertido em *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, 1955, procede à definição da categoria, em sentido jurídico-administrativo, pela sua qualificação, «a nível normativo superior, como manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas». Obviamente que, em consonância com este entendimento, a instituição, em concreto, de servidões de interesse público se materializa, obrigatoriamente, na satisfação de interesses públicos secundários ou instrumentais, isto é, correspondentes «a necessidades colectivas que as autoridades vão em maior ou menor medida satisfazer através de meios institucionais e materiais próprios, a fim de realizarem aqueles que são os objectivos fundamentais da comunidade política» (J. C. VIEIRA DE ANDRADE). Trata-se, pois, de «interesses públicos por *adoção*, escolhidos em regra (...) pelo legislador, e, por *atribuição*, postos a cargo dos órgãos da Administração Pública», a que importa prover em ordem a contribuir para a consecução do interesse público primário de «realização da Paz social segundo uma ideia de *Justiça*». Esta ideia, de que a criação de servidões administrativas é dominada pela prossecução do interesse público, mantém-se inteiramente válida ainda que se adopte uma sua compreensão que não abdique da relação indefectível entre dois fundos como seu étimo fundante.

Com efeito, nem poderia ser de outro modo, uma vez que toda a actividade administrativa tende para a realização do «bem comum que constitui a raiz ou a alma de uma sociedade política, englobando os fins primordiais que caracterizam e fundam o Estado como a forma (actualmente) mais perfeita de organização social» (J. C. VIEIRA DE ANDRADE), nada impedindo, no entanto, desde que afirmada a congenialidade da nota da predialidade à noção mesma de servidão administrativa, que se sustente que o interesse público se manifesta, mediatamente, na(s) utilidade(s) pública(s) prestada(s) pelo fundo dominante.

²⁸ A formulação é extraída de P. S. BIEUSSES, (n. 26), p. 263.

V., ainda, para uma sua correcção ou, antes, complementação, J. B. AUBY, Le principe de non indemnisation des servitudes instituées par application du code de l'urbanisme, *Droit et Ville*, 1980, p. 174, sustentando, apoiado em M. PRIEUR / G-C. HENRIOT / P. ROSSILION, *Servitudes de droit privé et de droit public*, 1976, p. 34, que a servidão de direito público se diferencia da sujeição de polícia não apenas por impender sobre um imóvel em função da sua localização, mas, outrossim, em razão «do valor que este representa (...) no plano do interesse geral (enquanto recurso histórico a proteger ou riqueza natural a preservar).».

²⁹ Cfr., neste sentido, C. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1996, p. 119, que assenta a qualificação das servidões administrativas no facto de serem estabelecidas pela lei «com um fim de interesse geral, quer dizer em proveito do público ou do serviço público ao qual o domínio está destinado e não em benefício do domínio em si mesmo»; v., igualmente, G. LIET VEAUX, L'indemnisation des sujétions d'urbanisme: prélude à une réforme législative, in *Revue administrative*, 1984, p. 460, que define as servidões administrativas como constituindo «encargos impostos a certos imóveis no interesse geral, por via legislativa, regulamentar ou individual», bem como C. DEBBASCH / J. BOURDON / J. PONTIER / J.-C. RICCI, (n. 7), p. 126, que entendem que as servidões administrativas «são obrigações reais que pesam sobre um imóvel em razão da sua posição geográfica e da sua proximidade com o domínio público» e O. SACHS, *Le contrôle de l'utilité publique des servitudes administratives*, 1984, p. 2 a 6, que passa em sumária revista algumas das concepções mais significativas de servidão administrativa sem se afastar, no essencial, da noção dada por R.-E. CHARLIER, que sustenta ser próprio da natureza das servidões administrativas o constituírem «cargas estabelecidas sobre certos bens para o serviço de uma dada

No entanto, começa igualmente a ser adoptada noutros espaços dogmáticos, onde é por demais evidente o fascínio desencadeado pela sua aparente simplicidade³⁰.

afecção de utilidade pública»; cfr., por último, na que constitui a mais acabada e articulada construção do instituto da servidão de interesse público no quadro da dogmática francesa, P. S. BIEUSSES, (n. 26), p. 263 a 353 e *passim*, que concebe a servidão administrativa, pelo seu lado passivo, como uma obrigação real pública ou *propter rem* e, pelo seu lado activo, como um poder de gozo, de partilha do *usus* do prédio onerado pela servidão, que reverteria em favor do «público considerado no seu todo».

Não obstante, esta paz que se vive no seio da doutrina gaulesa não é absoluta, uma vez que resistem a esta arquitectura da figura aqueles que optam por contradistinguir as servidões administrativas e as sujeições de polícia. Estes Autores, como AUBRY / RAU, *Cours de droit civil français*, 4.^a edição, t. II, § 193 e t. III, § 239; M. L. HUILIER, *Répertoire Dalloz de droit public et administratif*, t. II, 1959, p. 879 e J-M. LOUP, *Servitudes et urbanisme*, in *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, 1963, p. 152, integram-se, de pleno direito, na fieira daqueles que, por contraponto aos que adoptam uma «classificação dualista» das limitações que impendem sobre o direito de propriedade (servidão de direito privado/servidão de direito público), aderem a uma sua «classificação trinitária» (P. S. BIEUSSES), englobando, enquanto figuras distintas entre si, as servidões de direito privado, as servidões administrativas e as sujeições de polícia.

³⁰ V., neste sentido, B. NOGUERA DE LA MUELA, *Las servidumbres de la Ley de Costas de 1988*, 1995, p. 90 a 107 e, igualmente, M. P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, 1999, p. 181 a 188, dando corpo a uma tendência, que se tem vindo a aprofundar na doutrina espanhola, de desvalorização, para não dizer mesmo de degradação, da distinção entre «limites normais do direito de propriedade», «limitações policiais da propriedade» e «servidões administrativas» (B. NOGUERA DE LA MUELA). A raiz deste desinteresse, pela diferença que intercede entre as várias figuras em apreço, há-de buscar-se em duas ordens fundamentais de considerações: por um lado, na impossibilidade de se chegar a uma delimitação tecnicamente rigorosa, e revestida do mínimo de consenso necessário, dos diversos institutos em presença; por outro lado, na ideia de que verdadeiramente relevante seria, tão só, lograr a definição de um critério operativo, que permitisse extremar, independentemente do respectivo *nomen*, as limitações de carácter expropriatório (e dignas de ressarcimento) daquelas que, por se circunscreverem à delimitação de conteúdo do direito de propriedade, não seriam merecedoras de indemnização.

Esta afigura-se ser, identicamente, a direcção por que se alinha o pensamento de F. ALVES CORREIA. Com efeito, se em Propriedade de bens culturais: restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas, in *Direito do Património Cultural* (cit. n. 13), p. 409, define as servidões administrativas como «encargos sobre determinados prédios (...) em proveito da utilidade pública do bem cultural imóvel, tendo como finalidade a **salvaguarda** e a **tutela** do bem classificado», tal não pode legitimamente interpretar-se senão como uma tentativa de traduzir de forma adequada a realidade jurídico-normativa com que se defronta, sem que, por essa razão, entre em crise o «conceito publicista e amplo de servidão» que propõe em *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, (n. 6), p. 525 e 526 e a que dá continuidade em *L'indemnisation des servitudes de urbanisme*, *DV*, n.º 48, 1999, p. 264, 266 e 281. Neste último caso, ainda que sem olvidar a distinção, a que reconhece foros de tradição na doutrina e na legislação portuguesa, entre servidões administrativas e restrições de utilidade pública, o Autor parece propender, em definitivo, pelo menos no quadro do direito urbanístico, para a sua unificação numa categoria superior, as denominadas servidões de urbanismo [«sujeições de interesse geral» ou «sujeições de urbanismo» (M. FROMONT)], que deveriam ser entendidas como consubstanciando «todas as interdições, limitações e condições à utilização, ocupação e à transformação dos solos impostas pelas regras do urbanismo em nome do interesse geral» (F. ALVES CORREIA). Ainda segundo F. ALVES CORREIA, estas servidões de urbanismo (e, bem assim, as demais servidões administrativas) deveriam ser «subordinadas a um regime jurídico inspirado por princípios comuns, o qual deveria abranger os seguintes aspectos essenciais: procedimento da sua constituição; o critério da sua sujeição, ou não, a indemnização; as regras respeitantes ao conteúdo ou à extensão da indemnização e à forma do seu pagamento; e, por fim, o processo de fixação ou de determinação do *quantum* indemnizatório.». Assim, julgamos poder afirmar que, de acordo com F. ALVES CORREIA, em matéria de servidões administrativas em geral (que não apenas no domínio das servidões de urbanismo, conforme estaria inicialmente programado), deveria valer uma disciplina normativa unitária mínima,

Afigura-se-nos, porém, que a dificuldade (e, admitamos, alguma dose de ineliminável incerteza)³¹ que rodeia a definição de uma nítida linha divisória entre as duas noções não pode justificar que se soçobre na tarefa de proceder à respectiva demarcação recíproca.

composta, sobretudo, por um núcleo duro de regras relativas ao *se* e ao *modus* da indemnização a arbitrar aos lesados pela sua imposição.

Relativamente aos esforços atrás apreciados - destinados, em última análise, a segregar um conceito unitário de «sujeição de interesse geral» -, apenas nos resta acrescentar que, em nossa opinião, pecam pela exacerbação do “momento ressarcitório”, menosprezando, do mesmo passo, a premência de operar a partir de figuras dogmáticas dotadas de coerência estrutural e funcional (em si e entre si), designadamente pelos reflexos que daí derivam em sede de modelação do respectivo regime jurídico, que não se esgota, longe disso, na aferição da sua (ir)relevância indemnizatória.

Na realidade, da qualificação como servidão (administrativa), para que tal não se reduza a uma mera fórmula de estilo, despida de qualquer conteúdo útil, deve retirar-se uma série de consequências, como sejam, nomeadamente, a da aplicação à categoria dos princípios enformadores dos direitos reais parciários públicos e, bem assim, ainda que com as necessárias adaptações, das disposições da lei civil relativas às servidões prediais. Se, além disso, se sustentar que as servidões de interesse público se têm que traduzir, sem excepção, numa transferência de utilidade(s) de um prédio em propriedade privada para um bem do domínio público, então as implicações, em sede do respectivo regime jurídico-positivo, serão, ainda, mais significativas, dado que lhes será extensiva, em boa medida, a disciplina normativa predisposta para os bens públicos.

É por esta razão que entendemos precipitado associar, num só instituto, servidões administrativas e restrições de utilidade pública, porquanto significa uniformizar onde há que, forçosamente, diferenciar. Por último, há somente que precisar o seguinte: um dos argumentos esgrimido para justificar a renúncia à destriça entre servidões e restrições de interesse público assenta, justamente, na relativa fluidez dos traços distintivos de ambas, daí resultando a impossibilidade de qualquer tentativa séria de concretizar semelhante empreendimento. Ora, a assunção deste pressuposto (indemonstrado) conduz ao paradoxo de erigir em alternativa um conceito-síntese de recorte mais amplo e de contornos ainda mais imprecisos e menos rigorosos.

Cfr., por último, sobre esta questão, F. ALVES CORREIA, (n. 17), p. 300 a 302 e, do mesmo Autor, (n. 20), p. 324 a 326 e 331 e 332.

³¹ Em relação às perplexidades que se geram a propósito da distinção entre servidões administrativas e limitações de direito público à propriedade individual, não há como não salientar, ainda que a título meramente exemplificativo (mas também paradigmático), a querela desencadeada no seio da doutrina e, também, da própria jurisprudência italianas sobre a natureza jurídica das legalmente denominadas servidões militares, v., assim, Corte Costituzionale, *Fl*, 1966, p. 202 a 210 (mais justamente p. 206), com anotação de V. ANDRIOLI, em que este Autor sublinha «não estar ainda suficientemente esclarecido na legislação, na jurisprudência e na doutrina o significado das duas expressões, “servidões” e “limites” (assumidos como sinónimos e intercambiáveis os termos “limites” e “limitações”), especialmente em relação às servidões militares». Cfr., para uma exposição exaustiva das várias posições em confronto, arrolando os principais argumentos esgrimidos num e noutro sentido, M. LUCIANI, *Servitù Militari*, in *EGT*, p. 15 a 18, que se inclina para a tese negatória da sua consideração como autênticas servidões públicas; v., por outro lado, em sentido diametralmente oposto, V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 339, que as classifica, sem margem para qualquer véu de dúvida, entre as servidões de direito público. Cfr., também, a finalizar, A. PUBUSA, *A. PUBUSA, Servitù Pubbliche*, in *EGT*, p. 4, que procura definir uma *via per mezzo* (sendo esta também a posição imputada, por M. LUCIANI, a M. S. GIANNINI), inscrevendo as constrações ao direito de propriedade ditadas por força da imposição de “servidões” militares, ora no leque das servidões jurídico-públicas ora no catálogo das limitações administrativas ao direito de propriedade individual.

V., por último, entre nós, sobre esta problemática destriça, Parecer da Câmara Corporativa (de que foi relator I. GALVÃO TELES), n.º 19/VI, in *Pareceres da Câmara Corporativa*, VI Legislatura, 1955, vol. I, p. (n. 21), p. 385 a 413 (*maxime* p. 390 a 392), em que aquela Câmara se debateu (em moldes que em muito fazem lembrar o caso italiano) com a controversa questão de aferir da necessidade e oportunidade de traçar uma linha divisória entre servidões militares e outras restrições de interesse militar ao direito de propriedade, sendo que, ao tempo, a sua opção acabou por recair na conveniência e na adequação de se operar uma tal delimitação de fronteiras. Desta forma, em consonância com o

Creemos, convictamente, que as razões que se escondem por detrás desta fusão, sob um conceito superior que operaria a respectiva síntese, das noções de servidão administrativa e de restrição de utilidade pública se encontram intimamente ligadas à relativa indeterminação do fundo dominante. Seria, justamente, da impraticabilidade de estabelecer a relação entre dois prédios, porquanto estaria ausente (ou seria incerto) o fundo dominante, que decorreria o imperativo de reconstruir a noção de servidão de direito público em termos absolutamente distintos da sua correlativa de direito privado.

Com efeito, a questão já não se centraria, apenas, numa mera diversidade de escopo (público ou privado, consoante os casos), mas seria de ordem estrutural, dado que o conceito de servidão administrativa dispensaria a presença de um prédio dominante. Este último, mesmo nas situações em que se mostrasse exequível a sua individualização, estaria sempre condenado a um papel secundário, para não dizer mesmo irrelevante, na economia da relação jurídica real de servidão pública³².

Fundamental, à configuração especificamente juspublicística da noção de servidão, seria apenas a imposição de um encargo, de natureza jurídico-real, a um prédio serviente, em homenagem à satisfação, em via directa e imediata, de um fim de interesse público. Em suma, a servidão de direito público não mais seria do que um «um poder jurídico parcial constituído sobre um imóvel em favor de uma empresa pública (*öffentliche Unternehmen*)» (O. MAYER)³³.

parecer daquela Câmara (cuja proposta final de articulado viria, aliás, no fundamental, a cristalizar-se no texto legal), servidões militares seriam apenas as que recaíssem sobre «zonas confinantes com organizações ou instalações militares ou de interesse para a defesa nacional» e, por sua vez, seriam qualificadas como outras restrições de interesse militar ao direito de propriedade as que incidissem sobre «zonas não confinantes com as referidas organizações ou instalações, mas integradas nos planos das operações militares», porquanto a estas últimas falaria o prédio dominante “ontologicamente” reclamado para se afirmar a existência de uma servidão.

³² Cfr., nestes precisos termos, J. M. AUBY, *apud* P. S. BIEUSSES, (n. 26), p. 46, que afirma que «para certas servidões administrativas se encontra um fundo dominante cuja conservação ou utilização as servidões têm por fim assegurar. No entanto, não é a existência do fundo que justifica a servidão, mas apenas o fim de utilidade pública a que aquele se encontra afectado. O fundo dominante não pode, por isso, ser considerado como um elemento de definição destas servidões»; v., igualmente, em idêntico sentido, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 9.ª ed, 1989, p. 192, que entende que a única advertência que se impõe fazer, em matéria de servidões públicas, é a de que nestas «a ideia do prédio dominante (portanto, do bem ou imóvel do domínio público) não é essencial; nem sequer existe normalmente», cfr., por fim, negligenciando, declaradamente, a relevância do prédio dominante, nos casos em que se dá a sua presença, P. S. BIEUSSES, (*ibidem*), p. 332 e 333, que circunscreve o seu «papel limitado e secundário» ao facto de constituir o «ponto fixo e material» por referência ao qual será determinado o traçado da servidão, com a consequente simplificação da fase instrutória do procedimento tendente à sua imposição.

³³ A locução é retirada de O. MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, 1982, t. III, 2.ª ed. (traduzido de *Le droit administratif allemand*, 1904), p. 270 a 272. Relativamente à concepção sustentada pelo Autor alemão, v. V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 334 e 335 (em nota), que sustenta, algo levemente, permanecer esta ainda «substancialmente válida», desde que em lugar da expressão “empresa pública” passe a figurar, conforme sugere O. RANELLETTI, “(...) em favor da destinação de um fundo dominial”. Parece-nos, porém, que só a custo se poderá pretender que, com a introdução desta “ligeira adaptação”, se trata, somente, de proceder a uma simples, mas necessária, actualização da fórmula do Autor germânico. Pensamos, bem pelo contrário, que o afeiçoamento proposto desvirtua e afronta, no seu âmago, o pensamento de O. MAYER, para quem «um *praedium dominans* será frequentemente muito difícil de definir», sendo que, «em todo o caso, a servidão nunca está ligada pura e simplesmente ao imóvel dominante». Encontramo-nos, pois, em face de duas posições claramente antagónicas: uma

A aceitação deste entendimento, com o conseqüente afastamento do *praedium dominans* do núcleo definitivo da servidão de utilidade pública, resulta numa diluição significativa da distância que a separa das limitações administrativas ao direito de propriedade, pelo que é sem surpresa que se devem encarar as tentativas que, nesta esteira, procuram agregar numa só figura estas duas figuras jurídicas³⁴. A natureza incerta e pouco nítida das fronteiras entre servidão administrativa e restrição de utilidade pública assim o imporia³⁵

Por nós, entendemos que o instituto da servidão administrativa é, hodiernamente, «indiscutivelmente caracterizado pela ligação necessária, intrínseca e permanente entre fundos» (A. PUBUSA), não sendo possível prescindir da nota da predialidade para lograr uma sua adequada configuração³⁶.

para a qual a servidão pública é, em si mesma, inconcebível dissociada de um fundo dominante (V. CERULLI IRELLI); outra, por sua vez, que aceita, ou ao menos convive pacificamente, com a ausência de um “prédio” do lado activo da relação jurídico-real de servidão (O. MAYER). Cfr., também, mas em tom crítico, C. FERRARI, *Servitù Prediali Pubbliche*, in *Nss. D.I.*, vol. XVII, 1970, p. 167 (em nota), que tributa a O. MAYER o mérito da elaboração da principal teoria “autonómica” da servidão de direito público, sem, no entanto, deixar de observar que a concepção de servidão pública aí prefigurada enferma de uma excessiva latitude, o que conlevaria o seu escasso préstimo jurídico-dogmático.

Deste modo, embora reconheça ser a doutrina de O. MAYER a tentativa mais significativa, ainda que não totalmente conseguida, de desvincular a servidão de utilidade pública dos «tradicionais esquemas privatísticos» (C. FERRARI), o Autor aponta-lhe o “pecado original” de contribuir para diluir (e não para deslindar) a linha de fronteira, apesar de tudo remanescente, entre as servidões administrativas e as limitações de direito público à propriedade privada.

³⁴ Cfr. os Autores indicados, designadamente, nas notas 28 e 29. Numa lógica diversa, v. A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1993, 2, XV ed., p. 802 a 805 e 811 a 814 e, bem assim, F. GARRIDO FALLA, (n. 31), p. 192 a 194, que, apesar de partirem de uma noção abrangente de vínculo [cfr., neste sentido, A. M. SANDULLI, (n. 9), p. 809 a 840; G. LANDI, *L’indennizzabilità dei vincoli d’interesse pubblico della proprietà privata*, *Foro amministrativo*, 1970, p. 475 a 490 e F. GARRIDO FALLA, *El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada*, *RAP*, 1976, p. 7 a 33], não abdicam de ensaiar uma delimitação rigorosa entre limitações administrativas e servidões de interesse público.

³⁵ Afigura-se ser esta a razão que leva R. POLLET, (n. 13), p. 6, a confessar a dificuldade, para não dizer mesmo uma relativa impotência, em distinguir as servidões administrativas das medidas administrativas de polícia, dado que, em certas ocasiões, as «obrigações resultantes de um regulamento de polícia não se diferenciam, em nada, pelo seu conteúdo, das impostas por servidões».

³⁶ Em termos que não diferem sensivelmente dos avançados por A. PUBUSA, (n. 30), p. 1, se posicionam, igualmente, V. CERULLI IRELLI (n. 17), p. 333, que reserva a expressão servidão pública, apesar de assinalar que a mesma tem vindo a ser usada como sinédoque (compreendendo todos os direitos reais parciários públicos), para identificar as situações em que o encargo imposto a um fundo (dito serviente) é constituído para «a utilidade de um bem público»; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni Pubblici e d’Interesse Pubblico*, in L. MAZZAROLI [et al.], *Diritto Amministrativo*, I, 2.ª ed., 1998, p. 1097, que reconduz ao *nomen* de servidão predial pública os direitos reais dominiais sobre coisa alheia que «exaurem a sua razão de ser na simples relação funcional com um bem dominial» e, por fim, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 170 a 178, *maxime* p. 173, que qualifica de «quase incrível o número de pseudo problemas que se acumularam, particularmente no passado, sobre a matéria dita, correntemente, das servidões públicas», uma vez que estas, em tudo semelhantes às suas homólogas de direito privado, mais não seriam do que «direitos reais cuja função é a de prestar ao fundo dominante uma utilidade que só pode ser fornecida pelo fundo serviente», por contraponto às limitações administrativas, que se analisariam em «modos relacionais de conformação física dos bens estabelecidos por normas imperativas», em ordem a disciplinar as relações de vizinhança entre imóveis (públicos ou privados) de distintos proprietários.

Julgamos, aliás, que esta obliteração do prédio dominante do lado activo da relação de servidão pública se deve à crença, quase obsessiva, por parte de um sector da doutrina, de que a autonomia da figura repousaria, necessariamente, na sua construção a partir de dados estruturalmente novos, uma vez que só garantindo a sua diversidade estrutural se poderia afirmar a sua autonomia conceitual³⁷.

Ora, parece-nos que esta ânsia – de criar um instituto jurídico-público radicalmente novo e solto das amarras do direito civil – não autoriza a que se procure erigir o interesse público em fundo dominante (que fundo não é) e que, simultaneamente, se tente desvalorizar, ou mesmo fazer desaparecer, o *praedium dominans* onde este inequivocamente existe³⁸.

Além disso, está por provar (como melhor veremos adiante) que a conservação da necessária relação entre fundos, como mínimo denominador comum das servidões de interesse público e das servidões de direito privado, preclua, definitivamente, a afirmação da singularidade das primeiras.

³⁷ Esta preocupação é particularmente evidente em C. FERRARI (n. 32), p. 174, que, na sequência de uma sofisticada elaboração do conceito de servidão pública, conclui que esta se traduz num «peso imposto sobre um fundo para a utilidade de um interesse público que se individualiza através de algum dos bens dominiais ou de algum dos fins correspondentes aos mesmos bens dominiais». Esta forma de conceber a servidão administrativa, para lá de colher arrimo, na perspectiva do Autor, na letra do art.º 825.º do Código Civil (italiano), fundar-se-ia, de igual modo, na diferente natureza da propriedade pública e privada. Na verdade, segundo a perspectiva sufragada, na propriedade particular tudo se passa como se o interesse do proprietário se totalizasse na coisa (sendo «substancialmente identificável» com o bem objecto do direito), porquanto lhe está reservada a *plena in re potestas*; já no que se refere aos bens dominiais, e ao invés, o que sucede é que ocorre uma clara disjunção entre o seu proprietário formal - a Administração Pública - e os interessados no respectivo gozo - o público -, daí derivando que o bem não releva em si, mas apenas na medida das utilidades que o público, enquanto seu proprietário material, dele pode extrair, nos termos definidos por lei e concretizados pela Administração.

Assim, o prédio serviente estaria, na primeira hipótese, numa relação directa de serviço com o prédio dominante (uma vez que com este se confunde o interesse do seu titular) e, na segunda hipótese, numa relação imediata de serviço com o interesse público (que se autonomiza da coisa dominante), ainda que concretizada, mediatamente, num bem dominial. Dominante, nas servidões administrativas, seria o interesse público e não um qualquer bem dominial, que, caso existisse, estaria relegado para a condição de simples meio/instrumento de individualização e de externalização desse mesmo interesse público.

³⁸ Assim, rigorosamente, A. PUBUSA, (n. 30), p. 2, que, respondendo à objecção de que não seria «possível destacar o fundo da função pública do fundo», por isso que «a relação entre fundo e fundo se resolveria sempre numa relação directa entre fundo e serviço», aceita a inerência da destinação ou função pública ao prédio dominante (dado que seria justamente aquela que o qualificaria), mas esclarece que o fundo não se confunde (nem tão pouco se deve confundir) com o serviço público que é chamado a prestar e de que constitui «bem instrumental», tanto quanto se não deve confundir o instrumento com o escopo para o qual é usado; v., ainda dentro desta mesma linha de princípio, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 172, que manifesta um claro desdém, pese embora a sua «larga difusão», pelo «conceito amplíssimo de servidão pública» de O. MAYER, que considera como «fundo dominante a “empresa do Estado” tomada no seu complexo»; por fim, para uma arquitectura dogmática consequente da servidão administrativa “carente” de fundo dominante, não deixando, porém, de dar nota que, numa cópia significativa de situações, é possível surpreender num bem dominial esta qualidade-função de prédio dominante (as pelo Autor denominadas «servidões prediais dominiais»), ainda que, em última análise, releve essencialmente o “serviço” prestado à “empresa pública”, cfr., amplamente, O. RANELLETTI, *Concetto, Natura e Limiti del Demanio Pubblico*, *GI*, vol. L, 1898, p. 176 a 217 (sobretudo p. 182).

Com efeito, parece-nos que a finalidade pública e a natureza dominial do bem dominante imprimem, só por si, tantas e tão significativas diferenças ao regime aplicável às figuras jurídicas em causa que, apesar da sua (quase) identidade de estrutura, não legitimam, sequer, que se questione, com propósitos sérios, a especificidade das servidões administrativas.

