Aos meus pais,
por todo o apoio e compreensão ao longo deste período.

À minha orientadora, Doutora Raquel Carvalho,
por toda a dedicação a este projecto.

Às minhas colegas de escritório,
Dra. Ana Sofia Pinheiro e Dra. Flávia Duarte, por toda a compreensão e amizade.

Índice

Introdução……3

Capitulo I – Enquadramento constitucional do direito de propriedade

1. Conceito de direito de propriedade……...4
2. Faculdades integrantes do direito de propriedade, em particular o "ius aedificandi"……....5
3. Atribuição/Reconhecimento do" ius aedificandi" no RJUE……..12

Capitulo II – Limitações ao direito de propriedade

1. Intrudução…….....17

2. Restrições de índole ambiental……...18
   2.1 RAN……18
   2.2 REN……..20
   2.3 Rede Natura 2000…….22
   2.4 Rede Nacional de Áreas Protegidas…….23

3. Restrições pelo interesse público urbanístico no planeamento……...25
   3.1 Os planos……..25
   3.2 Os planos de ordenamento de território municipal, em particular os planos directores municipais……...…30

4. Servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública……33
   4.1 Restrições que podem ter subjacente uma compensação…….37

Conclusões……...41

Bibliografia……..42

Introdução

Na tese que me proponho a apresentar e a defender, irão ser tratadas questões relacionadas com o exercício do direito de propriedade no âmbito do direito do urbanismo, mais concretamente, acerca da inclusão do "*ius aedificandi"* no direito de propriedade.

Porém, a inclusão do "*ius aedificandi"* no direito de propriedade, encontra a sua maior barreira no planeamento urbanístico, em especial nos planos municipais. Isto porque, o direito de propriedade encontra-se limitado pelos planos, pois, este apenas poderá ser exercido de acordo com o disposto nos planos. Sendo que, quando assim não acontece significa que estará a ocorrer uma violação do plano.

Assim, irei abordar as principais restrições e limitações que se colocam ao direito de propriedade que resultam directamente dos planos ou dos actos de execução dos planos.

Posto isto, a grande questão que se coloca será a de saber se todo o solo português é passível de ser edificado só porque somos detentores do direito de propriedade sobre ele?

Esta será a principal questão debatida ao longo da presente exposição.

A Limitação do Direito de Propriedade em função do Direito do Urbanismo – a execução dos planos

I - *Enquadramento Constitucional:*

1. Conceito de Direito de Propriedade

Um dos conceitos fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho será o da propriedade, em particular o direito de propriedade sobre o solo detido pelos particulares. Acerca deste conceito serão discutidos alguns aspectos relevantes, nomeadamente restrições e limites impostos pelos planos ao exercício do direito de propriedade por parte dos particulares, no que diz respeito ao uso, transformação e ocupação do solo, com especial destaque para o "*ius aedificandi"*.

O direito de propriedade encontra-se consagrado na Constituição da República Portuguesa[1] no seu artigo 62º. Trata-se de um direito fundamental constitucionalmente garantido pela CRP a todos os cidadãos (nº1 in fine).

Porém, o direito de propriedade não se encontrar disposto na nossa CRP no leque dos «direitos, liberdades e garantias», mas antes entre os «direitos e deveres económicos, sociais e culturais», ou seja, na PARTE I, Título III, apesar de gozar do respectivo regime, em tudo o que diga respeito à natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias» artigo 17º da CRP. Quer isto dizer que se trata de um direito que é qualificado pela doutrina e jurisprudência como direito, liberdade e garantia de natureza análoga, e que beneficia do respectivo regime jurídico-constitucional. Assim, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA[2] defendem que a sistematização confirma a ideia de que na CRP não existe um elo de ligação claro entre o direito de propriedade e a tutela da autonomia privada e da liberdade e dignidade pessoais. A CRP reconhece somente ao direito de propriedade a sua garantia constitucional, não fazendo o mesmo relativamente a outos direitos patrimoniais, previstos e regulados na lei civil e comercial (exemplo: uso; usufruto). Deixando a sua proteção a cargo de leis e normas de direito internacional, isto é, a consagração de Direitos Fundamentais fora da

[1] Doravante designada pelas siglas CRP.
[2] JJ. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra, 2007.

Constituição (artigo 16º da CRP; artigo 17º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; artigo 17º, nº1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

2. Faculdades integrantes do Direito de Propriedade

O direito de propriedade é defendido por muitos autores[3] como sendo o primeiro dos direitos reais de gozo, o que tem a maior importância de entre todos direitos reais.

Como se encontra elencado no artigo 1305º do Código Civil, integra o conteúdo do direito de propriedade o uso, a fruição e a disposição. Assim, o proprietário de uma coisa tem o direito de usa-la, frui-la ou dispô-la, mas sempre nos termos e "limites da lei e com observância das restrições por ela impostas", ou seja, na realidade, o proprietário pode ter na sua posse uma coisa, e não ter o pleno gozo dela, uma vez que o gozo sobre a coisa está sujeito a limitações que podem ser impostas por lei, bem como a restrições por ela estabelecidas. Esses limites como defende ABÍLIO NETO[4] podem ser "por um lado, (impostos) pela boa fé, pelos bons costumes e pelo seu fim social ou económico (v. art.º 334º do cód. Civil), e, por outro lado, pelas restrições, quer de interesse privado, quer de interesse público que a lei expressamente consagra", e que na perspectivar de OSVALDO GOMES se pode tratar de "condicionamentos impostos pela segurança, pela salubridade e pela estética ou pelos interesses urbanísticos das povoações, e certas restrições existentes em zonas de protecção"[5].

E é sobretudo acerca do direito de propriedade exercido no âmbito do urbanismo que me vou debruçar. Nomeadamente no que diz respeito ao direito de construir/edificar num terreno propriedade dos particulares.

Assim, coloca-se a QUESTÃO: **Será que o *"ius aedificandi* está ou não incluído no direito de propriedade? Ou seja, estamos perante o direito de construir englobado no direito de propriedade ou será que se trata de direito que se pode adquirir dependendo do tipo de terreno que o particular é proprietário consoante o plano - a zona do plano no qual está inserido?**

[3] São vários os autores que dão especial destaque a este direito real, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Reais*, 5ª edição, Coimbra, p.443 e ss, 2012;, J.FRANÇA PITÃO/J. BORGES PINTO, *Direito das coisas*, Coimbra, p.15; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, edição/reimpressão 1993, CARVALHO FERNANDES, Lições de Direitos Reais, 6ª edição, Quid Juris, p.331; entre outros autores.
[4] No Código Anotado, anotação do *artigo 1305º*, pp.862.
[5] OSVALDO GOMES, *Novo Regime de Licenciamento de Obras*, edição/reimpressão, Ática, 1971, pp.22

Existe assim aqui um problema do qual resulta a complexa relação entre o plano, o direito de propriedade e o "*ius aedificandi"*.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS[6] defendem a segunda alternativa, isto é, a não inclusão do "*ius aedificandi"* no direito de propriedade, "em face da específica relevância do ordenamento do território na constituição (artigos 9º, alínea e), e 66º, nº 2, alínea b), e das incumbências do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais quanto à ocupação, ao uso e à transformação dos solos urbanos (artigo 65, nº 4)".

Também COLAÇO ANTUNES[7] defende a segunda opção, o "*ius aedificandi"* parece situar-se, em regra, nas determinações do plano urbanístico.

Temos ainda as teses doutrinárias, nomeadamente, a tese mais radical defendida pelos *civilistas* que defende a conexão do "*ius aedificand"i* ao direito de propriedade privada do solo; e a tese dos publicistas, que defendem como sendo o plano o instrumento que determina o momento constitutivo do "*ius aedificandi"*.

Um dos argumentos utilizados na sustentação da tese civilista é, nomeadamente a forma como se encontra redigido o artigo 1305º do Código Civil. Este diz-nos que " O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição, e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas", e que nos leva a concluir que o "*ius aedificandi"* está incluído no direito de propriedade. Não esquecendo as limitações e restrições impostas por lei a que está sujeito este direito de propriedade, sendo restrições maioritariamente de ordem pública, nas quais se destacam as impostas pelo direito do urbanismo.

No entanto, e ainda dentro desta posição civilista, OLIVEIRA ASCENSÂO entende que o "*ius aedificandi",* se enquadra dentro do poder de transformação da coisa, uma vez que, este decorre não da faculdade do seu uso, mas da faculdade de disposição em sentido material.

Assim, nesta perspectiva de inclusão do "*ius aedificandi"* como parte integrante do direito de propriedade, podemos afirmar que o titular do direito de propriedade dispõe em exclusivo de todos os poderes sobre a coisa.

Outro argumento defensor desta tese é a referência ao artigo 1344º do código civil, onde se estabelece no seu nº 1 que "a propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém

[6] JORGE MIRANDA – RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, anotação ao artigo 