Além da nota da necessária relação entre prédios, que está ausente nas limitações de direito público à propriedade privada, as servidões administrativas destacam-se destas últimas por implicarem uma transferência de utilidade(s) do prédio serviente para o fundo dominante, não se circunscrevendo o seu âmbito de eficácia, ao invés do que sucede com as limitações administrativas, ao simples recorte do conteúdo do direito de propriedade. Independentemente da ductilidade que caracteriza este sinal distintivo das servidões públicas - uma vez que nem sempre é fácil definir onde acaba a mera delimitação da densidade do direito de propriedade e começa a subtração de faculdades ao titular do prédio serviente com o correspondente ingresso na esfera de gozo do proprietário do fundo dominante -, certo é que o mesmo permanece como adicional pedra de toque da diferenciação que importa estabelecer entre estes dois institutos³⁹.

Por fim, a instituição de servidões de utilidade pública, por contraponto à determinação normativa de limitações administrativas ao direito de propriedade, daria forçosamente lugar a uma indemnização, sendo que esta já não se justificaria para as limitações de direito público, atentos os nulos efeitos que estas últimas desencadeariam sobre o círculo de faculdades compreendidas no e pelo direito de propriedade⁴⁰.

³⁹ A transferência de *utilitates* do fundo serviente para o fundo dominante, que faltaria nas limitações de direito público à propriedade particular (que introduziriam uma compressão nos poderes do proprietário sobre o bem sem que tal revertesse em proveito de qualquer propriedade contraposta), é uma dimensão caracterizadora das servidões públicas cara à doutrina italiana, como aliás se depreende da leitura de O. RANELLETTI, (n. 37), p. 184, que considera constituir «um dos elementos essenciais ao conceito de servidão que de um lado haja um peso imposto sobre um fundo, que reduza a extensão do poder que forma o conteúdo do direito de propriedade, isto é, que haja lugar à diminuição de um direito; e que, do outro lado, haja uma vantagem correspondente a esta limitação do fundo serviente, ou seja, a satisfação de um interesse (necessidade ou utilidade, também voluptuária) de uma determinada pessoa ou de um determinado fundo», passando pela de M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 175 e terminando na de A. PUBUSA, (n. 30), p. 2, que se refere, impropriamente (confundindo o continente com o seu conteúdo), «a transferência de direitos». Para uma aturada exposição desta problemática, v., por todos, M. LUCIANI, (n. 30), p. 15 e 16, que evidencia, a nosso ver certamente, que «esta apropriação das faculdades contidas no direito de propriedade dos sujeitos confinantes» (G. PASINI / L. BALUCANI) é particularmente difícil de detectar nas servidões de conteúdo meramente negativo, o que emprestaria uma delicadeza acrescida à sua demarcação em face das limitações administrativas ao direito de propriedade individual.

⁴⁰ A indemnizabilidade das servidões públicas (que já tivemos ocasião de tratar de forma detalhada *supra*, no quadro da distinção entre expropriação e servidão administrativa) ou, dito de outra forma, a ressarcibilidade dos vínculos emergentes da constituição de servidões administrativas, aparece, comumente, como elemento tipificador desta espécie de direitos reais parciais públicos. Cfr., rigorosamente nesta senda, M. S. GIANNINI, (n. 1), p. 760 a 764 e (n. 24), p. 175, bem como V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 338, que concluem, em unísono, pela inconstitucionalidade das prescrições normativas que excluem a indemnizabilidade dos «danos permanentes» resultantes para os proprietários particulares da oneração dos seus bens por servidões de utilidade pública; v., também, A. PUBUSA, (n. 30), p. 7, embora não tão afoito em relação ao vício de inconstitucionalidade de que padeceriam, sem excepção, as normas que afastassem a compensação dos prejuízos devidos pela sujeição da propriedade privada a servidões de interesse público (limitando-se, tão só, a confessar as

2.3. Servidão de direito público e direitos de uso público.

Os direitos de uso público, que procuraremos, de seguida, diferenciar das servidões públicas, traduzem-se, no essencial (pelo menos na configuração que lhes emprestaremos no presente estudo), numa construção de matriz jurisprudencial, sendo, porém, praticamente desconhecidos entre nós⁴¹⁴².

Precisamente por essa razão, entendemos que é de todo vantajoso proceder, nesta sede, algo detidamente, a uma precisão da sua natureza e, bem assim, do respectivo conteúdo, dado que vários são os arestos tirados pelas nossas instâncias jurisdicionais em que o estado de quase

suas dúvidas relativamente à legitimidade constitucional das normas que determinam a inindemnizabilidade dos ónus «escassamente relevantes» decorrentes da imposição de servidões de utilidade pública); cfr., para um ponto de situação na doutrina espanhola, B. NOGUERA DE LA MUELA, (n. 29), p. 103 e 104, que critica a declarada ausência de rigor técnico subjacente a esta pseudo nota caracterizadora das servidões administrativas, porquanto haveria servidões públicas cuja imposição não acarretaria qualquer dever para a Administração de indemnizar os lesados pela diminuição patrimonial sofrida; v., porém, em sentido contrário, CONDE CONDE, M., El pretendido uso publico de las playas y zona maritimo-terrestre de propiedad particular, *RAP*, 1974, p. 444 a 446 (em particular p. 446), em que afirma, decididamente, que «uma limitação nunca implica um direito a indemnização. Uma servidão sempre.»; por último, cfr., ainda, para a dogmática francesa, os Autores referidos nas notas 21 e 22 e, em especial, F. BOUYSSOU, (n. 12), p. 119 e 120, que recusa a admissibilidade, por afronta directa a princípios de imediata relevância constitucional (na leitura que deles faz a jurisprudência mais recente do Conseil constitutionnel), da exclusão legal automática do dever, a cargo da Administração, de prover à respectiva indemnização.

⁴¹ No sentido de que nos encontramos «defronte de um instituto de direito jurisprudencial» ou, o que vale por dizer o mesmo, que nos achamos face a uma «categoria de direitos de criação essencialmente jurisprudencial», correspondendo a «uma tradição (...) mais do que secular», cfr. V. CERULLI IRELLI, respectivamente, em *Proprietà Pubblica e Diritti Collettivi*, 1983, p. 169 e *Uso pubblico*, in *EdD*, XLV, 1992, p. 958; v., ainda, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 169, que, sem atingir o limiar de tributar a génese da figura à jurisprudência, acentua, sobremaneira, o respectivo contributo para a sua aceitação «ilimitada» quer pelo que respeita ao seu conteúdo, quer pelo que toca às suas formas ou modos de aquisição. Cfr., ainda, para uma descrição, e pontual análise, do célebre caso jurisprudencial *Villa Borghese*, que é citado pela grande maioria dos Autores por ter inaugurado «a formação de uma verdadeira construção jurisprudencial do tema» (F. INVREA), M. D'AMELIO, *Servitù pubbliche. Parte I: Servitù amministrative*, in *DI*, vol. XXV, parte III, sez. I, 1895-1902, p. 206 a 209, enfatizando ser esta a «mais notável e autorizada afirmação judiciária da existência de direitos de utilidade pública sobre propriedade privada», bem como V. CERULLI IRELLI, *Proprietà Pubblica e Diritti Collettivi*, p. 170 a 180, em que faz igualmente menção (p. 175, n. 9) ao importante caso *Villa Lante*, que tem de comum com o *Villa Borghese* o facto de, em ambas as situações, haver uma vontade inicial do proprietário do bem (*dicatio*), seguida de um uso plurissecular por parte da comunidade de habitantes, de abrir o mesmo à fruição das populações de Roma (*Villa Borghese*) e de Bagnaia (*Villa Lante*).

⁴² Dizemos que os direitos de uso público são praticamente, e não totalmente, ignorados pelas nossas doutrina e jurisprudência, porquanto, recentemente, A. QUEIRÓ / J. GABRIEL QUEIRÓ - Propriedade pública e direitos reais de uso público no domínio da circulação urbana, *DJ*, vol. IX, t. 2, 1995, p. 231 a 283 (em especial p. 272 a 280) - foram responsáveis pela introdução [sem que se esqueça a alusão fugaz à categoria por A. VAZ SERRA, *BMJ*, 105, p. 92 (na nota 164), que, no entanto, parece fundir os direitos de uso público com os usos cívicos, não se dando eventualmente conta da diferença que medeia entre estas duas *figurae juris*], no seio da nossa doutrina, do referido instituto, ainda que de acordo com uma sua concepção que, como adiante se verá, não pode colher o nosso inteiro aplauso. Ademais, na *facti-species* relativamente à qual os Autores foram chamados a emitir o seu douto parecer, mais do que um autêntico direito de uso público, estaria em causa, a nosso ver, um direito real parciário público (do tipo do direito real de uso ou de superfície) na titularidade directa do Município de Lisboa (que não da colectividade de utentes não personificada, conforme é timbre dos direitos de uso público).

absoluto alheamento em relação estes direitos reais parciários públicos (em especial, por força do grau de significativo amadurecimento a que se elevou a sua conceptualização no quadro da jurisprudência e da doutrina italianas)⁴³ se traduziu numa deficitária apreensão da relação material controvertida.

Estamos a pensar, obviamente, nas múltiplas espécies jurisprudenciais (objecto, igualmente, de alguma atenção por parte da doutrina) que versaram sobre os caminhos públicos e que vieram a culminar no assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Abril, do seguinte teor: «São públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público.»⁴⁴.

⁴³ Não seria justo, porém, deixar passar em claro os desenvolvimentos que a figura, ainda que com diversos matizes (mas que, de todo o modo, por permanecerem fieis à sua matriz comum, nos permitem asseverar, com segurança, estarmos em face desta espécie singular de direitos reais parciários públicos), tem experimentado noutros ordenamentos jurídicos, em que a sua elaboração doutrinal e a correspondente aplicação jurisprudencial se situam em patamares de igual sofisticação. É o que se passa, designadamente, com os direitos germânico e norte-americano, em que o tratamento dispensado ao instituto jurídico sob apreciação tem atingido um desenvolvimento assinalável, cfr., assim, F. MERLI, *Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch*, 1995, p. 86 a 90 (para o ordenamento norte-americano) e p. 352 a 365 (para o direito germânico, embora centrando a sua teorização, preferencialmente, sobre os dados jurídico-positivos oferecidos pela experiência austríaca) e, embora cingindo-se exclusivamente à realidade norte-americana, R. J. LAZARUS, *Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine*, *Iowa Law Review*, 71, 1986, p. 631 a 716 [em especial, p. 653 e 691 (n. 367)]; v., por último, perfunctoriamente e restringindo a sua análise à ordem jurídica alemã, E. PAPPERMANN, *Grundfälle zum öffentlichen Sachenrecht*, *JuS*, 1979, p. 794 a 799 (*maxime* p. 795), que adjectiva, acompanhando H. J. PAPIER, (n. 29), p. 3, os bens sobre os quais recaem direitos de uso público como «coisas públicas de facto» (*tatsächlichen öffentlichen Sachen*) e, ainda, K. D. LORENZ, (n. 29), p. 814, que acentua, precisamente, as «intensivas vinculações jurídico-públicas» (*intensiven öffentlichrechtlichen Bindungen*) a que se acham submetidas, mormente, as florestas em regime de propriedade privada, também em virtude do uso (designadamente para efeitos de recreio) que delas é feito por parte do público.

⁴⁴ O assento citado encontra-se publicado no *BMJ*, 1989, p. 121 a 125 e veio pôr termo a um dissenso que tomou conta, por um largo período, da nossa jurisprudência. O referido desacordo girava em torno dos requisitos necessários à formação dos caminhos públicos e esteve na origem de duas correntes jurisprudenciais de sentido divergente (para não dizer mesmo frontalmente contraditório): segundo a tendência dominante (que acabou, aliás, por não fazer vencimento), e que colhia, igualmente, a preferência da nossa doutrina mais autorizada, para que um caminho se integrasse no domínio público não bastava que estivesse no uso directo e imediato do público, ainda que desde tempos imemoriais (constituindo, antes, tal facto mera presunção da sua dominialidade pública), sendo igualmente indispensável [de acordo com o estatuído pelo art.º 380.º do Código Civil de 1867 (que permaneceria em vigor)] que fosse legitimamente apropriado, e administrado, por uma pessoa colectiva de direito público; ao invés, de acordo com a tendência minoritária, seria suficiente, para que uma coisa fosse qualificada como pública (mormente um caminho), e contanto que o critério dessa dominialidade não resultasse “automaticamente” da lei, a sua afectação, de forma directa e imediata, ao fim de utilidade pública que lhe fosse inerente. Ora, nos casos concretamente submetidos a juízo, em que estavam em causa vias destinadas ao trânsito da população, a destinação destas últimas ao seu escopo de interesse público materializava-se, justamente, no seu uso directo e imediato pelo público.

De modo algo surpreendente, e ao arrepio da jurisprudência e da doutrina maioritárias, foi este último entendimento, conforme tivemos ocasião de o fazer notar, que veio a prevalecer e, assim, a compor definitivamente a ordem jurídica portuguesa. V., para uma exposição sucinta da matéria em apreço, J. F. NUNES BARATA, *Caminhos públicos*, in *DJAP*, vol. II, 2.ª ed., 1990, p. 201 a 204.

O tratamento jurídico-dogmático destas situações (em que, em nosso entender, estão em causa direitos de uso público) tem sido dominado pelo signo da hesitação, oscilando a sua qualificação entre as seguintes categorias: bens do domínio público; atravessadouros e servidões de direito público (agravando-se, nesta última hipótese, as dificuldades em recortar, com rigor, a fisionomia típica das servidões administrativas)⁴⁵.

Às perplexidades geradas em torno da determinação da respectiva natureza jurídica, ultrapassadas no sentido da assunção do seu estatuto de bens dominiais, acrescem as dúvidas relativas ao processo formativo desta dominialidade, questionando-se se é bastante o uso directo e imediato pelo público, ou se, em alternativa, será de exigir que o caminho seja «produzido ou legitimamente apropriado, e administrado», por uma pessoa colectiva de direito público (tendo sido justamente a esta controvérsia que veio pôr cobro, no sentido acima indicado, o assento do STJ)⁴⁶.

Afigura-se-nos, no entanto, que nos deparamos, antes, com autênticos direitos de uso público, comumente retratados como «uma particular categoria de direitos colectivos, tendo por objecto coisas imóveis ou móveis e consistindo no gozo e no uso» (V. CERULLI IRELLI), por parte do respectivo titular (público), das utilidades proporcionadas pelas mesmas⁴⁷. Estas

⁴⁵ Para um estudo, sistemático e exaustivo (na sequência do assento do STJ) dos caminhos públicos e das categorias dogmáticas que se posicionam nas respectivas imediações, procurando engendrar uma solução congruente para os delicados problemas de articulação recíproca, v. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, Caminho público, atravessadouro e servidão de passagem, *OD*, ano 123.º, p. 535 a 551, em que o Autor intenta, sobretudo, definir um *modus operandi* que permita discernir os caminhos públicos dos atravessadouros (abolidos do nosso ordenamento jurídico, desde 1773, salvo expressa ressalva legal), que passaria pela presunção - legítima, dado que estes últimos estão praticamente restringidos ou reduzidos à condição de «acessos a imóveis determinados» - de «que há caminho público quando se ligam caminhos entre si, e atravessadouro quando se liga um caminho público a um imóvel.». Cfr., também, de modo bastante mais abreviado, D. FREITAS DO AMARAL / J. CAUPERS, Parecer, *CJ*, ano XIV, 1989, p. 11 e 12, a pretexto do célebre caso da Quinta do Zorro, que teve o seu desfecho (no sentido de que não estava em causa um caminho público - tal como propugnavam, aliás, os Autores citados - por carência de prova do requisito da posse imemorial) com o acórdão do STJ, de 2 de Dezembro de 1992, publicado no *BMJ*, 1993, p. 355 a 364.

De qualquer forma, a proposta de J. OLIVEIRA ASCENSÃO não deve ser interpretada como excluindo *ipso jure* a possibilidade de atravessadouros que conectem dois caminhos públicos (e que, nessa medida, se devem ter por proscritos), contanto que se adira à tese, de inspiração jurisprudencial, de que o uso directo e imediato pelo público, desde tempos imemoriais, de um dado caminho, apenas pode fundar a sua dominialidade pública se «visar a satisfação de interesses colectivos de certo grau ou relevância». Noutros termos, só é razoável passar da presunção (de coisa pública) à sua consumação quando o uso do caminho por parte da colectividade se consubstanciar numa resposta a «relevantes interesses públicos», devendo, por essa razão, reputar-se de meros atravessadouros (desprovidos de qualquer tutela jurídica) «dois caminhos carrais existentes num terreno particular e que apenas *proporcionam um pouco relevante encurtamento da distância entre dois caminhos públicos*» (o itálico é nosso), v., por todos, o acórdão do STJ, de 10 de Novembro de 1993, publicado no *BMJ*, 1993, p. 300 a 308.

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, remetemo-nos para o que dissemos, *supra*, na nota 56.

⁴⁷ A definição foi pedida, nos seus traços essenciais, a V. CERULLI IRELLI, *Usa pubblico*, in *EdD*, XLV, 1992, p. 954; v., em sentido sensivelmente idêntico, A. PUBUSA, *Usa pubblico (diritti di)*, in *EGT*, p. 1, que caracteriza os direitos de uso público como «direitos reais que cabem à colectividade não personificada de utentes sobre bens pertencentes a outros sujeitos, quando os mesmos direitos sejam constituídos para a consecução de fins de interesse público correspondentes àqueles a que servem os bens dominiais». A figura destes direitos reais parciários públicos é, dentre a pluralidade de categorias por

coisas pertencem, em regra, a sujeitos privados (que assumem a condição de terceiros por relação à colectividade que delas aproveita), encontrando-se os membros da comunidade utente, por sua vez, necessariamente ligados entre si por um vínculo de “habitação” (*universitas incolarum*)⁴⁸.

Estes direitos parciários de natureza real assomam, assim, como situações jurídicas subjectivas de «imputação colectiva», sendo directamente titulados pela *Allmende* ou *Universitas*. Dito de outra forma, titular dos direitos de uso público é a comunidade de habitantes e não o seu ente público exponencial (por exemplo, o município ou a freguesia)⁴⁹.

O ente público representativo da comunidade é assim convocado apenas na sua condição de «centro de imputação dinâmico» dotado da indispensável capacidade de reagir aos comandos postos pelo ordenamento jurídico, isto é, enquanto sujeito de direito habilitado a «expressir uma vontade juridicamente significativa» (V. CERULLI IRELLI)⁵⁰.

Não obstante, aos direitos de uso público há-de reconhecer-se uma natureza colectiva, que não é prejudicada, nem muito menos apagada, pela sua «imputação contextual», em homenagem aos princípios democrático e da autonomia (local), a entes públicos territoriais, em razão da sua qualidade de entes representativos das comunidades radicadas na respectiva circunscrição⁵¹.

que se desdobra a matéria das “coisas públicas” (entendida a expressão em termos translatos), considerada, unanimemente, pelos Autores como «a mais obscura» (V. CERULLI IRELLI) «indefinida e híbrida» (G. PUGLIESE), estando, por isso mesmo, «a sua explicação ainda por encontrar» (M. S. GIANNINI).

⁴⁸ No sentido de que os direitos de uso público - na medida em que promovem uma fractura do domínio (com o rompimento da sua unidade natural) em várias categorias de direitos ajustadas às múltiplas utilidades prestadas por um fundo - «tiram a sua origem do condomínio *juris germanici* e não do rigor estrito do direito *quiritario*» (CASSAZIONE), cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà Pubblica e Diritti Collettivi*, 1983, p. 175 a 177, em que o Autor reitera, sucessivamente, esta feliz formulação de vincada inspiração jurisprudencial.

⁴⁹ V., nesta precisa direcção, V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 959 a 961 e (n. 47), p. 183 a 186, 200, 205 e *passim*; F. INVREA, *Servitù pubbliche*, in *Nss. DI*, XII, 1, 1939, p. 203, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 159 a 160 e 167 a 170; V. CAPUTI JAMBRENGHI, (n. 35), p. 1099; A. PUBUSA, (n. 46), p. 1 a 2, que, inspirado em G. PUGLIESE, se refere a uma «noção bifronte de direitos de uso público», justamente para realçar não só a viva disputa que perdura na doutrina italiana em relação à titularidade destes direitos, mas, também (independentemente da posição que se queira assumir relativamente a esta última questão), para fazer ressaltar a concorrência de “vontades” da *Universitas* e do seu ente exponencial na respectiva conformação e, a finalizar, F. MERLI, (n. 42), p. 353 a 360, que vê na «comunidade» (*Gemeinde*) a autêntica titular dos direitos de uso público, adquiridos, em regra, por «usucapião» (*Ersitzung*), resultante da «vontade possessória» (*Besitzwille*) manifestada por um «círculo indeterminado de pessoas» (*unbestimmten Personenkreis*) ou, caso se preferir, pelo «público» (*Allgemeinheit*).

⁵⁰ Cfr., pelo que se prende com as asserções evidenciadas em texto, V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 965.

⁵¹ Pelo que respeita à “partilha” dos direitos de uso público, de que é titular exclusiva a comunidade de habitantes, com os entes públicos territoriais (designadamente pelo que toca ao seu exercício – prática de actos de conservação, manutenção e renúncia – e, bem assim, à respectiva tutela – administrativa e jurisdicional), como refracção dos princípios democrático e da autonomia local (plasmados na nossa Constituição, respectivamente, nos seus art.ºs 1.º e 2.º - princípio democrático e no seu art.º 235.º - princípio da autonomia local), cfr., expressamente, A. PUBUSA, (n. 46), p. 4 (reportando-se aos lugares paralelos da Constituição italiana – art.ºs 1.º, 5.º e 114.º e ss), bem como F. INVREA, (n. 48), p. 203, que enfatiza, igualmente, esta função de representação da colectividade que cabe ao Município nas vestes de «suprema autoridade administrativa local» (*Podestà*).

As tentativas, recorrentes, de negar à colectividade de utentes indeterminada, *ex iure proprio*, a titularidade destes direitos relevam, assim, de uma pré-compreensão de cunho marcadamente individualista (e estadualista), que leva implicada a recusa da subsistência de posições jurídicas subjectivas que não sejam, em última análise, referenciáveis a uma pessoa singular ou colectiva⁵².

⁵² No sentido da inviabilidade de uma relação jurídica estabelecida, *recta via*, entre a colectividade não personificada e as “coisas públicas” em que se suportam materialmente os direitos de uso público, v. M. D’AMELIO, (n. 40), p. 233, que, arrancando da afirmação de que «o público não tem capacidade jurídica para adquirir qualquer direito», conclui que é necessário «considerar o município como o titular efectivo do direito de uso público»; cfr., igualmente, G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. IV, 3.ª ed. (actualizada), 1948, p. 163 e 164 e, bem assim, na que constitui a mais completa e acabada formulação doutrinal da radicação destes direitos reais parciários públicos no ente público territorial exponencial da colectividade, G. PUGLIESE, *Questioni sull’acquisto e l’estinzione delle servitù d’uso pubblico*, *FI*, 1949, I, p. 580 a 586, que imputa a natureza híbrida e indefinida da figura não apenas à circunstância de «o seu lugar no quadro dos direitos reais ser individualizado unicamente de modo negativo» e residual (usando de um método que actua por exclusão de partes e que leva a arredá-la quer do campo das servidões prediais, quer do domínio dos direitos reais de uso e de usufruto, para a situar num lugar autónomo, como instituto *sui generis* de direito público), mas, de igual modo, ao facto (que é o que por ora mais nos interessa) de se afigurar «incerta a determinação do titular a que pertence, enquanto se oscila entre a pessoa jurídica pública e a colectividade não personificada.».

A fim de superar estas debilidades estruturais que reconhece na, impropriamente denominada, “servidão de uso público”, G. PUGLIESE procura fixar uma «orientação» (que não uma «solução definitiva») válida para afrontar a realidade jurídico-dogmática dos direitos de uso público, superando, assim, o «fenómeno, bastante difuso na matéria administrativa», de conferir prevalência ao «momento negativo da emancipação do direito privado sobre o momento positivo da enunciação de princípios próprios». A definição desta “nova” orientação assentaria, em primeira linha (como seu alicerce irrefragável), no imperativo de recusar à *Allmende* a titularidade dos direitos de uso público, em atenção a uma dupla ordem de considerações: em primeiro lugar, por força da «grave incerteza em torno dos titulares do direito» que a aceitação da sua natureza colectiva introduziria [atenta a dificuldade de proceder à determinação dos membros pertencentes à colectividade, seja em termos sincrónicos («num momento dado») seja em termos diacrónicos (pelo seu «variar no tempo» em virtude do «carácter perpétuo» daquela)]; em segundo lugar, dada a «impossibilidade de reconhecer ao direito natureza real» (os itálicos são nossos), porquanto a sua imputação à comunidade de habitantes o arrastaria, inexoravelmente, para lá do «ordenamento publicístico», e, de acordo com os princípios de direito privado (a que passaria a estar forçosamente subordinado), não é possível conceber «uma relação real perpétua que não se encontre ligada activamente a um fundo», isto é, que não assuma a configuração de um direito real de servidão (predial). Assim, outra solução não restaria que não a da «personificação da colectividade no ente público territorial», com a sua eficácia irradiante sobre o regime jurídico conformador destes direitos reais parciários públicos, agora de índole dominial, que passaria a ser modelado em obediência estrita a esta sua pressuposta titularidade (apenas adquirindo relevância imediata, em sede de aquisição, exercício e extinção dos direitos em apreço, os actos praticados pela entidade pública, não obstante não ser de desprezar totalmente uma eventual eficácia mediata a consignar ao exercício espontâneo de poderes de facto pela colectividade-comunidade sobre os bens submetidos ao uso público). V., na esteira de G. PUGLIESE, cuja reconstrução da teoria da servidão de uso público fez escola num círculo significativo da doutrina italiana (embora não tenha tido “artes” de influenciar a sólida tradição jurisprudencial, de sentido inverso, imperante neste sector do ordenamento jurídico), P. L. VIGNA, In tema di servitù di uso pubblico, *FA*, p. II, sez. I, 1958, p. 418 a 430 e, particularmente pelo que concerne à controvérsia tocante à titularidade dos direitos de uso público, p. 424 a 426, recalçando os argumentos de G. PUGLIESE e ajuntando-lhes, tão só, o enquadramento (como veremos indevido) jurídico-positivo desta categoria de direitos *sui generis* no art.º 825.º da Lei Civil transalpina; cfr., de igual forma, embora em termos dubitativos, G. GROSSO, in G. GROSSO / G. DEIANA, *Le Servitù Prediali*, t. I (vol. V do *Trattato di Diritto Civile Italiano*, de F. VASSALLI), 1963, p. 191 a 195 e, numa forma bastante mais assertiva, L. ORUSA, *Riflessioni in materia di diritto di uso pubblico*, *GI*, p. I, sez. I, 1965, p. 90 a 98, mas, com especial interesse para a presente indagação (cingida à aferição do respectivo titular), v., sobretudo, p. 91 a 94, em que (embora sem estabelecer o necessário *distinguo*

No que se refere à sua incidência objectiva, importa sublinhar que os direitos de uso público de maior impacto na vida económico-social actuam sobre os denominados bens de interesse público, isto é, bens pertencentes a privados, mas abertos, atento o seu evidente interesse para o público, à fruição pela colectividade. Estão nesta situação, designadamente, as vias vicinais, os imóveis privados de interesse histórico, artístico e paisagístico, os museus e as bibliotecas de particulares contendo obras de arte de especial significado histórico e cultural e, ainda, as fontes ou nascentes de água subordinadas ao regime da propriedade privada⁵³.

entre a figura dos direitos de uso público e o uso comum ou geral de bens públicos) valoriza, de sobremaneira, o «argumento textual», que reputa de «verdadeiramente insuperável», tirado do já referido art.º 825.º do Código Civil e, bem assim, a sujeição da “servidão de uso público”, na sua condição de «direito dominial sobre bem de outrem», à disciplina jurídico-normativa predisposta para a dominialidade pública, «(...) que, pela natureza dos poderes que importa e pelos efeitos que implica, não se pode pensar juridicamente dissociada da presença do Estado ou de outros entes públicos.».

Por fim, para uma crítica, enérgica, desta procura, sistemática, de reconduzir «as formas de propriedade ou de uso colectivo» «aos esquemas conformes ou similares aos da propriedade e ao uso de tipo individual» (A. PUBUSA), enquanto mecanismo de resolução da «estratificação histórica que resulta da sobreposição da concepção mais recente da pessoa jurídica à originária consideração da comunidade como conjunto de indivíduos em que se deveriam reconhecer os verdadeiros titulares dos direitos atinentes à mesma comunidade» (G. PUGLIESE), cfr., aprofundadamente (sem prejuízo de um tratamento mais circunstanciado desta relevante matéria no contexto da problemática dos bens públicos), M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 33 a 59, sobre as múltiplas modalidades em que se desdobra a propriedade colectiva, que, de acordo com o seu entendimento, «não pode ser minimamente construída como a propriedade individual», bem como S. CASSESE, (n. 2), p. 159 a 217, que denuncia as «tentativas de transformar a propriedade de colectiva em individual» e sustenta, igualmente, que, nas escassas situações em que é historicamente (mais concretamente no período pós revolução liberal) perceptível uma intencionalidade jurídico-política de salvaguarda da propriedade colectiva, «a defesa da colectividade proprietária se dá sempre por meio da atribuição a esta última de personalidade jurídica, écran atrás do qual persistem as antigas relações de propriedade»; v., por último, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, 1954, p. 216 a 224, que alerta para o (pré)conceito «romanístico», que tende a reduzir toda a propriedade à propriedade da «pessoa física singular» ou da «pessoa jurídica». Tal determina, em última instância, que, mesmo quando o ordenamento jurídico-positivo aponta no sentido duma tendência ou «impulso expansivo» da propriedade colectiva, se procure de imediato «resolvê-la conceitualmente naquela individual». Ora, esta perseverança no objectivo de «impor à propriedade colectiva o decalque da propriedade individual» acaba por conduzir, muitas das vezes, ainda que *contra natura*, à sua desintegração, por via do reconhecimento da respectiva titularidade a um ente dotado de personalidade jurídica («a personalidade jurídica assume-se como dado absolutamente necessário, ainda que falte a referência textual»).

⁵³ Assim, cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, (n. 35), p. 1099, que assume constituírem as coisas “gravadas” pela «figura sólida e nitidamente ancorada no direito positivo dos direitos de uso público» a «parte mais conspícua da categoria (...) dos bens privados de interesse público». A emergência desta figura dogmática é responsabilidade, sobretudo, da doutrina italiana, ficando a sua sistematização teórica definitiva a dever-se, em larga medida, aos estudos, de alcance global, respectivamente, de A. M. SANDULLI e de P. VIRGA: *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Diritto dell'economia*, 1956, p. 163 e ss e *Beni pubblici e di interesse pubblico*, 1962.

A autonomização da *figura juris* dos bens privados de interesse público (que entraria a fazer parte, conjuntamente com os bens do domínio público e do património indisponível, da grande categoria dos bens de interesse público) repousa no dado, irrecusável, de que há coisas que, «mesmo permanecendo de propriedade privada, são subordinadas, em relação com o preeminente interesse público de que se revestem, a particulares limites» (P. VIRGA). É, pois, justamente na ligação funcional destes bens privados ao interesse público, ou seja, na sua subordinação ao cumprimento (institucional) de uma finalidade de utilidade pública, que descansa a justificação quer para as regras especiais aplicáveis à sua disponibilidade (vínculos de destinação; de imodificabilidade; direito de preferência da Administração,

etc.), quer para a respectiva sujeição a um «particular regime de polícia, de intervenção e de tutela públicas» (A. M. SANDULLI).

A generalidade destas prerrogativas, em que se acham investidas as autoridades públicas por relação aos bens privados de interesse público, são de configurar como autênticos poderes *in rem*, com incidência directa sobre a coisa considerada em si mesma, não se devendo, por isso mesmo, confundir com os poderes *ob rem* de que dispõe a Administração em ordem a actuar a função social da propriedade privada. Estes últimos, com efeito, dão origem, apenas, a obrigações de natureza pessoal (de produção, de conservação, de cuidado), que, por essa precisa razão, se revelam bem menos intensas para os sujeitos vinculados ao seu cumprimento do que os “ónus” que impendem sobre os titulares de bens privados de interesse público.

No seio da doutrina que converge na assunção da categoria dos bens privados de interesse público como categoria jurídica autónoma, há ainda os que, como P. VIRGA, abrem espaço para as seguintes sub-categorias:

bens vinculados - caracterizar-se-iam, sobretudo, pelos limites postos pelo ordenamento jurídico às faculdades de gozo e de disposição de que, sobre os mesmos bens, dispõem os respectivos titulares, por via da subordinação de qualquer acto ou operação tendente a promover a sua modificação ou a respectiva alienação a uma autorização administrativa permissiva por parte do ente público competente;

bens de relevância pública – individualizar-se-iam, antes do mais, pelos ónus de *facere* que a ordem jurídica imperativamente associa ao respectivo regime jurídico-publicístico de fruição por parte dos seus titulares. Com efeito, a potenciação, em termos óptimos, da utilidade social de tais bens passaria pela sua efectiva utilização (obviamente que em determinados moldes), podendo, nessa exacta medida, revelar-se absolutamente fatal para a realização do interesse público um puro absentismo por parte dos respectivos proprietários. Assim se acharia explicado o poder que assiste à Administração de conceder temporariamente a terceiros a manutenção dos bens em apreço ou de sobre os mesmos executar, oficiosamente, determinadas transformações, contanto que o proprietário intimado resulte inadimplente.

A linha de tendência parece ir, claramente, pelo menos a fazer fé nos que aderem à ideia dos bens privados de interesse público, no sentido de uma ampliação do campo de aplicação da categoria, correspondendo a uma correlativa expansão da «dimensão assumida pela esfera das necessidades públicas» (V. CAPUTI JAMBRENGHI).

Na realidade, «o aumento das necessidades e dos interesses colectivos provoca a dilatação da esfera publicística no campo dos direitos reais, isto é, nas relações caracterizadas pela presença de um interesse cuja satisfação é possível mediante o uso ou a fruição directa de bens.» (V. CAPUTI JAMBRENGHI). Acontece que este alargamento incessante do espectro de necessidades colectivas é, ademais, relativamente insensível às opções programáticas dos poderes públicos em matéria de política económica, pelo que o maior ou menor grau de empenhamento e de intervencionismo do Estado na economia não tem influência ou impacto directo na evolução do círculo de necessidades públicas a satisfazer (pense-se, nomeadamente, na demanda de bens culturais, ou na eclosão dos problemas relacionados com bens ecológicos ou ambientais, que se traduzem em outras tantas intervenções jurídico-públicas no mundo da *realidade*, apesar da concentração da titularidade dos bens em sujeitos de direito privado).

Este movimento, em direcção a uma progressiva publicização dos bens em regime de propriedade privada, acaba, muitas das vezes, por desembocar na sua integração entre os bens públicos *stricto sensu*, contanto que, de acordo com o juízo do legislador, se torne imperativo «romper o último diafragma» (V. CAPUTI JAMBRENGHI), seja para superar as dificuldades técnicas que o regime de propriedade privada levanta ao governo público de determinados bens, seja para acompanhar as tendências de política económica prevaletentes num dado momento histórico e favoráveis à extensão da reserva de bens em mão pública.

Apesar desta visão, que aponta declaradamente no sentido de um reforço, tendencialmente exponencial, deste complexo de bens de titularidade privada e interesse público, certo é que a noção não tem sido poupada a críticas, mais ou menos veementes, tendo por escopo demonstrar a sua inconsistência jurídico-dogmática e, no limite, a sua absoluta imprestabilidade, o que implicaria a inutilidade e o insucesso antecipados de qualquer ensaio de «individualização de uma categoria unitária de bens em regime administrativo» (V. CERULLI IRELLI).

Antes do mais, é uso advertir-se que a locução (bens privados de interesse público) seria meramente tautológica, por isso que «a disciplina por normas de direito administrativo de aspectos, ainda que menores, dos bens não pode derivar senão de razões de interesse público» (M. S. GIANNINI). Ainda assim, esta objecção não nos parece decisiva, uma vez que à denominação em apreço se pode emprestar um valor sobretudo enfático e o que importa, em última análise, é indagar se, independentemente do *nomen* que se lhe queira atribuir, o ordenamento jurídico abriga bens na titularidade de particulares a que, pela intensa e homogénea disciplina publicística que os investe, há que reconhecer densidade jurídico-dogmática bastante para lhes reservar um lugar privativo e intermédio entre os bens privados (*proprio sensu*) e os bens públicos.

Ora, é a possibilidade, em si mesma, de surpreender, na (pretensa) categoria dos bens privados de interesse público, um todo articulado de «elementos substanciais comuns» (M. S. GIANNINI) que é posta em causa por parte da doutrina que lhe tributa um valor meramente descritivo. De harmonia com este entendimento, a expressão teria somente o mérito de traduzir, com exactidão, a situação dos bens em questão, uma vez que a sua sujeição a um regime especial decorreria, precisamente, da imprescindibilidade de tutelar os interesses públicos inerentes à utilidade e ao valor que os mesmos incorporam. Não obstante, seria de recusar a possibilidade de, a partir de uma base tão vincadamente fragmentária, edificar uma categoria jurídica unitária. Deste modo, impor-se-ia, como única alternativa válida para abandonar este impasse, prover a uma reordenação da matéria dos bens privados de interesse público, em ordem a garantir a sua redistribuição por categorias impregnadas da necessária coerência interna. Para a consecução desta tarefa, M. S. GIANNINI propõe o alinhamento dos bens de propriedade privada e regime administrativo em obediência à seguinte ordem nocional: «propriedade partilhada» (*proprietà divisa*); «bens de circulação controlada» e «bens de uso controlado».

A propriedade partilhada (de que a enfiteuse, no seu desmembramento em *dominium eminens* e *dominium utile*, constituiria o arquétipo) é dominada pela tutela, cumulativa e imediata, de «dois domínios paralelos que versam sobre o mesmo bem» (O. CARVALHO), sendo, precisamente, esta pertença das utilidades prodigalizadas pela coisa a dois sujeitos diversos, em regime de concorrência (e convergência), o seu sinal morfológicamente distintivo. No direito público, este tipo de propriedade manifestar-se-ia na atribuição, a um dos sujeitos, «dos direitos relativos à disposição e ao gozo do bem para fins económicos» e no reconhecimento, ao outro, «dos direitos de disposição do bem para fins públicos» (M. S. GIANNINI). As coisas de arte privadas (integradas, de plano, como uma sua forma de expressão paradigmática, entre os bens privados de interesse público) seriam, justamente, de configurar como uma («preeminente e particularmente interessante») «figura moderna de propriedade partilhada», porquanto ambos os sujeitos (Estado e particular) «têm poderes e faculdades de gozo da coisa para sua utilidade imediata» (M. S. GIANNINI).

Além da sua integração parcial entre os bens em regime de propriedade partilhada, haveria outros bens privados de interesse público a que mais conviria o qualificativo (com a aplicação da regulação material associada) de bens de circulação controlada (nomeadamente navios, automóveis ou aeronaves), dado que, relativamente a estas coisas, a tutela do interesse público assentaria na determinação, com o máximo de rigor possível, das situações jurídico-reais incidentes, em cada momento, sobre as mesmas. Com efeito, só dessa forma se poderiam alcançar - mediante a organização dos competentes procedimentos administrativos de natureza registral - a certeza e segurança públicas (relativamente à concreta situação das coisas sujeitas a registo) adequadas à protecção das expectativas juridicamente fundadas dos potenciais interessados nos bens objecto de circulação controlada.

Por fim, teríamos os bens de interesse público de uso controlado. Por relação a estes bens, importaria, primordialmente, não já cuidar da sua circulação, mas, antes, curar do seu uso, sendo este último, por essência, mutável em razão do devir das necessidades colectivas imanentes a cada espécie singular de coisas privadas de relevância administrativa (atente-se, a título simplesmente ilustrativo, no caso da propriedade urbanística, que evoluiu de um regime fundamentalmente livre, quanto aos seus uso, gozo e disposição, para uma disciplina caracterizada por enérgicas vinculações jurídico-publicísticas - inicialmente de conteúdo prevalentemente negativo e, numa fase ulterior, de conteúdo também positivo -, não faltando mesmo os que advogam, no presente, a sua subordinação a um estatuto de propriedade partilhada).

A ordenação do uso destes bens (em que haveria que incluir, designadamente, a «propriedade urbanística», a «propriedade fundiária» e um segmento substancial dos bens de valor ambiental - normalmente acomodados sob a designação, tradicional na ordem jurídica italiana, de «belezas naturais») estruturar-se-ia em redor, por um lado, de fins negativos [dirigidos a evitar «que de um bem

se faça um uso proibido ou inoportuno» (M. S. GIANNINI)] e, por outro, de fins positivos [tendentes a garantir «que de um bem se faça um uso determinado pela lei» ou pela autoridade administrativa competente (M. S. GIANNINI)]. Por sua vez, a opção por medidas de natureza negativa (conservatória) e/ou positiva (“propulsora”) dependeria, essencialmente, dos objectivos a atingir (assim, se para a protecção das «belezas naturais» se reclama a simples preservação do *status quo ante*, o mesmo não sucede para a propriedade fundiária, em que é comum a imposição de obrigações de *facere*, destinadas a incrementar, por força do cultivo da terra, a rentabilidade das explorações agrícolas), ainda que, historicamente, «os bens de uso controlado para fins negativos» tivessem precedido «os bens de uso controlado para fins positivos» (M. S. GIANNINI). As razões para esta precedência histórica radicariam, de acordo com M. S. GIANNINI, nas exigências suplementares que a vigilância do cumprimento de vinculações positivas colocaria à Administração, que teria obrigatoriamente de se conformar com parâmetros organizatórios de elevada complexidade. No entanto, segundo cremos, é no advento e no aprofundamento da Administração constitutiva ou conformadora, e não no epifenómeno que forçosamente representa a relativa impreparação “logística” dos poderes públicos para lidar com os mesmos, que deve buscar-se a justificação para a génese e difusão dos bens de uso controlado para fins positivos. Estes últimos, na verdade, mais não são do que a tradução, fidedigna, de uma intervenção administrativa que se projecta de forma sempre mais penetrante e incisiva na esfera jurídica dos particulares. Sucede que esta Administração constitutiva se, por um lado, intenta dar resposta às múltiplas necessidades individuais, provendo ao bem-estar dos cidadãos, por via de uma intensa actividade de prestação, por outro lado, e como consequência da relação de íntima interdependência que se cria entre Estado e indivíduo, encontra-se legitimada para pretender dos particulares (daí decorrendo a multiplicação da imposição de obrigações de conteúdo positivo ou de *facere*) que colaborem e participem neste esforço ingente de criação das condições de um Estado providência.

Se em M. S. GIANNINI o que temos é, ainda, a procura de afinar dogmaticamente (em virtude das suas notórias insuficiências construtivas) uma *figura juris* (a dos bens privados de interesse público) a que se reconhece bondade intrínseca, já em V. CERULLI IRELLI, (n. 47), p. 8 a 10, bem como p. 13 a 15, é a própria justificação para a sua sobrevivência que é questionada ou posta em crise. A impossibilidade de «configurar positivamente uma categoria de “bens de interesse público”» (V. CERULLI IRELLI) dever-se-ia à generalização da aplicação das normas urbanísticas a todos e quaisquer bens (imóveis) sitos no território estadual. Em consequência, todas as categorias de bens estariam sujeitas «a uma disciplina administrativa comum, de carácter geral» (V. CERULLI IRELLI), havendo necessariamente que desvalorizar, em face desta sua submissão a um regime uniforme (dado pela legislação urbanística), eventuais especificidades de regime decorrentes de regulamentações sectoriais (bens paisagísticos, bens florestais, bens de interesse histórico e artístico, etc). Com efeito, a relativa especialidade da normação aplicável a determinadas categorias de bens não apagaria ou, sequer, obscureceria o essencial: «todos os imóveis são governados “em regime administrativo”, tendo deixado de haver bens imóveis governados com (plena) autonomia» (V. CERULLI IRELLI). A concepção que nos é apresentada por este último Autor enferma, porém, de um excessivo simplismo, uma vez que a extensão da disciplina urbanística, atenta a sua natureza eminentemente transversal, a quaisquer bens imóveis (com absoluta desconsideração do seu concreto titular – público ou privado), não tem que necessariamente redundar na dissolução da categoria dos bens privados de interesse público. Na verdade, para que se afirme o bem fundado da subsistência duma figura específica de bens particulares de relevância administrativa, não é forçoso que se contrarie a lucidez da análise que conclui por um patamar mínimo, definido pelas normas urbanísticas, de publicização (ou de administrativização) do regime jurídico conformador dos bens imóveis considerados no seu todo. Basta, para tanto, que, acima dessa disciplina administrativa de alcance global, seja possível individualizar classes de bens (mais ou menos homogéneas) a que o ordenamento jurídico dispense um *plus* de tutela que as diferencie, apesar de tudo, das demais. Surpreendentemente, é justamente V. CERULLI IRELLI, (n. 29), *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, p. 425 a 439 (com especial saliência para as p. 425 e 426), que, inflectindo o seu pensamento originário sobre esta matéria, vem evidenciar a utilidade em conservar a noção de bens privados de interesse público, porquanto «as categorias de coisas imóveis à mesma reconduzíveis são sujeitas, por um lado, a um regime administrativo mais intenso do que o geral (urbanístico) e, por outro, diferenciado relativamente a este último quanto aos interesses públicos coenvolvidos». Os bens em apreço obedeceriam, assim, a uma regulação específica, que se sobreporia, nuns casos e se imporia, noutros, à que é ditada, para todas as coisas imóveis, pela disciplina urbanística.

Já pelo que respeita à sua emergência, cumpre aclarar que o facto aquisitivo dos direitos de uso público, configurados como direitos colectivos *sui generis*, assume um carácter multiforme, desdobrando-se, fundamentalmente, pelas seguintes modalidades: usucapião; *dicatio ad patriam*; liberalidade ou disposição de última vontade; destinação do pai de família e, por fim, acto administrativo ou acordo entre o proprietário e a Administração. Dentre os factos de que se extrai a sua origem, avultam, pela sua relevância prática e jurídico-dogmática, a usucapião e a *dicatio ad patriam* (pelo que se justifica inteiramente a atenção que, de imediato, lhes dispensaremos).

Os problemas que se levantam a pretexto da aquisição por usucapião destes direitos reais parciários públicos acham-se intimamente correlacionados com os relativos à definição do respectivo titular e, em última instância, com a sua própria *ratio funditas*. Deste modo, os que vêem a colectividade não personificada como seu centro de imputação subjectivo são

Em face do que vimos de dizer, parece-nos incontornável a subsistência, na actualidade, de uma categoria de bens privados de interesse público, que, em coabitação com o regime administrativo posto para todos os bens do património imobiliário pelas normas jurídico-urbanísticas, tem o inegável condão de, pelo menos, tornar claro que não há uma verdadeira solução de continuidade, mas, antes, um *continuum*, fruto da interposição de classes de bens intermédias, entre bens em propriedade privada e bens públicos.

No entanto, já temos as mais sérias reservas em sufragar que nos defrontamos, *in casu*, com uma figura dogmática autónoma, que consubstanciaria um *tertium genus* a enquadrar entre os bens em mãos de privados (e subordinados, fundamentalmente, à satisfação de interesses egoísticos) e os bens em mão pública. O facto destes bens em propriedade privada se encontrarem em «vária medida funcionalmente ligados a algum interesse público e por este motivo sujeitos a limitações, vínculos e controlos no gozo e, por vezes, nas faculdades de disposição» (V. CAPUTI JAMBRENGHI) não os volve, só por si, numa figura jurídica autónoma, dado que, apesar destes elementos em comum, muitas são as especificidades associadas à disciplina jurídico-normativa aplicável a cada um dos tipos (de bens) pretensamente compreendidos na categoria. Afigura-se-nos, na verdade, que, a partir de uma base tão vincadamente heterogénea (composta por bens de relevância cultural, ambiental, urbanística e económica), dificilmente se pode ascender a uma figura dotada do mínimo de unidade interna a que, uma vez identificada, se liguem, indissociavelmente, efeitos jurídicos estáveis e coerentes.

V., sobre a categoria dos bens privados de interesse público, na doutrina italiana, para lá dos Autores e obras citados, A. M. SANDULLI, Beni pubblici, in *EdD*, vol. V, 1959, p. 278 a 280 e (n. 33), p. 757 a 761, P. VIRGA, *Diritto Amministrativo (I principi)*, vol. 1, 5.ª ed., 1999, p. 271 a 279; V. CAPUTI JAMBRENGHI, Beni Pubblici, in *EGT*, vol. V, 1984, p. 2 e 3; M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 81 a 93, relativamente à propriedade “partilhada e, pelo que concerne à «disciplina pública de bens privados», p. 123 a 157 e, por último, reassuntivamente (ainda que em termos assaz resumidos), L. ORUSA, Beni d’Interesse Pubblico, in *EGT*, vol. V, 1988, p. 1 a 3.

Cfr., também, entre a doutrina espanhola, M. GUEDEA MARTÍN, Propriedades públicas e propriedades de interesse público, in J. BERMEJO VERA (dir.), *Derecho Administrativo (parte especial)*, 4.ª ed., 1999, (3.ª parte, cap. I), p. 324 a 337, que integra, no quadro das propriedades de interesse público, quer a propriedade intelectual, quer a propriedade industrial; R. PARADA, *Derecho Administrativo (Bienes públicos/Derecho urbanístico)*, III, 8.ª ed., 2000, p. 12 e 13 e, desenvolvidamente, sobre o património cultural, p. 283 a 315, comparando, em virtude da forma agressiva como estas restrições jurídico-públicas se projectam sobre o direito de propriedade privada, a *plena in re potestas* a «um animal dissecado que tem a aparência dos vivos, mas que foi privado de todas as suas vísceras e faculdades» e, por fim, de forma simplesmente alusiva, T. FONT Y LOVET, La ordenacion constitucional del dominio publico, in *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, 1991, p. 3922, bem como na nota 13 da mesma página.

Por último, entre nós, v., por todos, F. ALVES CORREIA, (n. 6), p. 290 a 293 e, do mesmo Autor, para uma dilucidação da disciplina aplicável aos bens culturais, (n. 13), p. 393 a 405 (em particular, p. 400 a 405).

tentados a reconhecer ao uso directo, imediato e continuado por parte da comunidade de interessados virtualidades bastantes para fazer emergir o direito de uso público correspondente. Os que insistem que «todo o direito deve caber a uma pessoa física ou jurídica» (A. PUBUSA), por sua vez, fazem depender a respectiva afirmação na ordem dos direitos e dos interesses de um «acto de destinação ao uso público» por parte do respectivo titular (ente público territorial)⁵⁴.

A jurisprudência (quase sem solução de continuidade) e a doutrina dominante, em Itália, têm-se inclinado, decididamente - ainda que sem ignorar a relevância de que se pode revestir a actuação da Administração (concretizada por via de actos administrativos ou de simples operações materiais) para a revelação dos direitos de uso público -, no sentido de que é condição suficiente para a sua constituição (por usucapião) que o respectivo gozo, pela comunidade de utentes, tenha lugar de forma pública, pacífica e prolongada no tempo⁵⁵. O

⁵⁴ Cfr., pelo que directamente se prende com as concepções diametralmente opostas que emergiram a pretexto da titularidade dos direitos de uso público, A. PUBUSA, (n. 46), p. 1 e 2 (que, contudo, recusa tomar qualquer posição definitiva sobre a problemática em apreço).

⁵⁵ A convicção de que a usucapião - produto de uma posse pública, pacífica e protraída pelo lapso de tempo necessário à aquisição dos direitos de uso público - consubstancia «o modo mais vivo de criação dos direitos em exame» (L. ORUSA) é comum a um largo segmento da doutrina italiana.

No entanto, a importância concedida à usucapião como forma de aquisição destes direitos apenas se afigura compreensível no contexto de uma sua construção que encabece na colectividade-comunidade (desprovida de personalidade jurídica) a respectiva titularidade. Ao invés, assemelha-se significativamente mais difícil aceitar a conjugabilidade da relevância que se pretende atribuir à prescrição aquisitiva com uma perspectiva “organicista” (que filia imperativamente a sua titularidade numa pessoa colectiva pública, enquanto ente exponencial dos habitantes de uma circunscrição administrativa dada) dos direitos de uso público.

Parece ser esta a razão que leva G. PUGLIESE, (n. 51), p. 580 a 586, após uma profunda e esclarecedora distinção entre o imemorial (*vetustas*) e a usucapião, a afastar a prescrição aquisitiva como modo, ao menos normal, de aquisição dos direitos de uso público e a ver no imemorial «o único modo para demonstrar a legitimidade do uso público». Só assim seria possível articular, de forma harmoniosa, o reivindicado protagonismo do ente público territorial em tudo o que se refere à constituição, modificação e extinção destes direitos reais parciários públicos (com a correlativa irrelevância, para todos os efeitos de direito, da actuação da *Universitas*) com os modos de aquisição (e de presunção) de direitos, em geral. Ora, sendo a “servidão” de uso público, de acordo com esta linha de entendimento, um direito de natureza dominial, e pressupondo a dominialidade «a pertença (*appartenenza*) do direito ao Estado, às regiões ou aos municípios», apenas se poderia conferir eficácia, em especial para fins de usucapião, ao exercício de poderes de facto por parte da colectividade não personalizada, caso este último tivesse a legitimá-lo ou a habilitá-lo um «acto de destinação ao uso público» praticado, antecipadamente, pelo ente administrativo para esse efeito competente. Como esta possibilidade se teria de reputar de «excepcional» (e dado que só nestas remotas condições «a posse de cada um dos cidadãos assumiria uma particular coloração»), estaríamos, afinal, caídos no modo comum de demonstrar a legitimidade de direitos dominiais públicos em ordem a um bem – o imemorial. Este, na verdade, excluída, liminarmente, a sua qualidade de modo autónomo de aquisição de direitos, não passaria de uma simples «presunção de legitimidade» fundada na «*vetustas* ou imemorial subsistência de um estado de facto», sendo, justamente, esta permanência, incompatível com «precisos limites de tempo», de uma determinada situação de facto que faria presumir a sua conformidade com o direito.

Apesar desta posição realista e, acima de tudo, coerente (especialmente se tivermos em atenção os postulados que a enformam) de G. PUGLIESE, não faltam os Autores que, a um tempo, “entregam” a titularidade dos direitos de uso público ao ente exponencial da comunidade e conferem relevância decisiva aos actos possessórios desta última para a emergência dos mesmos. Cfr., no sentido acabado de indicar, L. ORUSA, (n. 51), p. 97 e 98, louvando-se em E. GUICCIARDI, (n. 9), p. 168 a 170, mas parecendo esquecer que este último Autor, em boa verdade, circunscreve a eficácia da prescrição à

exercício de poderes de polícia, a assunção do serviço de iluminação, a execução de trabalhos de manutenção e outras actividades de recorte similar, desenvolvidas pelo ente público exponencial da colectividade, em ordem a garantir e promover o gozo destas “coisas públicas” por parte da universalidade dos *cives*, devem interpretar-se, tão só, como outras tantas manifestações da sua imanente função de representação dos interesses da comunidade de residentes. Dito de outra forma, temos que a actividade administrativa sobre bens objecto de direitos de uso público pode valer como índice semiótico (sintoma) da presença (ou actualidade) destes direitos, mas não como sinónimo de que a sua titularidade cabe a uma qualquer pessoa colectiva pública (ainda que com múnus de representação de uma dada comunidade de habitantes)⁵⁶.

aquisição da propriedade do bem (momento objectivo da dominialidade pública), sem, no entanto, abdicar, para que se encerre o ciclo da respectiva dominialização, de um ulterior e adicional acto de destinação, por parte das autoridades administrativas, do bem a uma função pública (momento subjectivo da dominialidade pública); v., igualmente, ainda que sem avançar qualquer fundamentação relevante para a posição adoptada, G. ZANOBINI, (n. 51), p. 162, 165 e, sobretudo, 169.

Pelo que respeita ao imemorial, cfr., profusamente, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*, 1955, p. 23 a 33 e, bem assim, p. 103 a 114, 132 a 136 e 173 a 177. Este Autor, não obstante incorrer, aparentemente, na confusão (mais terminológica do que substancial), denunciada por G. PUGLIESE, (n. 51), p. 581 a 583, entre prescrição aquisitiva e imemorial, procede a um estudo exaustivo das duas figuras, primordialmente na sua relação com as coisas públicas, em que conclui (v., em especial, p. 25 a 29 e 103 a 106), com argumentos que se assemelham difíceis de rebater, que o imemorial foi, progressivamente, abandonando a sua natureza de simples *praesumptio iuris* para se cristalizar, ainda que com matizes, como instituto prescricional (a denominada prescrição centenária), o que, afinal, viria a justificar o uso (algo provocatório) da expressão prescrição imemorial. Na verdade, de acordo com E. GARCIA DE ENTERRIA, o imemorial serviu, *ab origine*, fundamentalmente, como um meio de «relevação de prova», limitando-se a suprir a ausência de um título formal («suplência de título») nas situações de posse imemorial. No entanto, a partir do momento em que se fixou um prazo para a posse imemorial (100 anos), a presunção *iuris tantum* (de conformidade com o direito do estado de facto resultante de uma posse de que não há memória) que dela deriva “converte-se”, sempre que contraposta a títulos formais que lhe sejam anteriores, numa verdadeira presunção *iuris et de iure*. O imemorial transfigura-se, assim, numa prescrição centenária e, nessa estrita medida, num autêntico título substantivo de aquisição do domínio.

⁵⁶ Sustentando que os actos praticados pelas autoridades administrativas relevam apenas em sede de prova do «exercício efectivo da posse necessária para fins de usucapião», v. V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 963, bem como (n. 47), p. 187 e 188, onde reitera que «a subsistência de uma concreta actividade do ente relacionada com o exercício do uso por parte da colectividade constituiu *elemento probatório* seguro do *facto* do uso e da referibilidade deste último à inteira colectividade». Aliás, se ao exercício de poderes administrativos, por parte dos entes competentes para o efeito, não estivesse consignada uma função puramente ancilar, de teor essencialmente recognitivo do uso da comunidade indeterminada de utentes, então seríamos compelidos a admitir que nos acharíamos em face de «uma ilícita ocupação de um bem privado» (V. CERULLI IRELLI) por parte da Administração. Na realidade, a dominialização de um bem privado obriga à observância de uma mais ou menos complexa cadeia de actos tendentes à sua aquisição prévia (por via coactiva ou consensual), que não se compadece com a mera ocupação (que sempre haveria de se considerar ilegítima) do mesmo pelos poderes públicos. Deste modo, à actividade desencadeada pela Administração tem de se atribuir um carácter simplesmente “confirmativo” da consolidação do direito de uso público na titularidade da colectividade não personificada de utentes. A actuação administrativa aparece, assim, como singela decorrência da existência do direito de uso público e não como seu *facto* constitutivo. No limite, e em síntese, a constituição do direito de uso público por usucapião [seu «modo de aquisição mais típico e vital» (V. CERULLI IRELLI)] prescinde, em absoluto, de qualquer manifestação de “vontade” da Administração, bastando-se, para o efeito, com o exercício público, pacífico e prolongado no tempo da respectiva posse pela colectividade-comunidade.

A “vontade” da Administração recobriria, porém, um vigor acrescido pelo que respeita à extinção destes direitos, fruto da pertença destes últimos, de pleno direito, a uma comunidade indiferenciada e indeterminada de utentes, que, enquanto tal, se encontra «privada de capacidade de agir» (V. CERULLI IRELLI). Assim, o simples não uso, ainda que prolongado no tempo, não pode operar, *ipso jure*, como causa extintiva dos direitos de uso público, dado que a sua natureza inalienável e imprescritível reclama uma intervenção da autoridade pública (na sua condição de ente exponencial da comunidade dotado da indispensável dinamicidade) de que resulte, ainda que implicitamente (sob a forma de factos concludentes e unívocos), a vontade de não manter a afectação do bem ao seu uso pela colectividade. É, pois, o facto da comunidade de habitantes não poder «exprimir uma vontade juridicamente significativa» e de carecer, por conseguinte, de um «centro de imputação dotado de dinamicidade» (V. CERULLI IRELLI), que justifica, afinal, esta importância acrescida de que se reveste a expressão da vontade administrativa em matéria de extinção dos direitos de uso público. Não obstante, parece-nos, seguindo, neste ponto, bem de perto, A. PUBUSA, (n. 46), p. 4, que o acto administrativo pelo qual se declara a cessação do uso pelo público nada mais representa do que o reconhecimento (o mero «*acertamento*») de uma situação de facto objectivamente certificável, sendo que, «também nesta hipótese (...), o que releva é o não exercício do direito pela colectividade ou o desinteresse desta, como elemento constitutivo da cessação do fim público». Nesta medida, afigura-se-nos um pouco contraditória a perspectiva, defendida por V. CERULLI IRELLI, de que a colectividade, porque falha de dinamicidade (enquanto capacidade de agir e de reagir aos comandos postos pelo ordenamento jurídico), não poderia dispor dos direitos de uso público. Esta forma de olhar a questão, corroborada pela jurisprudência (cujo entendimento é o de que «sob o plano jurídico não são configuráveis actos abdicativos levados a cabo pela colectividade dos utentes»), releva de um formalismo que contrasta, de alguma maneira, com a abertura revelada - quer por V. CERULLI IRELLI, quer pela própria jurisprudência - à aquisição, directa e imediata, por parte da comunidade de habitantes, dos direitos em apreço. Obviamente que à colectividade não personificada falta o poder formal de disposição do direito (atento o seu carácter inorgânico e invertebrado), mas não o poder material, expresso na concreta utilização que do bem privado de interesse público é feita (ou não) pelos respectivos utentes. Este último, com efeito, radica definitiva e exclusivamente na comunidade de residentes, pelo que lhe cabe, em última instância, “decidir” da sorte do direito de que é única titular. É o uso (ou o não uso) do bem pela colectividade não personificada, e o interesse ou desinteresse que lhe vai subjacente em ordem ao gozo das utilidades proporcionadas pelo mesmo, que se constitui como parâmetro decisivo de aferição da legitimidade dos actos das autoridades públicas que *declarem* a cessação do interesse público a fruir de um bem determinado. Assim, qualquer acto praticado pelos entes exponenciais da colectividade que se encontre em contradição com a utilização dada à coisa privada de interesse público por esta última deve ter-se por inválido, o que vem, afinal, em auxílio do nosso entendimento de que o poder de disposição material do direito de uso público (incluindo a renúncia abdicativa ao mesmo) reside, tão só, na *universitas incolarum*.

V., por último, sobre a questão da extinção dos direitos de uso público, V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 964 e 966 e (n. 47), p. 181 e 182.

Claro está que os termos da questão sofrem uma alteração sensível (para não dizer mesmo uma inversão total) se nos alinharmos pelas concepções que vêm no ente público o titular dos direitos em análise. Nesta hipótese, a constituição do direito de uso público (o seu facto aquisitivo) e a respectiva extinção passam a ser dominadas pela (omni)presença da pessoa colectiva pública, o que implica que a destinação da coisa a um fim de utilidade pública e, bem assim, a cessação dessa mesma afectação sejam o produto necessário de actos administrativos a praticar, para o efeito, pelo ente público seu titular. Cfr., nestes exactos termos, G. PUGLIESE, (n. 51), p. 585, que limita ao ente administrativo a «legitimação para os actos que importem aquisição, modificação ou extinção» da “servidão de uso público” e, ainda, embora tentando conciliar, conforme evidenciado na nota anterior, a indispensabilidade da intervenção administrativa com a relevância do exercício de poderes de facto pela colectividade em ordem à aquisição dos direitos em questão, L. ORUSA, (n. 64), p. 96 a 98. V., por fim, F. MERLI, (n. 42), p. 352 a 365, que, provavelmente devido à circunstância de qualificar os «direitos de uso público jurídico-privados» (*privatrechtliche “Gemeingebrauch”*) como uma figura de direito comum, imputa os «actos de posse» (*Besitzhandlung*) ao «círculo ilimitado de pessoas» (*unbegrenzten Personenkreis*) de que a colectividade, sucessivamente, se compõe, sem que seja necessária (ou sequer reclamada) qualquer actuação dos «órgãos da comunidade» (*Gemeindeorgane*), entendidos estes últimos em termos jurídico-administrativos. A eventualidade de uma intervenção por parte das

Além da sua aquisição por usucapião, os direitos de uso público podem igualmente conhecer como respectivo facto constitutivo a *dicatio ad patriam* (que individualizamos não só pela sua inquestionável, e já anteriormente assinalada, importância prática, como também pela sua relativa singularidade), que se reconduz, de acordo com a construção jurisprudencial desta autónoma e diferenciada categoria de direitos reais colectivos, ao «mero facto jurídico de colocar voluntariamente à disposição do público uma coisa própria». Este facto «perfecciona-se com o início do uso (pelo) público», ficando o proprietário, a partir desse exacto momento, obrigado a respeitar o exercício destes direitos pela colectividade indeterminada sua beneficiária e, enquanto persistir nesta última um interesse contínuo e efectivo em ordem ao gozo da coisa, inibido de os fazer cessar unilateralmente, no que constitui a expressão mais viva da sua perenidade⁵⁷.

A apreciação, ainda que sintética, dos traços essenciais em que se analisa a figura dos direitos de uso público, tal como nos foi legada pela jurisprudência italiana, permite-nos (e esse foi o principal objectivo que norteou a presente indagação) aceder, com acrescido à vontade, à compreensão do que está verdadeiramente em causa quando nos referimos a caminhos públicos.

O direito de trânsito que sobre estes caminhos públicos, incrustados em propriedades particulares, assiste à comunidade de usuários não pode senão ser catalogado, enquanto espécie do respectivo género, entre os direitos reais parciais públicos objecto da presente análise.

Só deste modo é razoável considerar, sem incorrer em grave contradição, como requisito bastante da sua génese, o uso directo e imediato pelo público (que deixa, deste modo, de estar relegado para a mera condição de presunção *juris tantum* da dominialidade pública destes caminhos) e, conseqüentemente, dispensar a prova de que o caminho foi construído e mantido por uma pessoa colectiva de população e território (normalmente uma autarquia local).

«autoridades administrativas» (*Verwaltungsbehörde*), a concretizar-se, afirma-se como testemunho, em regra, da presença de um «uso comum jurídico-público» (*öffentlich-rechtliche Gemeingebrauch*), resultante de um procedimento administrativo destinado a consagrar, ainda que por via do expediente da «afecção tácita» (*stillschweigende Widmung*), o bem (assim publicizado) à fruição colectiva.

⁵⁷ As expressões assinaladas, de recorte jurisprudencial, são retiradas de V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 963. Cfr., igualmente, sobre a *dicatio ad patriam*, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 135 e 136, em que reproduz a opinião, segundo o próprio difusa, de que «a *dicatio* pede uma vontade ao menos originária do *dicans*, e que a imemorial exposição da coisa ao público vale como prova dessa vontade», para logo atalhar «não ser hoje necessário recorrer a esta complicada construção de origem privatística»; v., no entanto, em direcção inversa, A. M. SANDULLI, (n. 33), p. 824 e 825, que vê na *dicatio ad patriam* um «instituto de direito público através do qual a aquisição de um direito real por parte de um ente público se dá tendo por base um *mero facto*» (o itálico é nosso), facto este que se traduz na simples admissão, por um qualquer sujeito, do uso público de bens que lhe caibam em propriedade, dispensando a sua eficácia a concorrência de qualquer elemento intencional; cfr., por fim, A. PUBUSA, (n. 46), p. 3, que, não controvertendo este modo de constituição dos direitos de uso público (o que relega M. S. GIANNINI, tanto quanto nos foi dado apurar, para o estatuto de voz isolada nesta matéria), acentua, sobremaneira, a impossibilidade para o *dicans* de, uma vez actuada a *dicatio*, pôr termo, apenas por sua vontade, ao direito de uso público de que é titular a *Universitas*, desde que permaneça actual o interesse desta última no respectivo exercício.

Pelo contrário, se se sustentar que estes caminhos integram o domínio público “local”, a única construção congruente (e que era, aliás, perfilhada pela nossa jurisprudência e, bem assim, pela doutrina dominantes) é a que não prescinde da prática, por parte do ente administrativo, dum apósito acto de destinação dos mesmos ao uso público. O que temos, contudo, dificuldade em aceitar (e parece ter sido este, justamente, o sentido cristalizado no assento do STJ) é que se sufrague a tese de que nos defrontamos, *in casu*, com bens do domínio público e, em simultâneo, se procure negar a preeminência da intervenção administrativa em tudo o que toca à fenomenologia dos bens públicos⁵⁸.

A solução para esta aporia, ao menos aparente, a que conduz a “doutrina” do assento, repousa numa sua interpretação hábil, que permita ver nela a consagração jurisprudencial plena da categoria dos direitos de uso público. Na realidade, só seguindo esta via hermenêutica se pode explicar que do uso público, pacífico e continuado pela colectividade não personificada se desprendam tão vigorosos efeitos, ou seja, que este encerre, em si, a virtualidade de operar a publicização dos caminhos que dele são objecto.

Acresce que a sua qualificação como direitos de uso público implica, ainda, um reforço não despiciendo da correspondente tutela processual, porquanto aos cidadãos, *uti singuli*, na sua condição de membros da comunidade utente, se abre, atendendo ao interesse qualificado e diferenciado que esta última ostenta em face da colectividade em geral, o acesso directo e em primeira linha à via jurisdicional para a protecção destes direitos colectivos. Já no que se refere à tutela dos bens dominiais, há que convir que esta, ao menos nos seus moldes clássicos, é actuada, em primeira linha, pelos entes públicos territoriais, cabendo aos cidadãos, no

⁵⁸ Para uma demonstração, eloquente, de que a doutrina mais representativa se manifesta, declaradamente, avessa a abrir uma brecha que seja no seu entendimento de que a aquisição (e, outrossim, a perda) da qualidade de bem dominial (que é a condição atribuída pela mesma, e também pelo assento, aos caminhos públicos) convoca, necessariamente, o Estado (ou outra pessoa colectiva de direito público) à prática de actos ou de factos destinados a demonstrar, ainda que tacitamente, que a coisa particular (a “publicizar”) está, inequivocamente, submetida à sua esfera de governo, cfr. M. CAETANO, (n. 8), p. 922 a 924, que sustenta não haver «afecção, propriamente dita, mesmo tácita, senão onde se exerça a jurisdição administrativa e portanto se possa provar o destino ao uso público com consentimento do Poder», bem como, inscrevendo-se nesta mesma linha de pensamento, D. FREITAS DO AMARAL / J. CAUPERS (n. 44), p. 12 e, por último, J. F. NUNES BARATA, (n.43), p. 203 e 204, que não chega, verdadeiramente, a tomar partido nesta questão (ainda que não deixem de ser elucidativas, a este propósito, as decisões judiciais que refere), sendo esta, também, a corrente largamente prevalecente nos nossos tribunais, tal como nos dão conta (com amplas indicações de arestos tirados neste sentido) os Autores acabados de referir. Obviamente que não podendo esta posição - de que os bens públicos obrigam, sem excepção, à prática, pelas autoridades administrativas competentes, de actos ou factos de afectação e de desafecção ao fim de utilidade pública que é razão mesma da sua publicidade - ser partilhada para todas as categorias de bens públicos (como procuraremos demonstrar adiante), certo é que, no caso vertente, a mesma se afigura substancialmente correcta, dado que, qualquer que seja o ângulo de análise, sempre se terá de convir que não há via de trânsito (terrestre) integrada no domínio público que não tenha na sua origem um acto de afectação (ou consagração), ainda que tácito, ao fim de interesse público que visa servir. Desta forma, o assento do STJ, ao distanciar-se da indispensabilidade de um acto (ou facto), da autoria da Administração, de destinação da coisa particular ao uso público, e ao considerar satisfatório o uso directo e imediato pela colectividade-comunidade (no que poderia entrever-se a emergência dos direitos de uso público) para afirmar a existência de um caminho público, teria, forçosamente, para não cair em íntima contradição (e, assim, acabar por se trair), de se inibir de qualificar estes caminhos como dominiais e de dar o “salto”, lógico e necessário, que o faria transportar-se para a categoria dos direitos de uso público.

essencial, um poder-dever cívico (notoriamente de segunda linha) de accionar, supletivamente, os meios processuais predispostos pelo ordenamento para suprir a inércia da Administração (acção popular supletiva) face a agressões de terceiros às coisas públicas.

Em suma, observa-se, a este propósito, uma autêntica inversão de papéis: nos direitos de uso público cabe aos cidadãos (pertencentes à comunidade relativamente indeterminada), e à comunidade em si mesma, curar, em via principal, da sua protecção, sem prejuízo de uma sua co-tutela, no exercício de uma sua indeclinável função de representação, por parte do ente exponencial da colectividade; no que respeita aos bens do domínio público, a tarefa em que se analisa a sua protecção incumbe predominantemente aos entes públicos territoriais (adrede dotados de poderes exorbitantes de autotutela declarativa e, em especial, executiva), abrindo-se, no entanto, aos particulares, a título “complementar”, a possibilidade de aceder à via judicial, a fim de, por essa forma, colmatar a inacção das autoridades administrativas competentes⁵⁹⁶⁰.

⁵⁹ Sensivelmente de acordo com esta linha argumentativa desenvolvida em texto, v. V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 961 e 972 a 975 e A. PUBUSA, (n. 46), p. 4 e 5, referindo-se este último, *expressis verbis*, ao carácter não supletivo da acção a intentar, em defesa dos direitos de uso público, pelos membros individualmente considerados da colectividade não personificada de utentes, por contraposição (acrescentaríamos nós, ousando completar, sem correr riscos excessivos, o raciocínio, que se advinha, de A. PUBUSA) à natureza necessariamente subsidiária (porque dirigida a suprir a inércia dos órgãos da Administração a que caberiam o poder de autotutela directa e/ou o direito de acção) de que se reveste a acção popular destinada a garantir a tutela da integridade de bens públicos. A construção jurisprudencial (e acolhida por uma parte significativa da doutrina) destes «direitos reais de gozo a favor de uma *universitas incolarum*, em si indeterminada» (M. S. GIANNINI), assenta, com efeito, no reconhecimento da legitimidade activa dos cidadãos que a compõem para os fazerem valer, *uti singuli* (que não somente *uti cives*) e em nome próprio, em juízo. Este é o entendimento que decorre de uma jurisprudência secular relativa aos direitos de uso público, segundo a qual se afigura «pacífico que quer o município, qual ente exponencial da comunidade de habitantes, quer os cidadãos membros desta última, *uti singuli*, se encontram legitimados para o exercício dos poderes de tutela do direito, em via petítória ou possessória, na sede ordinária ou administrativa, em conformidade com as exigências que se ponham em concreto e nos modos e de acordo com as formas dos respectivos ordenamentos» (V. CERULLI IRELLI). Pelo que se refere, em particular, à legitimidade activa singular dos membros da colectividade para desencadear a tutela jurisdicional dos direitos de uso público (que há que reputar como o aspecto de maior melindre ou delicadeza do desenho da sua concreta configuração adjectiva), importa tão só reforçar (em linha com o que avançámos em texto) que a mesma decorre da íntima conexão, para não dizer mesmo tendencial identidade, entre o interesse do grupo e de cada um dos seus componentes. Assim, a abertura da via jurisdicional, a título singular, aos indivíduos que fazem parte da comunidade utente, radica no facto da lesão do interesse desta última (que se deve conceber como um interesse qualificado e diferenciado, seja em relação aos da colectividade em geral, seja em relação aos das restantes colectividades particulares) levar necessariamente implicado (na medida em que dele participam) um correlativo dano para os interesses dos respectivos membros. Em suma, deve considerar-se que estes últimos actuam «como portadores de um interesse próprio, e não meramente como *civis* exercendo a acção popular em substituição do município» (V. CERULLI IRELLI). Por sua vez, o fundamento para a legitimidade processual activa do ente público exponencial da comunidade de habitantes há-de buscar-se na sua qualidade de centro dotado de dinamicidade, o que determina que lhe sejam imputados contextualmente estes direitos reais parciários públicos, com o inerente poder-dever de velar pela sua tutela, também ao nível jurisdicional (e desde que tal se revele necessário).

Em contraste com a relativa simplicidade em individualizar os titulares do direito de acção (e do interesse em agir) quando estão em causa direitos de uso público, muitas têm sido as dificuldades, e não poucas as hesitações, experimentadas pela doutrina e pela jurisprudência na delicada tarefa de proceder à delimitação do círculo de interessados que se encontra dotado de legitimidade para

Por fim, da consideração dos caminhos públicos como espécie integrativa dos direitos de uso público, por contraposição à sua integração no rol dos bens dominiais, resulta um evidente menor enfraquecimento da propriedade privada, sem que com isso se menoscabe minimamente a sua destinação ao uso pelo público.

Os direitos de uso público são, quanto à sua natureza (como referido anteriormente), reais e, quanto ao seu conteúdo, limitados, pelo que apenas investem a coisa que deles é objecto na medida estritamente necessária à satisfação dos interesses da colectividade (despida de personalidade jurídica) sua titular. A integração de uma coisa no domínio público (pelo menos em consonância com a concepção claramente dominante entre nós e espelhada no assento do STJ)⁶¹, por sua vez, envolve a sua correlativa apropriação, pelo que ao seu anterior *dominus* são subtraídos, na íntegra, quaisquer poderes de disposição sobre a mesma.

promover a protecção judicial dos direitos (e interesses) relacionados com o uso das coisas públicas (à semelhança, aliás, do que sucede com os direitos ao uso do território, em sentido amplo, e do ambiente).

Na realidade, na «experiência positiva mais recente» é possível detectar, sem grande esforço, «uma complexa situação de interesse do cidadão tendo por objecto o uso do território compreensivamente entendido» como «espaço de vida e de liberdade comum» (V. CERULLI IRELLI), que se desdobra em três diferentes tipos de situações jurídico-subjectivas: direito ao ambiente (que a jurisprudência italiana tem vindo a moldar como um autêntico direito subjectivo, “resistente”, inclusive, ao contacto com o exercício do poder administrativo); «interesse protegido ao correcto uso urbanístico do território, configurado como interesse legítimo defronte do poder administrativo de “concessão” das transformações imobiliárias» e, finalmente, «direito (ou interesse protegido) ao uso das coisas públicas» (V. CERULLI IRELLI).

Os escolhos postos à definição do núcleo de situações em que a titularidade dos direitos ou interesses em apreço deve abrir o acesso à sua imediata tutela judicial derivam, sobretudo, da sua qualificação como interesses difusos, isto é, como direitos ou interesses «comuns a uma pluralidade indiferenciada de sujeitos» (V. CERULLI IRELLI). Deste modo, torna-se mister, em face de cada situação da vida, isolar os portadores do «interesse substancial», que serão apenas aqueles que ostentem um «interesse próprio» (pessoal) em demandar e que retirem, de um eventual desfecho favorável da lide, uma utilidade prática só alcançável por via jurisdicional ou, dito por outras palavras (e em termos bem mais simples), os que preençam, afinal, os pressupostos processuais da legitimidade (activa) e do interesse em agir. O critério adoptado para dar por cumpridos os requisitos acabados de identificar (e que acaba por legitimar o uso, directo e imediato, dos meios de acesso aos tribunais, sejam estes comuns ou administrativos) tem-se estribado numa estável radicação dos interesses de vida do sujeito (familiares, económicos e sociais), antes do mais, no lugar da sua residência ou domicílio (*insediamento abitativo*). Em síntese, só uma relação qualificada entre indivíduo e território (ambiente ou coisa pública), nos moldes que se deixaram perpassar, se pode constituir em étimo fundante da abertura do acesso às instâncias jurisdicionais ao interessado para, a título singular, poder fazer valer o “seu” correspondente interesse difuso (entretanto “personalizado”). Além desta legitimidade singular, não é, obviamente, de “descartar” que os interesses em questão sejam accionados, enquanto interesses colectivos e locais gerais, respectivamente, por associações *ad hoc* e por autarquias locais.

Cfr., porém, especificamente pelo que se prende com a legitimidade processual activa para actuar em juízo os direitos de uso público, em sentido diametralmente oposto ao atrás enunciado e pugnando pela natureza fundamentalmente substitutiva (extraordinária e indirecta) do poder de iniciativa processual que assiste aos membros da colectividade (agindo nas vestes de actores populares) em ordem à tutela judiciária destes *jura in re aliena* colectivos *sui generis* (a que, é bom não esquecer-lo, atribuem a natureza de autênticos direitos relativos a bens integrantes do domínio público), M. D’AMELIO, (n. 40), p. 245 a 248; L. ORUSA, (n. 51), p. 91 e 92 (com particular atenção para a nota 5) e, para uma exposição mais detida e fundamentada, P. L. VIGNA, (n. 51), p. 426 a 430.

⁶¹ A confirmar este entendimento, apenas latente nas *rationes decidendi* em que se suporta a doutrina do assento, temos o Acórdão do STJ, de 10.11.93, publicado no *BMJ*, 431, 1993, p. 300 a 308, de que

defluí, sem sombra de dúvida, que os leitos dos caminhos públicos fazem parte do domínio público, enquanto que, na hipótese de se tratar de um simples atravessadouro, o leito integra o prédio particular através do qual se processa a passagem do público. Esta conclusão mais não representa, aliás, do que um simples reflexo das exigências que, tradicionalmente, se associam à emergência da dominialidade pública: «pertencer a coisa a entidade de direito público e ser afectada à utilidade pública» (STJ). Desta maneira, «a qualificação de um caminho como público só poderá pois basear-se em ser ele propriedade da entidade de direito público e estar afecto à utilidade pública (no conceito mais rigoroso de coisa pública); ou no seu uso directo e imediato pelo público deste tempos imemoriais (nos termos do aludido assento, com a interpretação que lhe é dada)» (STJ), sendo que este último (o uso directo e imediato pelo público), por sua vez, acarretaria, como seu efeito inelutável, a propriedade pública do leito do caminho. Em jeito de súmula, pode asseverar-se que, segundo o critério jurisprudencial (que é, igualmente, partilhado pela doutrina claramente hegemónica entre nós), o estatuto de coisa pública tem como seu pressuposto incidível o direito de propriedade sobre a *res*.

Ora, o domínio público, ou melhor, a aplicação do regime jurídico exorbitante da dominialidade pública, não reclama, necessariamente, como seu suporte jurídico-material, um direito real público pleno (a propriedade pública). Como bem faz notar V. CERULLI IRELLI, os bens públicos constituem «entidades (...) dinâmicas, que se formam e se extinguem segundo as exigências públicas a cuja satisfação vão funcionalizados», daí decorrendo que «não pressuponham sempre e necessariamente no ente a que cabem as funções relativas aos mesmos, ou noutro ente público, a titularidade de um direito dominial em ordem à coisa». Desta forma, a «correspondência bem público-titularidade pública do domínio» (V. CERULLI IRELLI) apenas é de estabelecer, em homenagem ao princípio do mínimo sacrifício (válido para os procedimentos ablatórios de natureza real), caso se revele absolutamente imprescindível, em ordem à consecução das finalidades públicas visadas, o poder de disposição do bem em máximo grau (que só o direito de propriedade é apto a garantir). O único dado irreprimível, e que importa reter, é, por conseguinte, o de que o direito de propriedade não esgota o leque de posições jurídico-subjectivas de carácter real que se constituem na titularidade de entes públicos sobre coisas públicas. Do exposto resulta que «as regras que caracterizam sob o plano estrutural o regime dos bens públicos (enquanto derogatório do direito comum) (...) se aplicam a *todos os tipos de direitos imputados a entes públicos* que dos mesmos bens constituem, por assim dizer, o substrato jurídico real, e não apenas à propriedade» (V. CERULLI IRELLI). Apetece dizer, com Y. GAUDEMET, que a dominialidade pública, enquanto «regime exorbitante de direito público», é «como um véu», que, «comandado pelas exigências da afectação e limitado ao que estas requerem», recobre os múltiplos direitos reais públicos (desde a propriedade pública até à simples servidão administrativa) em que, potencialmente, se pode desdobrar o poder jurídico-real dos entes administrativos sobre as coisas públicas. A dominialidade pública assume-se, deste modo e intrinsecamente, não tanto como um «regime de apropriação», mas, antes e sobretudo, como um «regime de direito público» associado «às exigências do interesse público» e, nessa exacta medida, como um regime «mais funcional que real» (Y. GAUDEMET). Esta disciplina, de natureza essencialmente tuitiva (trata-se, sempre, de proteger, *hic et nunc*, a afectação de um bem a uma dada utilidade pública), ganha, uma vez autonomizada da propriedade pública (e sem que com isso se pretenda ignorar a estreita conexão que intercede entre propriedade e dominialidade), a “agilidade” necessária para projectar o seu campo material de incidência sobre todos os direitos reais públicos que tenham por objecto bens destinados a um fim de interesse público, contanto que essa finalidade de interesse geral convoque a aplicação das regras exorbitantes da dominialidade pública – inalienabilidade; imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Esta construção dos *jura in re aliena* dominiais é sobremaneira facilitada, para não dizer mesmo estimulada, pelo teor literal do art.º 825.º do Código Civil italiano, que, pelo seu interesse, passamos, desde já, a transcrever:

«**Direitos dominiais sobre bens alheios.** São igualmente sujeitos ao regime do domínio público os direitos reais que cabem ao Estado, às regiões e aos municípios sobre bens pertencentes a outros sujeitos, quando os ditos direitos são constituídos para a utilidade de algum dos bens indicados nos artigos precedentes ou para a consecução de fins de interesse público correspondentes àqueles a que servem esses mesmos bens.» (a tradução e o itálico são da nossos).

No entanto, se o preceito em apreço teve um apreciável efeito indutor sobre a doutrina italiana, que é, inquestionavelmente, a que tem revelado maior preocupação com esta temática, certo é que a ausência de uma disposição semelhante não tem inibido (e muito menos paralisado) os esforços dirigidos a consolidar a figura noutros contextos. É o que sucede, designadamente, com L. M. Díez-Picazo, L. M.

DÍEZ-PICAZO, Breves reflexiones sobre el objecto del demanio: los **iura in re aliena**, REDA, p. 651 a 656, que - colhendo inspiração, precisamente, na referida norma da lei civil italiana - empreende uma minuciosa análise do sistema jurídico espanhol relativo ao domínio público, a fim de afastar o dogma, recorrentemente afirmado pela doutrina administrativista, de que «o domínio público é uma titularidade administrativa sobre as coisas de natureza plena, directa e *erga omnes* (como a propriedade privada), sujeita a um regime exorbitante do direito comum.». O Autor conclui o seu exame no sentido de que o ordenamento jurídico espanhol «não exclui que direitos patrimoniais distintos da propriedade possam ter natureza dominial», sendo justamente essa a situação em que se encontram os direitos reais menores sobre bens imóveis. As virtudes desta construção seriam, sobretudo, de uma dupla ordem: por um lado, proporcionaria um ajustado enquadramento sistemático às denominadas servidões administrativas; por outro, abriria o caminho para «futuras aplicações da figura (o *ius in re aliena* dominial) que podiam resultar úteis»: basta pensar, por exemplo, que sempre sai mais «barato expropriar um direito real limitado do que o domínio».

Já a dogmática francesa relativa à dominialidade pública não admite que esta possa predicar senão a(s) propriedade(s) pública(s). Em bom rigor, aliás, de acordo com o entendimento consagrado por M. HAURIOU e ainda hoje largamente prevalecente no espectro doutrinário francês, dominialidade e propriedade públicas representam uma única e idêntica realidade, ainda que visualizada sob distintos ângulos. Na verdade, se a noção de propriedade pública enfatizaria, antes de tudo, a relação de pertença de certos bens a uma pessoa colectiva pública, já a de dominialidade pública vincaria a disciplina particular, por relação ao direito comum, a que se encontrariam submetidos esses mesmos bens. Sem embargo do que antecede, e pese embora esta subtilidade, permanece actual a fórmula de M. HAURIOU de que «a dominialidade é essencialmente uma forma de propriedade».

Desta concepção não se afasta, no essencial (para o efeito que por ora mais nos importa), a tendência que vem ganhando corpo num sector importante da doutrina francesa e que tem por finalidade dissociar estas duas noções (propriedade e dominialidade públicas). E isto porque se, por um lado, se rejeita a sua fusão numa única categoria, por outro não se deixa de considerar a propriedade pública como «condição» (Y. GAUDEMET) ou «pressuposto» (P. YOLKA) indeclinável da aplicação do «regime protector específico» (Y. GAUDEMET) em que se traduz a dominialidade pública. Deste modo, apenas se aproveitam as virtualidades ínsitas nesta “separação de águas” para mitigar um certo endurecimento, reputado nocivo, da propriedade pública, fruto da sua geminação com a dominialidade (em razão da extensão, indiscriminada, das notas caracterizadoras da dominialidade pública aos bens incorporados na propriedade pública, mormente por via do recurso às teorias do acessório e da acessão), mas já não se retiram quaisquer consequências desta cisão para a eventual edificação de uma figura específica de direitos reais parciais dominiais.

Não obstante e ainda que algo contraditoriamente, tal não tem constituído impedimento para que se aceite que as servidões administrativas instituídas em benefício das dependências do domínio público (que mais não constituem do que uma espécie do género das servidões administrativas, na concepção que das mesmas é partilhada, globalmente, pelos autores de língua francesa) participam dos caracteres que tipicamente concorrem para a conformação do regime deste último. Em consequência, é comum afirmar-se que as servidões «criadas em proveito do público (ou do serviço público) a que o domínio público está afectado» «não se podem extinguir por não uso, quer dizer por prescrição, porque beneficiam da regra de imprescritibilidade do domínio público» (J. DUFAU) e que, além disso, são, igualmente, «inalienáveis e, assim, não se podem extinguir por convenção entre a administração e o particular interessado» (R. CHAPUS). Acresce que as servidões administrativas beneficiam, ainda e por fim, da aplicação do regime contravencional (as denominadas “*contravention de voirie routière*” e “*contravention de grande voirie*”) legalmente previsto para a tutela da integridade do domínio público.

No que se refere ao ordenamento jurídico germânico, importa lembrar que, por definição [com excepção da consagração pelo legislador de Hamburgo e de Baden-Vurtemberg da «propriedade pública» (*Öffentliche Eigentum*), respectivamente, sobre as vias e diques públicos e sobre as águas públicas], o «direito das coisas públicas» (*das Öffentliche Sachenrecht*) opera a partir de uma «propriedade privada modificada» (*modifiziertes Privateigentum*) (H. J. WOLFF / O. BACHOF), por força da sua sujeição a um «estatuto jurídico específico de direito público» (*spezifischer öffentlich-rechtlicher Rechtstatus*) (W. HÖFLING). Este «estatuto especial de direito administrativo» (*verwaltungsrechtlicher Sonderstatus*) é, por sua vez, agilizado através do reconhecimento à Administração de um «direito real público» (*dingliches öffentliches Recht*) sobre a coisa, não à semelhança do direito de propriedade (pública ou privada), mas antes sob a forma de uma espécie ou tipo de «servidão jurídico-pública»

(*öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit*) (W. HÖFLING). Desta «construção mista de direito privado e de direito público» (*gemischt privatrechtlich-öffentlich-rechtliche Konstruktion*) (W. HÖFLING) decorre que, por norma, ao proprietário privado do bem onerado pela servidão de direito público é deixado um «domínio residual» sobre o mesmo (*Restherrschaft des Eigentümers*) (E. PAPPERMANN), que lhe permite dispor da coisa pública, pelos meios de direito comum, desde que não entre em colisão com as «competências jurídico-públicas de utilização» (*öffentlichrechtliche Nutzungsbefugnisse*) da mesma reservadas às autoridades administrativas em resultado da «servidão de direito público» (*Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts*). A «construção dualista do estatuto jurídico-público» (*dualistische Konstruktion des öffentlichen Rechtstatus*) que recobre as «coisas públicas» (*öffentliche Sachen*) acaba por conduzir, deste modo, a que a sua formação não coenvolva, em regra, a respectiva apropriação (em sentido estrito) pelos entes públicos e, como seu correlato lógico, que o particular (ou mesmo a Administração) apenas esporadicamente se veja despojado, na íntegra, das faculdades compreendidas no e pelo “seu” direito de propriedade privada. Assim se explica, afinal, a desnecessidade de recorrer a uma categoria *ad hoc* de direitos reais limitados de natureza dominial no quadro do sistema jurídico alemão, porquanto é o próprio «senhorio jurídico-público» (*öffentlichrechtliche Sachherrschaft*) que cabe à Administração sobre as coisas vinculadas a uma «finalidade pública (função de bem comum)» [*öffentliche Zweckbestimmung (Gemeinwohlfunktion)*] que é alicerçado sobre um «direito real limitado» (*beschränkt-dingliches Recht*) (E. PAPPERMANN).

Na doutrina nacional, por sua vez, há que convir que o esforço mais conseguido para dar expressão articulada aos direitos reais parciários públicos - sem que com isso se queira minimamente desvalorizar o lastro deixado por M. CAETANO, (n. 8), p. 881, 897 e 1056, que no domínio público, em sentido lato (ou mesmo muito lato), encerrava «os poderes da Administração sobre (...) as próprias coisas particulares (*servidões administrativas*)» e, em consequência, considerava estas servidões, atenta «a natureza ou função pública das coisas dominantes» (que circunscrevia a bens do domínio público), como inalienáveis e imprescritíveis – deve ser tributado a A. QUEIRÓ / J. GABRIEL QUEIRÓ (n. 41), p. 273 a 279 (*maxime* p. 273 a 277). Com efeito, aos Autores em questão, afora uma inaceitável integração dos direitos de uso público entre os direitos reais públicos menores ou limitados de natureza dominial, há que reconhecer o mérito, insofismável, de sublinharem (a nosso ver bem) não ser «forçoso que as coisas submetidas ao uso directo e imediato do público pertençam *iure proprietatis* ao Estado ou a outra entidade pública», dado que «o domínio público (...) não se analisa sempre num direito real público de carácter pleno».

Assim, ao lado do direito de propriedade pública, enquanto *plena in re potestas*, figurariam «direitos reais públicos de carácter menor ou limitado», que seriam, do mesmo modo, «elementos integrantes do domínio público». O que caracterizaria os «direitos reais menores de carácter público» em apreço, que apresentariam uma estrutura em tudo semelhante aos direitos reais de gozo da lei civil (consubstanciando-se numa «restrição ou limitação aos poderes do proprietário»), seria, antes do mais (e nisto se esgotaria a sua especificidade), o «serem constituídos com vista ao preenchimento de fins idênticos aos que estão na base do regime da propriedade pública», ou, se se preferir, «para a satisfação de fins de utilidade pública idênticos aos prosseguidos pelos bens do domínio público».

O fundamento jurídico-positivo em que haveria que escorar estes *jura in re aliena* dominiais seria, justamente, a alínea n) do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro (entretanto objecto de revogação pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto), que dispunha, textualmente (no que constituía um precioso arrimo literal para o reconhecimento destes direitos reais públicos sobre coisa alheia), que «integram o domínio público do Estado os direitos públicos de uso e fruição sobre quaisquer bens privados».

Sobre os «direitos reais da Administração sobre bens imóveis dos particulares» (A. QUEIRÓ), v., para a doutrina italiana, que não hesita na aceitação destas posições jurídico-subjectivas de vantagem (de conteúdo real e natureza “dominial”) da Administração sobre bens alheios, G. ZANOBINI, (n. 51), p. 160 a 170, que individualiza, a par destes direitos reais de gozo dominiais, a figura dos «direitos reais privados» ou patrimoniais e, para uma visão mais recente da matéria, V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 333 a 335, na que representa, em nosso entender, a explicação mais acabada e harmoniosa da figura dos direitos reais menores de natureza dominial, bem como em (n. 47), p. 194 a 198; A. M. SANDULLI (n. 33), p. 811 a 816, que prefere a designação, de sabor codicístico, de «direitos da Administração Pública sobre bens de outrem», M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 159 a 180, que sob a designação de «direitos reais parciários públicos», que contrapõe à de «limitações administrativas» ao direito de propriedade, engloba «institutos não homogêneos», como sejam, por exemplo, os direitos de uso público, os usos

Assim, fácil é concluir que a qualificação da *facti-species* em apreço como direito real parciário público é não apenas a que melhor corresponde à sua fisionomia típica, como, também, a que mais convém ao proprietário do bem onerado pelo uso que dele fazem os membros da comunidade, dado que lhe permite conservar intactos todos seus poderes sobre a *res* que não colidam com a sua afectação à fruição pelo público.

cívicos e as servidões públicas (que, aliás, não se furta de distinguir entre si) e, por fim, V. CAPUTI JAMBRENGHI, (n. 52), p. 6 a 8.

Cfr., igualmente, para a doutrina espanhola, além de L. M. DíEZ-PICAZO, e fundamentalmente influenciado pela sua arquitectura jurídico-dogmática dos *iura in re aliena* dominiais, R. PARADA (n. 52), p. 67, que enfatiza, confluindo na análise de G. ZANOBINI, que esta categoria de «direitos reais públicos de conteúdo parcial sobre bens de propriedade de particulares» apenas se deve admitir «quando realmente essas faculdades sirvam ao desenvolvimento de uma actividade administrativa e quando a sua defesa se organiza através dos poderes de polícia e de coerção característicos da dominialidade».

V., para a realidade jurídica francesa, pelo que toca à dissociação entre propriedade pública e dominialidade, Y. GAUDEMET, *L'avenir du droit des propriétés publiques*, in *L'avenir du droit (Mélanges en hommage à François Terré)*, 1999, p. 569 a 573 e P. YOLKA, *La propriété publique (éléments pour une théorie)*, 1997, p. 603 a 610 e, para o reconhecimento dos caracteres enformadores dos bens do domínio público como predicado das servidões administrativas, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, 14.ª ed., 2000, p. 464; J. DUFAU, (n. 21) p. 297 e 298, ainda que substituindo à inalienabilidade o carácter de «ordem pública» como nota definitiva das servidões administrativas e, exactamente assim, P. S. BIEUSSES, (n. 26), p. 131 a 140, sobre a sua natureza de ordem pública (que apenas torna admissíveis derrogações *ex lege* às restrições originadas por servidões administrativas) e p. 149, em que refere, a justo título, que «as servidões administrativas estabelecidas em proveito do domínio público apresentam caracteres originais e beneficiam nomeadamente da imprescritibilidade do mesmo domínio público».

Cfr., ainda, para o ordenamento alemão das coisas públicas, em que a figura do direito real limitado jurídico-público, sob a modalidade de servidão de direito público, desempenha uma função que tem tanto de peculiar quanto de axial na construção do direito das coisas públicas, W. HÖFLING, *Grundzüge des Öffentlichen Sachenrechts*, JA, 1987, p. 606 e 607, bem como E. PAPPERMANN (n. 42), p. 795 e 798 e, ainda, J. SALZWEDEL, *Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen*, in ERICHSEN / MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., 1981, p. 394 a 396, em que reitera a ideia de que o «regime de direito público» (*Öffentlich-rechtliches Regime*) que comanda as coisas públicas deixa intacta a «natureza jurídico-privada da propriedade» (*privatrechtliche Natur des Eigentums*) que constitui o seu lastro material. Assim, o «senhorio» (*Sachherrschaft*) fundado pela «afectação» (*Widmung*) e assegurado pela «servidão jurídico-pública» (*öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit*) pesaria, ainda e sempre, sobre uma «propriedade privada» (*privaten Eigentum*);

V., por último, entre nós, relativamente à *figura juris* dos direitos reais públicos, para lá do contributo, crucial, de A. QUEIRÓ / J. GABRIEL QUEIRÓ, (n. 41), já abundantemente referido, A. VAZ SERRA, (n. 41), p. 64 e 65, que qualifica, citando o art.º 825.º do Código Civil Italiano, como «direitos dominiais» os «direitos do Estado ou das autarquias locais sobre bens de outrem, para a utilidade de bens do domínio público ou para a realização de fins do interesse público correspondentes aos do domínio público». Estes direitos, segundo o Autor, «dada a sua finalidade, devem considerar-se sujeitos ao regime do domínio público»; A. QUEIRÓ, A. QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo* (policop.), vol. II, 1959, p. 7, em termos fundamentalmente alusivos, destacando, dentre os direitos reais públicos, «as servidões públicas ou as servidões administrativas» e, por fim, circunscrevendo as respectivas considerações às servidões administrativas (porventura o tipo de direito real parciário público, senão mais relevante, ao menos, por certo, o de uso mais frequente), M. CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1996 (reimpressão da edição brasileira de 1977), p. 371, em que afirma, categoricamente, que as «servidões administrativas são, em si, inegociáveis, inalienáveis e imprescritíveis» e, reiterando estas “marcas” típicas, A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 20, que, no entanto, omite a referência à inegociabilidade destas servidões, presumivelmente por considerar, no que o acompanhamos, que esta insusceptibilidade de as servidões administrativas constituírem objecto de negócios jurídico-privados encontra abrigo numa compreensão jurídico-dogmaticamente adequada do princípio da respectiva inalienabilidade.

Estes poderes sobranes não são, aliás, de menosprezar, consistindo, desde logo, na faculdade de dispor (no seu sentido mais radical, englobando o poder de proceder à respectiva alienação) da parcela do prédio que é objecto do direito de passagem [com a simples limitação (?!) de não afectar a consistência, sequer pelo agravamento das condições do seu exercício, do direito pertença da colectividade] e, bem assim, de fruir das demais utilidades prodigalizadas pela mesma (incluindo a percepção dos frutos aí produzidos e o aproveitamento do respectivo subsolo), sempre sob reserva de compatibilidade com o uso que dela faça a *universitas incolarum*⁶².

Com efeito, importa ter presente que o direito de uso público apenas episodicamente absorve todas as utilidades proporcionadas pelo bem que investe, não se devendo, pois, menosprezar ou subestimar o «domínio residual do proprietário» (*Restherrschaft des Eigentümers*), que alcança todas as vantagens que a coisa pode fornecer, contanto que não se faça perigar a respectiva fruição pela colectividade sua titular

Não obstante, mesmo que, por hipótese, as mais das vezes meramente “académica”, ao proprietário venha a ser globalmente subtraído o complexo de faculdades em que se analisa o seu direito, tal não significa senão que este passou a um estado de latência que, ainda assim, não o impedirá de retomar a sua eficácia, logo que cesse o direito de uso público que sobre o mesmo impende. O que sucede, nestas situações, é que o direito de propriedade “mergulha” num sono jurídico que leva implicado uma paralisação do feixe de poderes em que o mesmo se desdobra. E, assim sendo, *tertium non datur*, ou esta letargia é compatível com a afirmação da subsistência do direito de propriedade (disso constituindo indício seguro proveitos marginais que, apesar de tudo, o particular extraia do bem, como, por exemplo, a recolha dos frutos por este produzidos, designadamente as riquezas do seu subsolo) ou haverá de concluir-se, por uma ajustada hermenêutica do título constitutivo de cada concreto direito real parciário público, que o efeito pretendido se esgota, afinal, na consignação do domínio absoluto sobre a coisa à comunidade de habitantes (o que tem como consequência que ao proprietário privado fique reservado o estatuto de mero depositário do bem).

De todo o modo, mesmo que o proprietário se veja totalmente despojado da disponibilidade da coisa objecto destes direitos reais públicos *sui generis* (que, como já frisámos, não corresponde, longe disso, à situação mais comum ou de verificação mais frequente), sendo, assim, remetido para a condição de simples responsável pela sua custódia, nada obsta a que, uma vez extinto o direito de uso público (pese embora a sua tendencial perpetuidade), mormente pela abertura de uma nova via pública, se veja restituído, atenta a elasticidade congenial ao direito de propriedade, à plenitude do seu domínio sobre a *res*.

Acresce que a recusa de submeter estas vias destinadas ao trânsito da colectividade ao estatuto da dominialidade pública (*rectius*, de as considerar, *ipso facto*, como bens públicos) tem, igualmente, como consequência, aliás de monta, que ao proprietário do bem não possam ser impostas as limitações que impendem sobre os titulares de coisas públicas e, bem assim,

⁶² Assim, M. D’AMELIO, (n. 53), p. 231 a 232, que recusa, contundentemente, os qualificativos de «hipócrita» e de «rídica» para a propriedade que sofre a incidência dos direitos de uso público, uma vez que, em bom rigor, o direito de propriedade «permanece imutável» no *dominus*.

que a Administração não disponha, por relação aos mesmos, dos poderes que lhe cabem em ordem aos bens do domínio público. Desde logo, acha-se vedado, aos proprietários confinantes com estes caminhos de propriedade particular, o uso especial do domínio público viário em que se materializa a sua relação de vizinhança ou de proximidade com este último (normalmente, através da abertura de acessos sobre as vias públicas, que lhes permitam entrar e sair dos seus prédios). Além disso, as autoridades administrativas carecem, em absoluto, de poder para constituir usos privativos sobre estas vias públicas de titularidade jurídico-privada, e isto na medida em que a sua intervenção tem obrigatoriamente de se cingir à adopção dos actos estritamente indispensáveis para assegurar e garantir o trânsito público⁶³.

Os caminhos públicos não consubstanciam, porém, a única modalidade de direitos de uso público conhecida do nosso ordenamento jurídico. Com efeito, a figura revela-se-nos, igualmente (colhendo, em ambas as situações, expresso favor legal), seja na abertura de bens culturais materiais, na propriedade de sujeitos jurídico-privados, à fruição colectiva (concretizada, no essencial, no reconhecimento de um direito de visita ao público)⁶⁴, seja no aproveitamento e utilização, por parte da comunidade de habitantes de uma dada circunscrição territorial, de fonte (ou ponte) particular de manifesta utilidade pública⁶⁵.

⁶³ Nestes precisos termos, cfr. V. CERULLI IRELLI, (n. 46), p. 964, que, baseando-se, primordialmente, na posição adoptada, com constância, pela jurisprudência, faz sobressair o *quid specificum* que, em última análise, depõe, determinadamente, no sentido da impossibilidade de subsumir os direitos de uso público entre os direitos reais públicos dominiais.

⁶⁴ Pelo que concerne ao direito de acesso ou de visita [precipitado no art.º 21.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, em que se estatui que compete aos proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre bens culturais classificados «observar o regime legal instituído sobre acesso e visita pública»], em que se materializa basicamente «o gozo público ou a função colectiva dos bens culturais materiais» (F. ALVES CORREIA) ou, dito de outra forma, em que se consubstancia «o traço de publicidade, entendido no sentido da fruibilidade necessária dos valores culturais por parte dos membros da comunidade» (J. CASALTA NABAIS), tipificador do conceito de bens culturais, v. F. ALVES CORREIA, (n. 13), p. 404, que sublinha, à luz da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho, reguladora do património cultural, ser este um direito carecido de regulamentação (situação que não se alterou com a entrada em vigor da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, que «estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural») «no que respeita aos bens culturais materiais de sujeitos jurídico-privados» e reconhecido, apenas, «a nível de princípio», quer pela Constituição (art.º 78.º), quer pela lei ordinária [v. o art.º 49.º, n.º 2, da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho, entretanto revogada pela Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, que, não obstante, contém múltiplos afloramentos do referido princípio, designadamente nos seus art.ºs 4.º, n.ºs 2 e 3, 7.º, n.ºs 1 a 3, 8.º, 11.º, n.º 3 e, por fim, no já mencionado art.º 21.º, n.º 2, alínea a)]. Por último, sobre a «fruibilidade colectiva» dos bens culturais, que a nossa lei incentiva, apelando, para o efeito, a uma acentuada colaboração ou concertação (no que se recorta uma declarada preferência legal pela forma contratual enquanto instrumento de modelação ou de conformação das relações jurídicas administrativas constituídas no domínio do património cultural) dos vários sujeitos públicos entre si (envolvendo os organismos com atribuições no campo do património cultural e os organismos titulares de direitos reais sobre os bens objecto de protecção) e, acima de tudo, destes últimos (nas vestes de Administração do património cultural) com os sujeitos privados a que pertencem os mesmos bens, num quadro de respeito pelos direitos, liberdades e garantias (e por outros valores) constitucionalmente tutelados, J. CASALTA NABAIS, Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural, *CEDOUA*, 2, 2000, *maxime*, p. 22.

⁶⁵ Afigura-se-nos, com efeito, que a *facti-species* que tem assento no art.º 1384.º do Código Civil configura, precisamente, desde que devidamente articulada (pelo que se refere às fontes de manifesta utilidade pública) com o disposto no seu art.º 1392.º, uma hipótese típica de direitos de uso público, porquanto nos encontramos, *in casu*, em face de utilidades prodigalizadas por um bem («ponte ou fonte de manifesta utilidade pública) de titularidade jurídico-privada em benefício, directo e imediato, dos

Para lá desta sua expressão parcelar, o instituto jurídico-público em apreço projectar-se-ia, como figura de alcance global, na cláusula geral que lhe estaria consagrada pelo Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, mais precisamente na alínea n) do seu art.º 4.º, (entretanto objecto de expressa revogação pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto) em que se dispõe que “os direitos públicos (...) de uso e fruição sobre quaisquer bens privados” integram o domínio público. É esta a posição de A. QUEIRÓ / J. GABRIEL QUEIRÓ, que, após terem decantado um princípio geral – em conformidade com o qual «possuem carácter público e estão sujeitos ao regime dominial aqueles direitos reais de gozo que, *nos termos da lei civil*, facultam o uso de coisa alheia, sempre que tais direitos sejam constituídos pela Administração para a satisfação de fins de utilidade pública idênticos aos prosseguidos pelos bens do domínio público» -, em que haveria que escorar os direitos de uso público, vêem no preceito em apreço a «referência de *direito escrito*, na lei portuguesa, que elimina quaisquer dúvidas que pudessem subsistir sobre o reconhecimento de tais figuras». (itálico no original).

Esta interpretação encontra-se, aliás, em perfeita sintonia com a natureza jurídica que os Autores emprestam aos direitos de uso público. Se, na verdade, a nossa lei consigna o atributo da dominialidade pública a direitos públicos de uso e fruição (não reconduzíveis à propriedade plena) sobre quaisquer bens privados, então estes direitos reais parciários públicos (a que A. QUEIRÓ / J. GABRIEL QUEIRÓ conferem carácter dominial) encontrar-se-iam claramente subsumidos na correspondente previsão legal [a já mencionada, e entretanto revogada, alínea n) do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro].

Além disso, o diploma legal em apreço (actualmente já revogado) refere-se, em segmentos normativos distintos, respectivamente as alíneas n) e o) do seu art.º 4.º, “aos direitos públicos sobre imóveis privados classificados ou de uso e fruição sobre quaisquer bens privados”, por um lado, e às servidões administrativas e restrições de utilidade pública ao direito de propriedade, por outro, pelo que nenhuma dúvida restaria de que aqueles direitos reais menores ou limitados, elencados em primeiro lugar, em nada se confundiriam com estas últimas formas de oneração da propriedade particular.

habitantes de uma dada povoação (não devendo impressionar os actos, por essência ancilares, praticados pelos órgãos competentes de pessoas colectivas públicas, enquanto entes exponenciais da colectividade).

Não podemos, deste modo, subscrever o entendimento seguido por F. A. PIRES DE LIMA / J. M. ANTUNES VARELA, (n. 8), p. 282 a 285 (anotação ao art.º 1384.º do Código Civil) e, bem assim, p. 312 a 316 (anotação ao art.º 1392.º do Código Civil), que reconduzem estes direitos de uso público, ainda que de uma forma que não prima pela sua absoluta clareza, à categoria das servidões administrativas e, muito menos, acompanhar A. PEREIRA DA COSTA, (n. 12), p. 30, que, apesar de captar satisfatoriamente, pelo que toca à determinação do sujeito activo seu titular, os traços essenciais destes direitos do público sobre pontes ou fontes de declarado interesse público, que qualifica como «servidões constituídas a favor de uma *colectividade*» (o itálico é nosso), acaba por lhes negar o encontro com a sua autêntica natureza jurídica ao integrá-los não entre os direitos parciários públicos encabeçados na colectividade ou comunidade de habitantes (como indiscutivelmente é o caso), mas, antes, entre as servidões administrativas (cuja titularidade cabe, sem excepção, a um ente público), parecendo, desta maneira, querer reeditar concepções *a outrance* que recusavam ao público a «capacidade jurídica para adquirir qualquer direito» (M. D’AMELIO).

Assim sendo, forçoso seria concluir que os direitos de uso público se encontram contemplados na estatuição normativa em apreço.

Sem que se questione a razoabilidade da solução proposta (que, ademais, emerge em absoluta conformidade com os postulados de que partem os Autores), certo é não a podermos perfilhar, porque em frontal contradição com o modo como concebemos o instituto dos direitos de uso público.

Com efeito, aos direitos de uso público como direitos reais parciários de natureza *sui generis* (que é como os entendemos), imputados directamente à *Allmende* ou *Universitas*, ou seja, à comunidade de habitantes, repugna o estatuto da dominialidade pública (desde logo, pelas implicações que daí derivam pelo que se refere ao seu titular). Ora, tal determina, *imediatamente*, que fique prejudicada a possibilidade de retirar o seu regime das disposições contidas no Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, que, conquanto não se circunscrevam à conformação da disciplina aplicável aos bens do domínio público (antes valendo para o conjunto de bens do domínio público e privado que formam o património do Estado), pressupõem, sempre, que titular dos direitos aí consagrados é o Estado (ou, no máximo, por analogia, uma qualquer outra pessoa colectiva de direito público).

Do exposto decorre que o preceito em análise vai teleologicamente orientado para o reconhecimento dos *jura in re aliena* dominiais (tais como o usufruto, a superfície ou o simples uso) constituídos em benefício de uma pessoa colectiva de direito público para a consecução de fins similares àqueles a que servem os bens do domínio público, desde que, e sempre que, para o seu conseguimento seja bastante a titularidade de um direito real limitado sobre bens de particulares, ficando, do mesmo passo, definitivamente precludida qualquer possibilidade de aí respaldar ou filiar os direitos de uso público. Estes últimos, com efeito, estão «predestinados a “viver” de analogia» (V. CAPUTI JAMBRENGHI) - mormente com os direitos reais públicos menores de cariz dominial (com os quais apresentam inegáveis afinidades de conteúdo) - e das escassas normas *ad hoc* em que encontram consagração jurídico-positiva⁶⁶.

⁶⁶ Cfr., sobre tudo isto, A. QUEIRÓ / J. GABRIEL QUEIRÓ, (n.41), p. 275 a 277 (*maxime* p. 276).

V., ainda no que se refere a esta questão - que se levantou, com acuidade e em moldes substancialmente idênticos aos acabados de enunciar, no seio da doutrina italiana, a pretexto da interpretação do art.º 825.º do Código Civil (que já tivemos ocasião de transcrever) -, no sentido por nós proposto, V. CERULLI IRELLI, (n. 47), p. 194 a 198, que se recusa a ver na 2.ª parte do referido preceito [onde se estatui que “são igualmente sujeitos ao regime do domínio público os direitos reais que cabem ao Estado, às regiões e aos municípios sobre bens pertencentes a outros sujeitos (...) *para a consecução de fins de interesse público correspondentes àqueles a que servem esses mesmos bens*” (o itálico é nosso)] o fundamento jurídico-normativo dos direitos de uso público. Com efeito, no mencionado segmento normativo, «uma vez depurado dos direitos colectivos de gozo e de uso que aí não se encontram compreendidos» (V. CERULLI IRELLI), o que temos é a consagração, com excepção da servidão predial pública [que tem assento na 1.ª parte do preceito legal em apreço, em que se determina que “são igualmente sujeitos ao regime do domínio público os direitos reais que cabem ao Estado, às regiões e aos municípios sobre bens pertencentes a outros sujeitos, *quando os ditos direitos são constituídos para a utilidade de algum dos bens indicados nos artigos precedentes*” (o itálico é nosso)], de direitos reais sobre coisa alheia imputados a uma pessoa colectiva de direito público, de cuja constituição coactiva esta última se serve sempre que, em ordem a lograr os fins a que se acham adstritos os bens públicos, não lhe seja indispensável romper completamente com o domínio privado sobre um bem dado.

Conforme bem faz notar M. S. GIANNINI, com as servidões administrativas estes direitos de uso público (cujos traços nucleares procurámos esboçar) partilham somente dois caracteres: «o primeiro é que ambos se concretizam em direitos de conteúdo real; o segundo é um traço negativo: o de não constituírem direitos reais dominiais e, conseqüentemente, o de terem por objecto utilidades prestadas por bem alheio»⁶⁷.

Não obstante, as notas que irmanam estes dois tipos de institutos jurídicos não são de molde a legitimar as aproximações, de inspiração doutrinal, tendentes seja à sua integração, enquanto espécies diferenciáveis entre si, num género único de servidões de direito público, seja, sobretudo, à sua total unificação numa categoria solitária de servidão pública⁶⁸.

Apesar da razoabilidade da sua argumentação, V. CERULLI IRELLI representa [no que é acompanhado por A. PUBUSA, (n. 46), p. 1, que adverte para a irredutibilidade, na maior parte dos casos, das *facti-species* concretas de direitos de uso público ao esquema normativo encerrado no art.º 825.º do Código Civil], actualmente, uma corrente minoritária, dado que a doutrina dominante se, por um lado, converge (dando corpo a um entendimento hoje absolutamente pacífico e incontrovertido) na posição do Autor pelo que respeita à determinação da sede própria das servidões de interesse público, por outro lado, e em nítido contraste com a sua proposta, propende, decididamente, para amparar os direitos de uso público no art.º 825.º, *in fine*, da lei civil. Esta subsunção do instituto em análise no indicado preceito do Código Civil é comum, quer aos que defendem que os direitos de uso público configuram *jura in re aliena* dominiais e, congruentemente, olham o ente exponencial da colectividade como seu titular, quer àqueles que endereçam a respectiva titularidade à colectividade não personificada.

Cfr., para o sector da doutrina que considera participarem os direitos de uso público dos caracteres essenciais dos bens públicos e que, conseqüentemente, os inscreve na 2.ª parte do art.º 825.º, A. M. SANDULLI, (n. 33), p. 811 a 814 (com particular atenção para as p. 811 e 812); G. GROSSO, in G. GROSSO / G. DEIANA, (n. 51), p. 191 a 194, que ousa afirmar, sem lugar para qualquer espécie de hesitação, que «a configuração destes direitos públicos de gozo (...) encontra hoje o seu fundamento legislativo no art.º 825.º do cód. civ.» e C. FERRARI, *Usso Pubblico (Diritto di)*, in *Nss. DI.*, XX, p. 271 e 272.

Cfr., por seu turno, entre os que não recalitam em submeter os direitos em apreço ao disposto no art.º 825.º do Código Civil, apesar de sustentarem uma sua imposição jurídico-dogmática que aponta no sentido da sua pertença à colectividade indeterminada de utentes, V. CAPUTI JAMBRENGHI, (n. 35), p. 1098 e 1099, bem como em (n. 52), p. 7 e 8.

⁶⁷ Assim, v., por todos, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 160, que com esta expressão se pretende reportar, não apenas aos direitos de uso público, mas, outrossim, aos usos cívicos, englobando ambos numa categoria ampla de «direitos colectivos de uso». Estes consistiriam, mais rigorosamente, em «direitos de gozo de conteúdo particular» e ostentariam notórias afinidades com o(s) instituto(s) da propriedade colectiva, pública e privada, a cujo grupo pertenceriam.

⁶⁸ Cfr., neste sentido, respectivamente, as tentativas de F. INVREA, (n. 48), p. 197 e 198, que, apesar de tudo, e afora a concepção dos direitos de uso público como servidões pessoais públicas [categoria que é, normalmente, recusada pela doutrina por «não responder a uma rigorosa sistemática» (G. GROSSO / G. DEIANA) ou, ainda, por «não ser fundada sobre bases cientificamente aceitáveis» (P. VIRGA)], estabelece uma límpida caracterização destas duas espécies de figuras (servidão predial pública e servidão de uso público), pretensamente integrativas do mesmo género (servidão pública) e de C. FERRARI, (n. 65), p. 271 e 272 e, bem mais desenvolvidamente, (n. 32), p. 174 a 178, definindo a servidão pública, em conformidade com uma (por si alegada) «hodierna concepção legislativa», como «um peso imposto sobre um fundo para a utilidade de um interesse público que se individualiza através de algum dos bens dominiais ou de algum dos fins correspondentes aos que são próprios dos mesmos bens dominiais». Nesta imposição do instituto da servidão jurídico-pública, o que sobressai é não a relação entre fundos (peculiar do esquema jurídico-privatístico de servidão), mas, ao invés, uma «relação directa entre fundo privado ou público e interesse público». Não seria, pois, legítima qualquer inferência tendente a autonomizar, entre si, servidão predial pública e «servidão de uso público» (os por nós denominados direitos de uso público), porquanto estas duas «espécies» de servidões seriam «estruturalmente idênticas», só se diferenciando pelos meios de individualização do interesse público: na primeira espécie, o interesse público seria individualizável através de um bem público, visando-se

Desde logo, porque o ente em que se concentra a respectiva titularidade varia consoante se esteja em face de um direito de uso público (colectividade não personificada) ou perante uma servidão de interesse público (pessoa colectiva de população e território a que pertence o bem dominial).

Além disso, e esta é outra nota que distancia decisivamente as duas figuras, os direitos de uso público, contrariamente ao que sucede com as servidões de interesse público, traduzindo-se embora em *jura in re aliena* (no que se assemelham às servidões administrativas), incidem directamente sobre um bem (móvel ou imóvel), sem que haja lugar à “relação” entre fundos que vai pressuposta na noção mesma de servidão pública (pelo menos em consonância com o entendimento que da figura sustentamos).

3. Modos de constituição e de extinção das servidões administrativas.

3.1. Modos de constituição de servidões administrativas

Por relação aos títulos constitutivos de servidões administrativas, dúvidas não restam de que o acto administrativo se apresenta como a forma (mais) comum de constituição de servidões de interesse público, a ponto de alguma doutrina, sobretudo italiana (designadamente M. S. GIANNINI e V. CERULLI IRELLI), identificar como contra-senha distintiva destas últimas (por relação às servidões de direito privado) justamente a respectiva imposição autoritativa.

Impõe-se, no entanto, distinguir, em função dos efeitos que, por lei, são assinalados ao acto administrativo institutivo de uma servidão de interesse público, entre servidões gerais e

com a constituição da servidão garantir que o mesmo sirva à sua destinação; na segunda espécie, por seu turno, o interesse público seria individualizável através de um fim correspondente àquele a que se acham adstritos os bens públicos, dirigindo-se a imposição da servidão a assegurar a disponibilidade de um bem privado que reúna «os caracteres objectivos dos bens públicos da mesma natureza e seja idóneo, conseqüentemente, a satisfazer – a par destes últimos – o interesse público».

Da tese em apreço deriva, pois, a «a exclusão do dado real do lado activo da relação e a sua substituição pelo dado que constitui o ponto de coincidência ou de unificação das duas entidades olhadas sob o perfil finalístico, ou seja, pelo interesse público».

Parece-nos, porém, com A. PUBUSA, (n. 21), p. 1 e 2, que para fundar uma «unicidade de esquema e de estrutura dos institutos considerados» (servidão de utilidade pública e direitos de uso público) não chega afirmar (o que tão pouco se questiona) que as figuras em apreço comungam de um elemento finalístico consubstanciado, mais precisamente, no interesse público.

Este traço de união, materializado na sua identidade de escopo, não retira, em nada, que na hipótese de servidão administrativa a utilidade pública seja alcançada por via de um bem dominial (desempenhando a sujeição do bem privado uma função instrumental), sucedendo, ao invés, que nos direitos de uso público o fim público é atingido por força do uso directo do bem privado por parte da colectividade.

Desta maneira, só traíndo a realidade se pode pretender que «em ambas as figuras o dado real esteja excluído do lado activo da relação e seja substituído pelo elemento finalístico, o interesse público, unificador das duas entidades». Assim argumentando, conforme bem faz notar A. PUBUSA, o mais que se consegue é «fazer desaparecer o dado real do lado activo aí onde indubitavelmente o mesmo existe ou considerar fundo dominante o próprio interesse público que fundo não é».

V., por fim, V. CERULLI IRELLI, (n. 47), p. 195 e 196 (em nota), que converge na rejeição da impositiva de C. FERRARI «de um conceito unitário de servidão pública compreensivo seja da servidão predial pública, seja dos direitos de uso público».

servidões particulares. Nas primeiras, com efeito, bem se pode dizer que a eficácia conformadora do acto se acha reduzida à sua mínima expressão (para não dizer mesmo que é nula), uma vez que o concreto conteúdo da servidão a que dá origem resulta, em toda a sua extensão, do disposto na lei. O acto tem, pois, um efeito puramente constitutivo ou institutivo da servidão, derivando o complexo de posições jurídicas (activas e, sobretudo, passivas) em que se exprime e desdobra o conteúdo da mesma directa e imediatamente da lei.

Já nas servidões particulares compete ao acto impositivo da servidão determinar a sua concreta densidade, especificando, designadamente, ainda que sem exceder os limites imperativamente fixados por lei, quais as limitações que da mesma decorrem para o particular onerado. Nestas situações, o acto aparece dotado de um, por assim dizer, efeito “ultra-constitutivo” (cabe advertir que a expressão, como facilmente se intuí, não vai aqui usada em sentido técnico), dado que, além do seu efeito normal típico (e principal) institutivo, lhe vai igualmente associada a definição, no quadro de uma pré-determinada e heteronomamente imposta moldura legal, dos precisos contornos da servidão.

Claro está que ao acto administrativo, nem sempre uniforme nos seus efeitos (como acabámos de verificar), há, tão só, que reconhecer o estatuto de principal modalidade de imposição de servidões administrativas, que não o de única modalidade possível.

Desde logo, defrontamo-nos com a controvertida questão de determinar até que ponto uma servidão pode ser o produto puro e simples de uma volição do legislador. Segundo alguns, cujo entendimento se impõe destacar, quanto mais não seja pelo impacto significativo que teve na jurisprudência (e que só em tempos mais recentes se começou a diluir), só a lei seria dotada de energia bastante para impor uma servidão de interesse público, cabendo ao acto, tão-somente, a singela função de pormenorizar alguns dos aspectos relacionados com a mesma, mormente os respeitantes à individualização dos bens directamente onerados por este direito real jurídico-publicístico (M. CAETANO).

Além desta posição – que cada vez colhe menos adeptos, porquanto se torna difícil, pelo menos nalgumas situações, recusar eficácia constitutiva ao acto administrativo legalmente previsto para precisar, na sua exacta dimensão, o conteúdo da servidão –, e num plano relativamente complementar, temos os que sustentam que a sobrevivência da tese anteriormente exposta depende de uma sua “leitura correctiva”, em ordem a mitigar o seu excessivo alcance.

Na verdade, as servidões seriam sempre legais (F. ALVES CORREIA), mas apenas na medida em que a sua fonte (o acto-regra) é sempre um acto da função legislativa e não já no sentido de que também o seu título constitutivo (o acto-condição) teria de revestir natureza legal. Servidões há, em boa verdade, em que a lei cumpre a dupla função de fonte e de título, mas outras há, igualmente, e são até as mais frequentes, em que a lei apenas estabelece o princípio da servidão, guardando para o acto a função de proceder à respectiva instituição em concreto, ainda que sempre de acordo com a sua abstracta previsão legal.

Por último, avultam os que não se resignam à ideia de que uma servidão possa emergir directa e imediatamente da lei, essas servidões administrativas “apócrifas” mais não seriam do que simples «determinações conformativas da propriedade» (M. S. GIANNINI) ou, de todo o modo, limitar-se-iam a ocultar, sob o manto da forma legal, «actos materialmente administrativos (D. FREITAS DO AMARAL).

A discussão, como está bom de ver, não assume exclusivo relevo jurídico-teorético, por isso que dela se desprendem notórias consequências de ordem prática, sobretudo na perspectiva de uma tutela judicial efectiva dos particulares. Em face da impugnabilidade contenciosa directa e imediata dos actos administrativos e da contraposta insindicabilidade jurisdicional (desde que impulsionada, recta via, pelos particulares) dos actos legislativos, torna-se aliciente a recondução do acto impositivo da servidão, por sistema, a «uma decisão materialmente administrativa de autoridade que visa a produção de efeitos (externos) numa situação individual e concreta» (J. C. VIEIRA DE ANDRADE).

Não obstante, a solução não se nos oferece isenta de dúvidas, suscitando-nos mesmo amplas perplexidades, não só porque um acto será, não poucas vezes, difícil de vislumbrar, mas também porque nem sempre se poderão reduzir essas “cargas” a puras limitações administrativas ao direito de propriedade.

Ponto é que, independentemente do seu instrumento constitutivo (inclusive, conforme melhor se verá adiante, caso as mesmas venham a ser constituídas por contrato de direito público institutivo de uma relação jurídico-administrativa de servidão), esteja claramente delimitado o espectro de limitações que a instituição da servidão administrativa projecta na esfera jurídica do proprietário particular pela mesma onerado. Rege, pois, neste domínio específico do ordenamento jurídico, um verdadeiro princípio da determinidade, a importar, para a Administração, o dever de circunscrever, com precisão, quais os encargos que da servidão decorrem para o prédio do particular pela mesma atingido. O que significa, afinal, que sempre que a lei abra um espaço de discricionariedade administrativa quando à definição dos contornos exactos da servidão, este tem de ser forçosamente preenchido, em via complementar, pela Administração, mediante a densificação, em obediência ao princípio do mínimo sacrifício, do conteúdo específico da servidão, isto é, do alcance definitivo das restrições que a mesma traz para o titular do prédio que sofre a respectiva incidência⁶⁹.

Do exposto decorrem consequências de uma dupla ordem de transcendência. Por um lado, dificilmente teremos servidões administrativas que decorram, directa e imediatamente, da lei

⁶⁹ Cfr., designadamente, o disposto no art.º 43.º, n.º 3, da lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro e nos art.ºs 39.º e 43.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de Outubro, relativos às zonas de protecção de imóveis classificados ou em vias de classificação (que o legislador qualifica expressamente como servidões administrativas – art.º 43.º, n.º 4, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro), em que é clara a intenção de conceder uma verdadeira prerrogativa de avaliação à Administração pelo que respeita à densificação dos termos exactos que hão-de presidir à determinação do conteúdo da servidão, sem que, contudo, esta possa deixar abdicar ou renunciar ao seu exercício, uma vez que lhe é igualmente dirigida uma injunção no sentido de definir zonamentos específicos e determinar as restrições estritamente necessárias associadas à imposição da servidão (art.º 43.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de Outubro).

(ainda que não afastemos liminarmente esta possibilidade), uma vez que, regra geral, a respectiva imposição reclama uma actuação complementar, de matriz densificadora, a cargo da Administração; por outro lado, não tanto em homenagem aos princípios da tipicidade e da taxatividade conformadores da constituição de direitos reais (a que a previsão e imposição de servidões administrativas também devem obediência), mas, sobretudo, como tributo ao princípio da determinidade (enquanto exigência de inteligibilidade e compreensibilidade) do conteúdo dos actos administrativos (sobretudo dos impositivos de ónus ou encargos), devemos ter como nulas todas as decisões jurídico-administrativas constitutivas de servidões, cujo âmbito material de incidência dos encargos ou limitações às mesmas associadas não se ache suficientemente definido ou detalhado.

Por outro lado, importa, do mesmo modo, não esquecer o contrato (administrativo) enquanto instrumento de imposição de servidões de utilidade pública. Na verdade, num contexto de gradual e progressivo afeiçoamento da actuação da Administração às ideias força de «*consenso, concertação, contratualização e informalidade*» (itálico no original) (P. GONÇALVES), o contrato acaba por se volver num «processo de agir próprio da Administração» (J. M. SÉRVULO CORREIA), nada bloqueando a sua «livre utilização (...) como meio de desempenho da função administrativa» (P. GONÇALVES), ainda que esta se projecte, em concreto, sobre os domínios tradicionalmente mais conotados com o modelo de uma Administração autoritária (de que constitui ilustração, aliás paradigmática, a imposição de servidões de interesse público). O contrato adquire, desta forma, o estatuto de «figura de utilização geral» (J. C. VIEIRA DE ANDRADE), concretizado, designadamente, no princípio de «livre intercambialidade entre acto e contrato administrativo» (P. GONÇALVES), o que permite (art.º 278.º do Código dos Contratos Públicos), nomeadamente, que haja lugar à celebração de contratos entre a Administração e os particulares com objecto passível de acto administrativo: os denominados contratos administrativos integrativos e substitutivos de acto administrativo.

Ora, nada impede que também no campo da imposição de servidões administrativas (comummente resultado de uma actuação por via unilateral ou autoritária da Administração) haja lugar para a manifestação de uma «administração nova, negociada ou contratual» (M. J. ESTORNINHO), capaz de, através do recurso ao instrumento contratual, superar a «dificuldade endógena» ou a «incapacidade congénita» (M. KIRKBY) que, na sua tendencial rigidez, revela o acto administrativo para se adaptar a situações em que o que se reclama da Administração é justamente flexibilidade. Particularmente nos casos em que o acto funciona, não apenas como simples título institutivo da servidão, mas, igualmente, como fonte das limitações que dela emergem para os particulares vinculados à respectiva observância (cabendo-lhe, designadamente, fixar a área sujeita a servidão e os encargos por ela impostos), uma solução negociada ou acordada pode mostrar-se concretamente bem mais vantajosa, nenhuma razão havendo, por isso, para cercear ou por qualquer forma paralisar, nessas hipóteses, o exercício da autonomia pública contratual legalmente outorgado às autoridades administrativas.

Assim, desde que esta possibilidade não seja liminarmente excluída *ex vi legis* (art.º 278.º do CCP), deve-se reconhecer aos entes públicos interessados a faculdade de concluírem contratos administrativos constitutivos de relações jurídico-administrativas de servidão (uma vez que a

sua natureza não se oferece, ao menos por princípio, como inconciliável com a figura jurídico-dogmática do contrato administrativo, o que vedaria de pronto a sua admissibilidade à luz do estatuído pelo art.º 278.º do CCP).

Por último, também não nos repugna, de modo algum, aceitar «que o uso por parte do ente público de um fundo privado a favor de um bem dominial faça surgir uma servidão pública», sendo apenas mister, em ordem à produção de tal efeito (aquisição, por usucapião, de uma servidão de utilidade pública), que haja lugar a uma «manifestação, explícita ou implícita, de vontade do mesmo ente» (A. PUBUSA) na direcção pretendida, ou seja, que a intenção de destinar o bem particular ao uso público em termos de direito real de servidão saia inequivocamente confortada pelos actos praticados pelas autoridades administrativas. Só assim, com efeito, se torna possível suprir a carência de uma “afecção expressa” do bem a esse preciso escopo.

E nem se obtempere que a usucapião é «um instituto próprio do direito privado, que incide sobre bens susceptíveis de apropriação», uma vez que, como bem faz notar A. PEREIRA DA COSTA, a posse prolongada no tempo que dá causa, nestas situações, à prescrição aquisitiva, tem por objecto, precisamente, não uma coisa dominial, mas, antes, uma coisa privada e, por essa precisa razão, por definição apropriável. Ora, o que se quer arredar com a afirmação da matriz jurídico-civilística do instituto da prescrição aquisitiva é, somente, que por essa via se adquiram direitos reais privados sobre bens dominiais – princípio da imprescritibilidade do domínio público. Mas do que se trata, na situação em apreço, é justamente de um efeito de sinal inverso, que, até por razões de simples coerência ou congruência, não podemos enjeitar, sob pena de assim se caucionar a dispensa de uma tutela mais intensa aos bens na titularidade de particulares (que não poderiam sofrer a incidência de servidões administrativas constituídas por usucapião) do que aos que integram o domínio privado da própria Administração (em que esta possibilidade não se acha, por via de regra e ao menos no plano dos princípios, liminarmente afastada)⁷⁰.

⁷⁰ V. sobre os modos de constituição de servidões administrativas, entre nós, M. CAETANO, (n. 17), p. 1053, que assevera ser a lei o único título com força bastante para operar a instituição de servidões, limitando a eficácia do acto, nos casos em que exista, à simples «definição da área abrangida pela servidão» e, para uma correcção deste entendimento (a um tempo excessivo e restritivo), em termos “intermédios”, F. ALVES CORREIA, (n. 20), p. 327 a 329, que sustenta que «as “servidões administrativas” são sempre legais, ou seja, resultam sempre da lei», sem esquecer, todavia, que, «ao lado de “servidões administrativas” cuja constituição resulta directa e imediatamente da lei, pela submissão automática a regimes uniforme e genericamente predeterminados de todos os prédios que se encontrem em determinadas condições objectivamente fixadas na lei, outras servidões há cuja constituição exige a prática de um acto da Administração, quer apenas pelo reconhecimento da utilidade pública justificativa da servidão, quer ainda pela definição de certos aspectos do respectivo regime, designadamente no que se refere à área sujeita a servidão e aos encargos por ela impostos», bem como, agora em termos “radicais”, A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 34 a 40, que, inclusivamente, afasta a possibilidade de uma servidão derivar directa e imediatamente da lei (posição que não rejeitamos *in limine*, mas que, em todo o caso, nos suscita sérias dúvidas) e integra, entre os modos possíveis de constituição de servidões de utilidade pública, o uso imemorial, parecendo-nos, porém, conforme A. PUBUSA, (n. 30), p. 7, que se deve restringir o âmbito aplicativo do imemorial (ou *vetustas*) ao domínio dos direitos não usucapíveis, vale por dizer, às servidões (ou outros direitos reais) que gravam bens dominiais.

3.2. Procedimento(s) administrativo(s) a que deve obediência a imposição de servidões administrativas

A constituição ou imposição de servidões administrativas rege-se, na maior parte dos casos, por um procedimento administrativo *ad hoc*, desenhado de harmonia com as necessidades específicas que lhe são conaturais e, por esse preciso motivo, bem mais simples e célere, por regra, do que o aplicável à expropriação por utilidade pública. Esta premência, sentida pelo legislador, de regular em diplomas legais próprios o(s) procedimento(s) administrativo(s) conformador(es) da constituição de servidões de interesse público, mais não reflecte, aliás, que a acentuação da autonomia e da especificidade próprias das servidões administrativas, a reclamar a definição, pelo legislador, de procedimentos administrativos privativos ajustados à sua fisionomia muito particular.

Na verdade, a instituição de servidões administrativas por «decisão materialmente administrativa de autoridade» (J. C. VIEIRA DE ANDRADE) (seu instrumento impositivo

Cfr., para o direito italiano, V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 337 e 342, que se recusa, sequer, a transigir com a ideia de servidões administrativas *ex lege*, circunscrevendo, assim, os seus plausíveis títulos constitutivos ao acto administrativo, à sentença ou, em caso de acordo do particular, ao negócio de direito comum. As ditas servidões legais de interesse público não passariam, pois, de simples «limitações legais da propriedade reconduzidas pelo código (civil) às relações de vizinhança» (o vocábulo entre parêntesis foi por nós aditado) e, sensivelmente no mesmo sentido, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 172 a 175, bem como, de forma absolutamente clara, em (n. 8), p. 745, qualificando entre as simples «limitações administrativas» ou «determinações conformativas da propriedade» as impropriamente denominadas servidões administrativas legais; v., porém, em sentido contrário, A. PUBUSA, (n. 30), p. 6, que engloba entre as causas constitutivas de servidões públicas a lei, guardando, no entanto, para «o acto de imposição-expropriação» o papel de causa mais frequente de constituição destas servidões. Nestes casos, cabe à lei «individualizar e prever, apenas, as situações ou condições, isto é, os pressupostos no concurso dos quais a autoridade competente se encontra autorizada a emanar actos administrativos singulares impositivos de servidões», competindo, por sua vez, ao acto, adrede dotado de «eficácia constitutiva das servidões, delimitar-lhes o conteúdo e fixar-lhes os modos e a esfera de aplicação.».

V., ainda, na doutrina francesa, em que prepondera uma concepção que apenas concede na constituição de servidões directamente pela lei ou por acto fundado na lei, entre muitos outros, C. DEBBASCH, J. BOURDON, J. PONTIER, J-C. RICCI, (n. 7), p. 126; R. POLLET, (n. 13), p. 9 e 10, onde defende que «a servidão administrativa tem como sua fonte um acto público que não pode ser senão uma lei», apenas admitindo o acto administrativo como modo possível de concretização de uma lei que apenas “ponha o princípio da servidão” (escusando-se, porém, de proceder a uma sua regulação exhaustiva) e, por fim, J. DUFAU, *Le domaine public*, t. 1, 4.^a ed., 1993, p. 297, que assevera que «as servidões administrativas não podem resultar senão de um acto unilateral da autoridade pública, quer dizer de uma lei ou de um acto administrativo adoptado em aplicação da lei.», o que importa, designadamente, que «nenhuma servidão possa ser estabelecida por via de uma convenção passada com a Administração.».

Cfr., igualmente, para a distinção entre servidões gerais e particulares, A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 32 e o Parecer da Câmara Corporativa. (n. 30), p. 396.

V., ainda que um pouco lateralmente, para a relação entre acto e contrato, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987, p. 562 a 575, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *As novas regras para a actividade administrativa, «Seminário sobre o Código do Procedimento Administrativo»* (CEFA), 1993, p. 83 e ss (e, especificamente pelo que respeita à expressão usada em texto, p. 101), M. ESTEVES DE OLIVEIRA / P. COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, (n. 9), p. 816 a 820; P. GONÇALVES, *Contrato Administrativo*, 1998, p. 27 a 30 e, ainda, M. KIRKBY, *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, 2002, p. 19 a 32.

prototípico), fundada em lei específica, é precedida de uma tramitação procedimental, mais ou menos complexa, caracterizada, em regra (sem que se possam, contudo, ignorar as situações em que o legislador se limita a uma singela remissão para as normas aplicáveis ao procedimento expropriatório), pela sua “tipicidade”.

Para lá desta disciplina procedimental, não raras vezes esgotante ou exaustiva, a que deve observância a instituição das várias categorias de servidões - que se distancia, em larga medida, do modelo legalmente pré-determinado para os demais procedimentos ablatórios de direitos reais -, temos, ainda, um procedimento mínimo de «informação e reclamação» (CONSEIL CONSTITUTIONNEL) aplicável globalmente à imposição de servidões de interesse público (referimo-nos, claro está, ao regime condensado na Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, o qual corresponde, no essencial, à generalização de um *iter* procedimental que, até então, se encontrava reservado, em regime de autêntico “monopólio”, para as servidões militares e aeronáuticas)⁷¹. Assim, nos termos do preceituado no art.º 33.º, n.º 3, do diploma em apreço, «a constituição, ampliação ou alteração de uma servidão administrativa por acto administrativo deve ser precedida de audiência prévia dos interessados e de participação em termos análogos aos previstos para a participação nos programas especiais». «As participações poderão ter por objecto a ilegalidade ou inutilidade da constituição, ampliação ou alteração da servidão ou a sua excessiva amplitude ou onerosidade.» (art.º 33.º, n.º 4, da Lei em análise)⁷².

Desta forma, o recurso, ainda que com as necessárias adaptações, às normas por que se regula o procedimento expropriativo apenas aparece justificado nos casos em que os comandos normativos dirigidos a organizar o procedimento institutivo de servidões de interesse público, e a determinar a correspondente indemnização, se revelem manifestamente lacunosos (conforme decorre do disposto no art.º 8.º, n.º 3, do Código das Expropriações), o que mais não faz, aliás, do que ressaltar a sua natureza puramente subsidiária.

Conforme já referido, ao lado das servidões administrativas em que o legislador regula minuciosamente o respectivo procedimento institutivo (v., a título puramente exemplificativo, a Lei n.º 2078, de 11/07, de 1955, para as servidões militares e os Decretos-Lei n.ºs 45 986 e 45 987, ambos de 22/10, de 1964, para as servidões aeronáuticas, bem como, a finalizar, o

⁷¹ Sobre a obrigatoriedade de a lei «prever o princípio de um procedimento destinado a permitir aos interessados, por um lado, ser informados dos motivos que tornam necessário o estabelecimento da servidão e, por outro, fazer conhecer as suas observações», o qual, no entanto, tirando o facto de ter de se realizar forçosamente dentro de «prazos razoáveis», pode ser substituído «por qualquer meio destinado a afastar o risco de arbitrário na determinação dos imóveis designados para suportar a servidão» (CONSEIL CONSTITUTIONNEL), v., profusamente, P. SABLIERE, (n. 12), p. 112 a 116, que enfatiza, fundamentalmente, ser o procedimento adoptado para a instituição de servidões assaz mais ligeiro do que o que recobre a expropriação por utilidade pública (ainda que sem ignorar as remissões, em que o legislador da servidão é pródigo, para a disciplina procedimental legalmente conformadora da expropriação) e também, ainda que graficamente, R. POLLET, (n. 13), p. 14.

⁷² Cfr., porém, no sentido de que o procedimento mínimo de informação e publicidade, condensado no Decreto-Lei n.º 181/70, de 28 de Abril (e atualmente regulado no art.º 33.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio), estaria prejudicado (derrogado) pela nova regulamentação constante dos art.ºs 12.º e 14.º do Código das Expropriações, o Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Outubro de 2001 (Proc. n.º 45 296).

Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de Outubro, para a definição das zonas de protecção de imóveis classificados ou em vias de classificação) e que podemos denominar de «servidões típicas» (V. CERULLI IRELLI), aparecem as servidões que têm como «norma geral habilitadora» (F. ALVES CORREIA) o n.º 1 do art.º 8.º do Código das Expropriações, nele se estabelecendo que «podem constituir-se sobre imóveis as servidões necessárias à realização de fins de interesse público.».

Ora, é precisamente para as servidões constituídas ao abrigo desta cláusula geral (e, bem assim, para as servidões típicas em que o legislador, no diploma que procede à respectiva previsão, sujeita expressamente a correspondente imposição ao regime procedimental constante do Código das Expropriações para as expropriações de utilidade pública), consagrada no art.º 8.º, n.º 1, do Código das Expropriações (que confere uma ampla margem de discricionariedade à Administração para a instituição de servidões de interesse público de natureza atípica), que vale, em ampla escala, o reenvio (a que nos reportamos adiante em texto), a que procede o n.º 3 do mesmo preceito, para a aplicação, *com as necessárias adaptações*, à respectiva constituição e à determinação da correspondente indemnização, da disciplina vertida no Código para a expropriação por utilidade pública⁷³.

3.3. Modos de extinção de servidões administrativas

A extinção das servidões administrativas, tal como, aliás, a respectiva constituição, opera por diversas formas ou títulos e isto na medida em que são vários os fundamentos que podem actuar como causa extintiva das mesmas.

Em primeiro lugar, importa lembrar, uma vez que tal se afigura indispensável em ordem a captar devidamente a sua principal causa extintiva, que as servidões de utilidade pública se consubstanciam, sempre, num encargo imposto sobre um imóvel privado em homenagem à satisfação de um fim de interesse público corporizado num bem público⁷⁴.

⁷³ Cfr., neste sentido, F. ALVES CORREIA, (n. 20), p. 328 e 329, em que densifica o que se deve entender por devidas adaptações para efeitos do disposto no art.º 8.º, n.º 3, do Código das Expropriações: «em consequência do preceituado no art.º 8.º, n.º 3, do Código das Expropriações, o acto administrativo que constitui a “servidão administrativa deve indicar a utilidade pública específica justificativa da servidão, identificar a área a ela sujeita e especificar os encargos que da mesma decorrem (tal como sucede na expropriação, em que o acto de declaração de utilidade pública deve indicar o fim público específico da expropriação e individualizar os bens que constituem o seu objecto).».

V., igualmente, V. CERULLI IRELLI, (n. 17), que, a par das «figuras típicas de servidão», elenca as constituídas em conformidade «com as normas e os princípios fixados pela lei geral em matéria de expropriação por interesse público».

Cfr., ainda, R. POLLET, (n. 13), p. 7, o qual, reflectindo o pensamento dominante, neste domínio particular, na jurisprudência e na doutrina francesas, sustenta, categoricamente, que as servidões de utilidade pública «não podem ser instituídas por via de expropriação», carecendo de uma lei específica que preveja autonomamente a possibilidade da respectiva criação.

⁷⁴ Não obstante, o certo é que não se pode ignorar, num sector representativo da doutrina, a vincada propensão para considerar a servidão administrativa, não como um específico instituto jurídico-publicístico, mas, antes, como uma *facti-species* de direito comum, que, apesar das variações (de mero pormenor) sofridas quando “transplantada” para os quadros do direito público, não deixa de ser intimamente fiel à fisionomia da servidão juscivilística. Esta perspectiva é visível, especialmente, em M.

S. GIANNINI, que se empenha, detidamente, em rebater a pretensa autonomia da servidão pública por relação à sua homóloga de direito privado (questão, aliás, que não diverge, em termos substantivos, da relativa à propriedade, pública ou privada, de que são objecto os bens dominiais).

Segundo M. S. GIANNINI, com efeito, «se se examinarem atentamente as normas de direito positivo que disciplinam todas estas servidões ditas públicas, dá-se conta que estas não atribuem às mesmas servidões um conteúdo que difira daquele que é próprio das servidões ditas privadas». Umas e outras são, pois, caracterizadas pela sua identidade de conteúdo, que, em vão, doutrina e jurisprudência procuraram contrariar. Os critérios mobilizados para operar esta distinção - assentes numa presuntiva autotutela administrativa das servidões públicas e numa sua infrangível origem legal - ter-se-iam revelado de todo insubsistentes, excepção feita à possibilidade de imposição autoritativa (por acto administrativo) das «servidões públicas não legais», em caso de ausência de acordo dos interessados.

No entanto, esta abertura à instituição de servidões administrativas por via unilateral e autoritária em nada desnaturaria a sua essência, dado que «o acto impositivo da servidão exaure o seu conteúdo na constituição da relação, que, quanto ao resto, permanece regulada pelas normas gerais (para a categoria das servidões) e especiais (próprias de cada uma das servidões) do Código Civil». Estaríamos, tão-somente, perante a figura (de perfil jurídico-dogmático de algum modo peculiar) do «acto administrativo constitutivo de uma relação de direito privado». Assim, haveria que concluir que com o emprego da denominação servidão pública não se pode ter a veleidade de querer «indicar um género de servidão diverso da de direito privado, mas apenas uma espécie pertencente a um único género».

As especialidades relativas ao seu procedimento institutivo (acto unilateral impregnado de força de autoridade) e à sua (auto) tutela administrativa seriam (e assim permaneceriam) estranhas, porque externas, à relação jurídico-real de servidão, cuja essência não modificariam.

Afigura-se-nos, na sequência do que deixámos expresso aquando da distinção entre servidões públicas e limitações de direito público, e à semelhança de A. PUBUSA, que a «finalidade pública e a natureza dominial do bem dominante fazem com que só parcialmente as servidões prediais públicas sejam similares às de direito comum, devendo os princípios postos para estas últimas temperar-se com a disciplina própria dos bens dominiais, à qual as figuras em exame são submetidas *ex vi* art.º 825.º do Código Civil».

Desta maneira, se, por um lado, as servidões administrativas são ainda servidões, o que determina a respectiva subordinação, em tudo quanto não se revelar incompatível com a sua ligação funcional a um bem público, aos princípios estruturantes do direito real de servidão (tal como vertidos na lei civil), por outro lado são públicas, o que implica que a sua disciplina seja preponderantemente dominada pelos princípios rectores do regime jurídico aplicável aos bens públicos.

Ora, é justamente neste equilíbrio que repousa a propriedade do uso da expressão servidão pública [que não representa, assim, uma mera cedência à «miragem costumeira de transportar para a esfera pública conceitos e terminologia privatística» (B. BIONDI)], só assim se podendo fazer sobressair, a um tempo, a sua identidade estrutural com as servidões privadas e, bem assim, a sua submissão, prevalentemente, à disciplina conformadora dos bens dominiais públicos (sendo justamente aqui, isto é, na sua atracção para a órbita dos bens dominiais, que se há-de buscar a fonte legitimadora da sua afirmação como figura jurídico-dogmática autónoma).

V., para a que constitui a defesa mais reflectida e persuasiva da similitude essencial entre servidão pública e servidão de direito privado, M. S. GIANNINI, (n. 15), p. 170 a 175 e, sem avançar com qualquer argumento adicional, mas identificando, justamente, como «ponto crítico» da construção de O. MAYER das servidões públicas a ousadia e a «pretensão de configurar estes direitos como inteiramente diferenciados das correspondentes figuras de direito comum», V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 335 (em nota).

Cfr., por sua vez, no sentido da autonomia das servidões de direito público por contraposição às de direito privado, apesar da sua (quase) homogeneidade estrutural, A. PUBUSA, (n. 30), p. 2 e, embora não o assumindo expressamente, B. BIONDI, (n. 38), p. 742, em que sustenta «que se pode qualificar como servidão, precisamente de direito público, o direito sobre fundo privado desde que seja atribuído a um fundo dominial, por utilidade pública», reconhecendo ao(s) direito(s) assim configurado(s) «os caracteres da dominialidade» e, mais limpidamente, em *I Beni*, vol. IV, t. 1, do *Trattato di Diritto Civile Italiano*, de F. VASSALI, 1953, p. 203 a 208, com especial menção para a p. 204; v., nesta linha, ainda que com diferenças de tomo em sede de apreciação, na especialidade, das diversas servidões consideradas *uti singuli*, G. GROSSO, (n. 64), p. 190 e 191, que, após estabelecer que «com acessoriedade à propriedade pública, para utilidade de bens dominiais (...), se pode configurar (um)a servidão predial»,

conclui estarmos «no campo do regime jurídico dos bens dominiais», o que, no entanto, não retira valor, de acordo com a concepção em apreço, «ainda que no âmbito publicístico da dominialidade, à individualização da servidão, que é praticamente relevante» para a determinação do conteúdo da relação que intercede entre ambos os fundos, na sua exacta posição relativa (serviente e dominante).

Entre nós (prescindimos da alusão, desde logo, à doutrina francesa, em que a construção da servidão pública se faz sacrificando, para tanto, o dado da relação entre fundos ou, na expressão de G. BRANCA, da «cooperação fundiária», por força da desvalorização, ou da pura e simples amputação, do necessário *praedium dominans*; e, pelas mesmas razões, dispensamo-nos da referência à dogmática espanhola, em que se verifica uma acusada tendência, sobretudo nos Autores mais recentes, para seguir o exemplo francês nesta matéria, o que implica que o problema que vimos analisando não chegue verdadeiramente a levantar-se, uma vez que a autonomização da servidão pública se precipita imediatamente no plano estrutural, resultado de uma sua configuração em que se faz “tábua rasa” da eventual presença de um fundo dominante), doutrina e jurisprudência votam em unísono pela autonomia dogmática das servidões públicas, apesar de, em harmonia com uma corrente solidamente instituída, não abdicarem da necessária «relação entre duas coisas de natureza imobiliária» ou, o que vale por dizer o mesmo, de «um vínculo entre dois objectos» (CÂMARA CORPORATIVA).

Com efeito, mesmo mantendo que «as servidões administrativas constituem encargos que recaem sobre certos imóveis, em benefício de outras coisas, em regra imóveis também, por razões de interesse público» (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA), certo é que nem esta afinidade estrutural com as servidões de direito privado tem inibido a formação de uma corrente doutrinal e jurisprudencial consistentemente instalada assente na convicção, jurídico-dogmaticamente fundada, de que «não recebe o Direito administrativo intacto o conceito civilista de servidão» (M. CAETANO). Em boa verdade, este conceito «ao transplantar-se para o direito público e ao aplicar-se, pois, às chamadas servidões administrativas (...) sofre inevitáveis transformações, impostas pelo carácter específico deste outro ramo do direito» (CÂMARA CORPORATIVA). As servidões de direito público emergem, assim, como «uma espécie dentro da categoria genérica servidão, caracterizada por assentar na relação de uma coisa dominial com determinado prédio» (J. OLIVEIRA ASCENSÃO), o que lhes permite conservar aquele mínimo incompressível de caracteres que não força ao abandono da ideia mesma de servidão - «sujeição de uma coisa imobiliária (serviente) a outra coisa imobiliária (dominante)» (CÂMARA CORPORATIVA) -, sem que com isso saia prejudicada, por qualquer forma, a apresentação de «características próprias que inteiramente as distinguem das civis.» (CÂMARA CORPORATIVA).

As características privativas da servidão pública, e que contribuem para a afastar da sua «congénere civilista» (D. FREITAS DO AMARAL / L. TORGAL), estariam, desde logo, localizadas na sua dimensão estrutural, uma vez que os imóveis, respectivamente, serviente e dominante não têm forçosamente que se encerrar na estreita noção jurídico-civilística de prédio (art.º 204.º, n.ºs 1, al. a) e 2 do Código Civil), mas, sobretudo, achar-se-iam incorporadas na sua dimensão funcional, porquanto a servidão jurídico-pública seria visceralmente dominada pelo seu escopo ou, dito de outra forma, pelo fim de interesse público que justifica a sua constituição. É, pois, a função de utilidade pública a que serve o imóvel dominante, e não este na sua singela natureza ou condição de coisa, que dita a imposição e consubstancia a razão de ser da servidão administrativa, que apenas subsistirá, enquanto servidão jurídico-pública, «no tempo e na medida em que o prédio esteja afecto ao serviço público» (CÂMARA CORPORATIVA).

Cfr., neste sentido, M. CAETANO, (n. 8), p. 1051 a 1056; A. PEREIRA DA COSTA, (n. 11), p. 16 a 20 e, também, p. 29; D. FREITAS DO AMARAL / L. TORGAL, (n. 25), p. 249, bem como o Parecer da Câmara Corporativa (de que foi relator J. TRIGO DE NEGREIROS) n.º 2/X, in *Pareceres da Câmara Corporativa*, X Legislatura, 1970, vol. I, p. 127 a 150 (v., no entanto, com especial interesse, p. 134 a 139) e, também, ainda que sem tocar directamente a questão, Acórdão do STA, in *AD*, n.º 401, 1995, p. 583, onde se conclui, em termos que evocam a sua autonomia, que «a servidão administrativa, pela sua natureza e conteúdo, tem uma ligação intrínseca à utilidade pública ou função de interesse público de uma coisa ou bem que desempenha o papel de prédio dominante relativamente ao imóvel ou imóveis servientes»; v., por fim, para uma excelente síntese panorâmica da doutrina nacional, o Parecer da Procuradoria Geral da República (relatado por LUÍS DA SILVEIRA), in <http://www.pqr.pt>, 1997, p. 7 a 13, que nos traz, igualmente, uma actualização do elenco de caracteres, que, ao menos de acordo com o ensinamento de M. CAETANO, modelariam a nossa figura. Da extensa lista ou catálogo de características marcantes da servidão administrativa (e que se traduzem noutras tantas notas que a contradistinguem da figura homóloga de direito comum), proposta por M. CAETANO (e que foi objecto, durante um largo período

de tempo, de adesão generalizada), algumas há, no entanto, que não se podem, hodiernamente (sendo inclusivamente duvidoso que já à altura fosse essa a solução preferível de *lege lata*), compartilhar, designadamente, as que apontam para a sua forçosa imposição por lei ou para a restrição da respectiva indemnizabilidade, exclusivamente, aos casos cobertos por expressa disposição legal; e, bem assim, as que se traduzem na admissibilidade de servidões *in faciendo* ou, mesmo, na aceitação, sem excepção, da sua imposição e defesa por processos enérgicos e expeditos de coacção. Assim, de conformidade com o Parecer da Procuradoria Geral da República, teríamos que este direito real de matriz jurídico-pública assentaria, actualmente, nas seguintes linhas definitórias:

«Em termos estruturais:

- O facto de ela se consubstanciar num encargo imposto sobre um imóvel em favor de outra coisa, em regra imóvel também, e não necessariamente dum prédio (a coisa dominante pode ser constituída, p. e., por águas do mar, ou por linhas telegráficas),

- A circunstância da imposição desse encargo resultar dum interesse público, a ponto de deixar de subsistir no momento em que a coisa “dominante” deixar de estar afectada a tal interesse público.

No tocante ao modo de constituição:

- A verificação de que podem derivar da lei ou de acto administrativo (assim se contrapondo à servidão predial civil, que apenas pode ser criada por algum dos modos descritos no art.º 1547.º do Código Civil).».

Estas são, pois, as notas mínimas em que assenta, entre nós, o conceito de servidão pública e que, bem se pode dizer, são objecto, na actualidade, de um consenso generalizado. Delas também não nos distanciamos, até porque tal significaria, de acordo com uma rigorosa impositação jurídico-dogmática (de que não devemos abdicar), renunciar ao conceito mesmo de servidão (de direito público). São, pois, estas as marcas que justificam, em última análise, a propriedade do uso da expressão servidão administrativa, à qual se devem ter por aplicáveis, na ausência de disciplina especial e em tudo o que não se revelar incompatível com a sua específica natureza jurídico-publicística, atenta a sua qualidade justamente de servidão, os princípios previstos na lei civil para a sua figura homóloga.

É, exactamente, esta aplicação subsidiária ou supletiva da lei civil, que nos leva, por exemplo, a convocar o art.º 1553.º da mesma pelo que respeita à definição do regime a que deve guardar observância o exercício das servidões de interesse público, devendo este último, com efeito, em conformidade com a referida norma, processar-se «através do prédio ou prédios que sofram menor prejuízo, e pelo modo e lugar menos inconvenientes para os prédios onerados.», podendo, ainda, de acordo com o art.º 1568.º do mesmo Código Civil, o proprietário do prédio serviente, inclusive, exigir, a todo o tempo, a mudança da servidão «para sítio diferente do primitivamente assinado, ou para outro prédio, se a mudança lhe for conveniente e não prejudicar os interesses do proprietário do prédio dominante, contanto que o faça à sua custa». Obviamente que este princípio do mínimo sacrifício, a que está subordinado o exercício da servidão, sai reforçado, no caso das servidões públicas, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em virtude da sua inscrição no quadro dos procedimentos reais ablatórios (veja-se, designadamente, o disposto no art.º 3.º do Código das Expropriações); mas nem por isso deixam os preceitos de direito comum de cumprir uma função ancilar de particular relevo, sobretudo em face de servidões de utilidade pública caracterizadas por uma regulação incipiente.

Mas é ainda por força desta sua natureza intrínseca de servidão que somos conduzidos a repudiar a possibilidade de servidões *in faciendo*, em homenagem ao princípio *servitus in faciendo consistere nequit*. Não obstante a aceitação generalizada desta figura entre nós (à semelhança, aliás, do que sucede no direito francês), que está manifestamente presente na distinção entre servidões passivas (*in patiendo*) e activas (*in faciendo*) ou entre servidões negativas (que se consubstanciam num *pati* ou num *non facere*) e servidões positivas (que se analisam num *facere*), parece-nos que nessas situações, que dão lugar a obrigações positivas a cargo do particular onerado, não nos encontramos ante verdadeiras servidões administrativas, mas, ao invés, perante simples ónus reais ou obrigações *propter rem*, sendo, na verdade, esta a qualificação que melhor lhes convém, atenta a fidelidade que se impõe guardar à «estrutura típica da servidão de direito privado» (B. BIONDI).

V., pelo que toca ao exercício das servidões públicas e à sua classificação, entre nós, ainda que em sentido diverso pelo que respeita à admissibilidade de servidões *in faciendo*, A. PEREIRA DA COSTA, (*ob. cit.*), p. 33 e 43 a 46, bem como, para a categorização das servidões, F. ALVES CORREIA, (n. 20), p. 329 a 331.

Cfr., ainda, pelo que se refere às servidões *in faciendo*, entre os Autores de língua francesa, a título puramente ilustrativo (uma vez que a sua admissibilidade é pacífica no contexto deste espaço

Tal significa ou quer dizer que, sempre que haja lugar à cessação da dominialidade do bem, isso importará, conaturalmente, a própria extinção da servidão, pelo menos enquanto servidão administrativa.

Nada impede, com efeito, que a mesma subsista enquanto servidão de direito privado, mas já não, em circunstância alguma, enquanto servidão sujeita a um estatuto jurídico-administrativo.

Dito de outra forma, «a cessação da destinação pública do bem não produz a extinção do direito que constitui o seu substrato jurídico real, mas simplesmente a reexpansão à *facti-species* em causa da disciplina de direito comum (tornando-se, por exemplo, comerciável)» (V. CERULLI IRELLI).

Além disso, mesmo que não haja cessado a dominialidade do bem público que actua como fundo dominante, deve igualmente entender-se que haverá lugar à extinção da servidão administrativa, desde que deixe de subsistir o fim de utilidade pública que determinou a respectiva constituição. Tal sucede, desde logo, no caso de servidões públicas imediatamente decorrentes da lei, conquanto deixem de se verificar os pressupostos legais que ditaram a respectiva constituição e, do mesmo modo, na hipótese de servidões administrativas instituídas por acto administrativo, havendo, contudo, nesta última situação, de ser praticado um acto administrativo (devido) de revogação do acto constitutivo da servidão. Ainda neste contexto – servidões jurídico-geneticamente dependentes de acto administrativo impositivo –, não pode deixar de se fazer referência à extinção implícita de servidões, sempre que, por força de decisão materialmente administrativa de autoridade, venha a ser alterada ou modificada a originária destinação do bem público dominante e a servidão se achasse umbilicalmente associada ou ligada a essa primitiva destinação pública do bem público que actua como fundo dominante.

Claro está que a revogação da lei institutiva da servidão determinará, igualmente, neste caso de maneira automática, a respectiva cessação, dispensando-se, deste modo (e ainda que as mesmas tenham sido constituídas por decisão administrativa de autoridade), a prática de um apósito acto administrativo que venha proceder à extinção formal da servidão.

Resta acrescentar que, à semelhança das suas homólogas de direito civil, também as servidões administrativas se podem extinguir por confusão (aquisição, superveniente, por parte do titular do bem público dominante, da propriedade do fundo serviente), o mesmo já não se passando, porém, com a actuação do instituto da prescrição aquisitiva (usucapião), que é perfeitamente inoperante por relação aos direitos reais (plenos ou parciários) de matriz

doutrinário), J. M. AUBY / P. BON, (n. 12), p. 99, embora emprestando-lhes carácter excepcional; J. DUFAU, (n. 31), p. 296; R. CHAPUS, (n. 36), p. 464 e, bem assim, J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, 1994, p. 85.

E, por fim, embora numa perspectiva exclusivamente jusprivatística, sobre as figuras do ónus real e da obrigação *propter rem*, que autonomiza do *ius in re*, porquanto este nunca se pode configurar como direito *in faciendo*, devendo, por conseguinte, conceber-se as obrigações de *dare* ou de *facere*, que por vezes surgem associadas ao direito real, como seu «elemento acessório ou adinricular» M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, 1990, p. 113 a 126.

dominial pública, apenas podendo valer, nestas circunstâncias, ao proprietário do prédio serviente a actuação do instituto do imemorial e isto porquanto o não exercício do direito de servidão pública desde tempos imemoriais faz presumir a perda ou cessação do seu estatuto de servidão dominial (pública)⁷⁵.

4. Tutela das servidões administrativas.

Já o fizemos notar, mas importa agora reiterá-lo, que as servidões administrativas se configuram ou modelam em termos especificamente juspublicísticos pela sua ligação permanente, necessária e indefectível a um bem público, que actua, justamente, como fundo dominante.

Do que antecede resulta que as servidões de direito público, precisamente porque se impõem como substrato jurídico real de um bem público, participem dos caracteres conformadores da dominialidade pública e em que avultam, enquanto seus traços distintivos nucleares, a inalienabilidade, imprescritibilidade e autotutela.

Importa, pois, proceder a uma breve caracterização destes traços essencialmente definitórios da dominialidade pública e que concorrem para a sua afirmação, em larga medida, como regime macroscopicamente derogatório ou exorbitante do direito comum.

4.1. Inalienabilidade⁷⁶.

A inalienabilidade dos bens públicos, consagrada no art.º 202.º, n.º 2, do nosso Código Civil, vem normalmente configurada como sua «*lex fundamentalis*» (E. GARCIA DE ENTERRIA), pretendendo assim traduzir-se a sua radical extra-comercialidade nos termos do direito comum⁷⁷.

⁷⁵ V., pelo que se prende com os modos de extinção das servidões administrativas, V. CERULLI IRELLI (n. 17), p. 342 e, em especial, A. PUBUSA (n. 30), p. 7 e 8.

⁷⁶ Pelo que respeita aos princípios que de seguida enunciaremos, convém acentuar, conforme já enunciado, que os mesmos se devem entender como atributo de todos os direitos reais menores (direitos de usufruto, superfície, uso e servidão de direito público) que se assumem como substrato jurídico-material de bens públicos. Na verdade, nem sempre é reclamado, a fim de garantir o cumprimento dos fins que ditam a publicização de determinados bens, que a Administração seja titular em relação aos mesmos de um direito real pleno (direito de propriedade). Ora, nestas circunstâncias, e em homenagem ao *princípio do mínimo sacrifício*, deve apenas haver lugar à constituição de direitos reais menores (*jura in re aliena*), ainda que subordinados à disciplina que rege para os bens públicos em regime de propriedade plena (dado que, em última análise, as finalidades que estão na origem da sua instituição são exactamente idênticas às que determinam a apropriação pública desses mesmos bens). Temos, pois, que a correspondência «bem público-titularidade pública do domínio» (V. CERULLI IRELLI) é, em boa parte, abusiva, devendo antes conceber-se os bens públicos como «entidades dinâmicas» (V. CERULLI IRELLI) suportados, em cada caso, no tipo de direito real que se mostre mais adequado para assegurar a sua disponibilidade à Administração em termos ajustados à satisfação das necessidades colectivas, conforme exclusivamente lhe incumbe.

V., assim, modelarmente, V. CERULLI IRELLI, (n. 17), p. 334.

⁷⁷ O art.º 202.º, n.º 2, do Código Civil dispõe conforme segue:

Na verdade, só assegurando que os bens públicos (e os direitos reais públicos menores de idêntica matriz) não podem ser objecto de negócios jurídicos de direito privado entre a Administração e os particulares se garante a sua afectação à realização do bem comum.

O princípio da inalienabilidade apresenta, deste modo, nos actuais sistemas jurídicos, uma dimensão essencialmente funcional, visando, tão só, por via da interdição de qualquer tipo de negociação de direitos a favor de terceiros que se distancie dos limites expressamente previstos por lei, perpetuar a vinculação dos bens dominiais à satisfação de um fim de superior relevância para o público globalmente considerado.

A génese do princípio, porém, está directamente associada à preocupação de salvaguardar os bens da Coroa dos “desmandos” do monarca (prevenindo, por essa forma, a sua delapidação).

Só mais tarde, em boa verdade, o objecto da tutela se desloca da coisa para a função (pública) pela mesma desempenhada, libertando-se, assim, o princípio desta sua originária vocação patrimonialista.

É, pois, a subordinação dos bens públicos a um princípio de função que explica que os mesmos se comportem fundamentalmente como *res extra commercium* (coisas fora do comércio), sendo, por sua vez, nesta sua incomerciabilidade (pelos modos de direito privado) que repousa, afinal, a impossibilidade quer da sua transmissão (total e definitiva) a terceiros, quer da sua oneração por direitos reais menores de matriz jurídico-privada.

Assim, devem, desde logo, considerar-se radicalmente nulas, *ratione objecti*, as vendas de bens públicos, caso estes últimos não sejam previamente desafectados da destinação pública a que se acham adstritos.

Além disso, impõe-se que sofram de idêntica sanção os negócios jurídicos dirigidos à constituição de direitos reais limitados sobre as dependências dominiais, uma vez que a ordenação racional e socialmente aceitável do seu uso e fruição não se afigura, de todo em todo, conciliável ou harmonizável com a simples preservação em mãos públicas de uma nua propriedade sobre os bens dominiais.

Ainda pela mesma ordem de razões, os bens públicos não podem, igualmente, ser objecto de penhora (impenhorabilidade), uma vez que esta desencadeia uma gama de efeitos que em tudo a aproxima dos direitos reais de garantia, culminando o processo executivo, não raro, na efectiva transmissão, por força de decisão judicial, do domínio sobre o bem para a esfera jurídica de terceiros credores do ente público executado.

«Consideram-se, porém, fora do comércio todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual.»

⁷⁸ Cfr., sobre esta característica essencialmente conformadora da disciplina dos bens públicos, E. GARCIA DE ENTERRIA, (n. 54), p. 52 (e *passim*).

Só esta rigidez do princípio – com o “congelamento” que lhe vai ínsito da comerciabilidade de direito privado dos bens públicos – permite acautelar, com a segurança necessária, a preferencial consignação dos mesmos à satisfação de interesses colectivos.

No entanto, parece que o princípio não pode ser interpretado de uma forma tão exigente, uma vez que, caso assim seja, se corre o sério risco de hipotecar, em determinadas situações da vida, soluções que se revelam claramente favoráveis à prossecução do interesse público globalmente perspectivado⁷⁹⁸⁰.

⁷⁹ Com efeito, actualmente, é cada vez mais discutido se o princípio da inalienabilidade deve entender-se de uma forma tão intransigente (sobretudo no contexto do espaço dogmático francês, fruto das consequências indesejáveis e inaceitáveis a que conduziu essa leitura particularmente rígida do referido princípio). Esta discussão deve-se, sobretudo, a duas ordens de questões, que passamos a sintetizar:

a) Por um lado, o investimento implicado na valorização e aproveitamento dos bens dominiais assume, frequentes vezes, uma dimensão significativa, sucedendo que para atrair os particulares à dinamização económica dos bens públicos (enquanto potencial fonte de riqueza colectiva) se torna imperativo que aos mesmos seja aberta a possibilidade de onerar as dependências dominiais com direitos reais de garantia (hipoteca e figuras afins) a fim de obter das instituições financeiras (em especial das bancárias) os indispensáveis meios financeiros para aplicar na sua rentabilização económico-financeira;

b) Por outro lado, cada vez mais, se assiste à difusão de «obras complexas» ou de grandes conjuntos imobiliários (portos, aeroportos, estações de caminho de ferro, metro etc) caracterizados pela sobreposição entre bens de propriedade pública e bens de propriedade particular e a implicar, para garantir a sua coexistência harmoniosa, que haja lugar à instituição de uma rede de servidões recíprocas.

Em ambas as situações está obviamente em causa a oneração de bens públicos por direitos reais de matriz privada, o que, pelo menos à partida, se deve ter por incompatível com o princípio da inalienabilidade dos mesmos.

No entanto, parece que fundamental é apenas garantir que, por esta via – constituição de direitos reais parciais sobre bens públicos –, não saia prejudicada a sua afectação aos fins de interesse público a que, em última instância, visam dar satisfação, devendo, por conseguinte, admitir-se tal possibilidade sempre que essa destinação dos bens dominiais a uma finalidade de bem comum seja deixada intacta.

Só assim, na realidade, se torna possível conciliar o interesse em tirar o máximo partido em termos económico-financeiros dos bens públicos com o interesse, não menos relevante, de não os subtrair à sua destinação à fruição colectiva.

V., para uma análise, em moldes bem mais substanciais, da questão aqui apenas suscitada em termos superficiais, o nosso *Servidão de Direito Público (contributo para o seu estudo)*, 2005, p. 167 a 190 e, mais recentemente, a pretexto da disciplina introduzida neste domínio específico pelo *Code général de la propriété des personnes publiques* (aprovado pela ordonnance n.º 2006-460, de 22 de Abril), YVES GAUDEMET, Les droits réels sur le domaine public, in *L'Actualité Juridique – Droit Administratif (AJDA)*, 2006, p. 1094 a 1098, RAPHAËL LEONETTI, Valorisation des biens publics: cession ou BEA, in *L'Actualité Juridique – Droit Administratif (AJDA)*, 2010, p. 2463 a 2470 e, por fim, avançando com propostas tendentes a superar a incoerência imperante no ordenamento jurídico francês neste domínio específico, P. DEVOLVÉ, Les dispositions relatives au droits réels sur le domaine des personnes publiques: l'incohérence, in *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2010, p. 1125 a 1130.

⁸⁰ Cfr., sobre o princípio em questão, o que se dispõe nos art.ºs 7.º (inalienabilidade) e 9.º (impenhorabilidade) da proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*, que, previsivelmente, revogará as disposições de igual teor que actualmente figuram, respectivamente, nos art.ºs 18.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto.

V., por último, por relação ao estatuto de quase absoluta incomerciabilidade que caracteriza, fisiologicamente, os bens públicos, V. CERULLI IRELLI, Beni Pubblici, in *Digesto (discipline publicistiche)*, 1987, p. 290 a 296.

4.2. Imprescritibilidade

O “dogma” da imprescritibilidade dos bens públicos, igualmente decorrente do disposto no art.º 202.º, n.º 2, do Código Civil, apresenta-se como mais uma consequência da vinculação dos bens públicos à concretização de uma função de utilidade pública.

É ainda a afectação do bem a uma finalidade de superior interesse público que se pretende preservar intacta com a afirmação do princípio, escudando-se, para tanto, a Administração da sua própria incúria ou inércia.

Apesar da ostensiva negligência desta última ser de forma a permitir o exercício de poderes de facto sobre dependências dominiais por parte de particulares, o ordenamento jurídico, em atenção ao interesse geral e em clara derrogação aos princípios de direito comum, não reconhece quaisquer efeitos juridicamente relevantes a essa posse, ainda que cumpra todos os requisitos para tanto definidos pela lei civil.

Dito em termos bem mais simples, o princípio da imprescritibilidade tem como «sua primeira consequência lógica (...) que o particular não pode ganhar coisas de domínio público enquanto tais» (E. GARCIA DE ENTERRIA) e, como suas consequências necessariamente derivadas, a imprescritibilidade da acção de reivindicação e a inoponibilidade à Administração de acções possessórias. A posse sobre bens públicos está, assim, condenada à total ineficácia pela ordem jurídica⁸¹.

Este modo de olhar o princípio da imprescritibilidade é tudo menos razoável, uma vez que importa, também para este efeito, proceder à distinção entre bens reservados e bens de destinação pública.

Para os primeiros o exercício de poderes de facto pelo particular *animus dominandi*, isto é, como se fosse proprietário, apenas pode adquirir relevância jurídica caso o bem venha a perder, ainda que por força de ocupação abusiva, os caracteres que o identificam com o tipo legal (“degradação”). Nestas situações, porém, em bom rigor, a usucapião vem a projectar-se sobre um bem entretanto devolvido ao domínio privado, e, nessa medida, disponível, pelo que se mantém firme o princípio de que sobre bens reservados não há lugar para o exercício de poderes de facto dotados da força indispensável para se converterem no direito (normalmente de propriedade) a que aspiram.

Esta solução, aliás, mais não representa do que uma consequência, directa e inevitável, da sua morfologia intrínseca, a qual leva necessariamente implicada a absoluta impossibilidade dos bens reservados se constituírem, enquanto tais, como objecto de direitos privados.

No caso dos bens de destinação pública a solução a que se chegará terá que ser forçosamente diversa.

⁸¹ Cfr., assim, E. GARCIA DE ENTERRIA, (n. 54), p. 163 a 166.

O que tipiciza esta categoria de bens é, precisamente, a sua destinação em acto, ou seja, a sua efectiva consagração à produção de utilidade pública, consubstanciando-se a ausência de uma sua *utilização de facto* para fins públicos num forte indício da vontade do ente público de subtrair o bem à sua destinação originária.

Deve, pois, deixar-se ao prudente critério dos tribunais a apreciação do alcance ou significado a atribuir a esta conduta omissiva da Administração, sendo certo que, em regra, a subtracção do bem à efectiva ou actual satisfação de um interesse geral deve ser interpretada como uma sua desafecção implícita, não repugnando, nessas situações, aceitar a aquisição pelo particular do domínio sobre o mesmo, em virtude de posse prolongada conducente à respectiva usucapião⁸².

4.3. Autotutela

A faculdade das autoridades administrativas procederem, em via administrativa, à tutela da integridade jurídica e do gozo material dos bens públicos tem sido identificada como mais uma das notas típicas da propriedade pública.

A propriedade pública (e os direitos reais públicos menores de idêntica matriz) definir-se-ia, justamente, pela possibilidade de, «relativamente a terceiros, o proprietário exercer o *jus excludendi alios* por meio de actos administrativos definitivos e executórios, isto é, usando a sua própria autoridade e independentemente de recurso aos tribunais.» (MARCELLO CAETANO)⁸³.

Tal implicaria, da mesma maneira, que ao proprietário público não fosse permitido prevalecer-se dos meios possessórios e petitórios de direito comum para defesa do seu direito de propriedade ou da mera posse. Reconhecer-lhe esta faculdade consubstanciaria uma verdadeira contradição nos termos, dado que uma propriedade pública não pode ser defendida, em via petitória ou possessória, por meios de direito privado.

Acresce que à Administração não faltariam instrumentos especificamente administrativos para tutelar a integridade, jurídica e material, do seu domínio perante actos de esbulho e/ou turbacção praticados por privados.

Desde logo, se o que estivesse em discussão fosse a qualidade dominial do bem, poderia sempre lançar mão de um acto de classificação. Por sua vez, se a discórdia girasse em torno dos limites do domínio, poderia proceder à respectiva delimitação (unilateral). Por fim, se

⁸² A imprescritibilidade dos bens do domínio público passa, de igual modo, a dispor de expressa credencial jurídico-positiva, conforme já decorre do disposto no art.º 19.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, e continuará a resultar do estabelecido no art.º 8.º da (proposta de) lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*.

⁸³ V., exactamente assim, MARCELLO CAETANO, (n. 8), p. 896.

ainda assim o particular persistisse no esbulho ou turbação do seu direito, poderia proceder à execução material compulsória das suas decisões (polícia do domínio público)⁸⁴.

Perante estas prerrogativas de autoridade seria, na verdade, um contra-senso admitir-se que a Administração usasse dos meios de direito comum (designadamente, da acção de reivindicação e da acção de manutenção da posse) para enfrentar as agressões ao seu domínio por parte de privados, porquanto tal significaria, em última análise, renunciar ou abdicar da condição privilegiada de «*potentior persona*» que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico para que se preencham os fins de utilidade pública a que, pela afectação, a coisa está destinada.

Esta concepção, seja do privilégio de execução prévia, em geral, seja dos poderes que assistem à Administração para garantia da propriedade pública, em especial, afigura-se, em face da «vocaçãõ paritária» (F. BENVENUTTI) que enforma os actuais sistemas jurídicos, absolutamente insustentável⁸⁵.

A coercibilidade por via administrativa não pode, nem tão pouco deve, ao menos hoje, ser tida como uma marca comum a todos os actos administrativos, importando antes configurá-la, contra o seu entendimento tradicional, como um meio perfeitamente excepcional. Assim, a Administração apenas se pode socorrer de medidas compulsórias destinadas a assegurar a tradução da realidade jurídica em realidade de facto nas hipóteses (nos modos e pelas formas) em que tal faculdade lhe seja expressamente concedida por lei. Nestas situações, o «obrigado relutante» ver-se-á compelido – por via da «coacção irresistível» sobre si exercida pela Administração, «sem necessidade de autorização da autoridade judiciária» – a suportar na respectiva esfera jurídica a produção dos efeitos reais a que normalmente teria conduzido a observância do comportamento prescrito, vindo, por este modo, «a obrigação original (de *dare*, de *facere*, de *pati*) a transformar-se fatalmente num *pati debere*» (ALDO SANDULLI)⁸⁶.

A execução material compulsória das decisões administrativas no caso de bens públicos obedece, por norma, a procedimentos administrativos típicos de estrutura binária. Assim, e numa primeira fase, o administrado é instado a devolver, num prazo determinado, a dependência dominial abusivamente ocupada à sua situação antecedente (*status quo ante*), e apenas na hipótese de não o fazer dentro do termo fixado se achará a autoridade administrativa competente para o efeito habilitada a proceder *ex officio* aos trabalhos de remoção, sendo as despesas a suportar pelo particular (segunda fase).

Com os procedimentos de autotutela executiva – que, não é demais lembrá-lo, têm que se achar expressamente contemplados na lei – apenas é dado alcançar uma «protecção

⁸⁴ Cfr., de harmonia com esta linha de entendimento, MARCELLO CAETANO, (n. 8), p. 951 e 952 e, em termos sensivelmente distintos, relativamente aos caminhos públicos, que configura como bens dominiais do município, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, A classificação administrativa do domínio público municipal, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, 78, 2009, p. 60 a 72.

⁸⁵ V., sobre a questão enunciada em texto, o escrito de referência de FELICIANO BENVENUTI, Per un Diritto Amministrativo Paritario, in *Studi in Memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, p. 807 e ss.

⁸⁶ Cfr., nesta perspectiva, ALDO SANDULLI, Note sul potere amministrativo di coazione, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1964, p. 822.

provisória» dos bens públicos, ou seja, salvaguardado é, tão só, o *jus possessionis* e nunca o *jus possidendi*. Bem se pode dizer, então, «que estes procedimentos não são substitutivos, sem mais, dos meios ordinários de defesa: porque apenas podem operar sobre um estado de facto para torná-lo adequado à situação de direito e à destinação funcional da coisa; numa palavra, podem substituir tão só os remédios possessórios e não também aqueles petitórios.» (V. CERULLI IRELLI).

Do exposto resulta que não se pode afirmar, sem mais, a subsistência de um princípio geral de autotutela executiva dos bens públicos, uma vez que esta estará sempre dependente do seu reconhecimento expresso, para cada tipo de bem público, pelo legislador ordinário⁸⁷.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm6919xpy/streaming.html?locale=pt>

⁸⁷ V., fundamentalmente nestes termos, V. CERULLI IRELLI, (n. 79), p. 297 e 298, ainda que sem deixar de reconhecer a tendência, solidamente ancorada na jurisprudência italiana, para reconhecer um poder geral de autotutela executiva à Administração, sempre que concretamente confrontada com actos de turbação ou esbulho tendo por objecto bens públicos.

Cfr., por fim, o que se estabelece, na sequência lógica do que actualmente já resulta do art.º 21.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, no art.º 88.º da proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*:

«As entidades referidas no artigo 4.º são titulares de poderes de autotutela para a defesa dos bens do domínio público e têm o dever de ordenar aos particulares que cessem a adopção de quaisquer comportamentos lesivos da finalidade pública a cuja prossecução os bens se encontram vinculados, podendo impor coercivamente a sua decisão, nos termos do CPA e demais legislação aplicável.»

Conforme facilmente se depreende do preceito em análise, e não obstante a referência de princípio a um poder geral de autotutela executiva para defesa dos bens do domínio público, a consistência, em concreto, desta capacidade jurídico-administrativa de imposição coerciva das suas decisões por relação à preservação da integridade dos bens públicos acaba por ficar na estrita dependência do que se dispõe, neste domínio específico, seja no Código do Procedimento Administrativo, seja, sobretudo, nas normas sectoriais respeitantes a cada uma das dependências do domínio público concretamente consideradas.

Título:

Direito do Urbanismo

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-33-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt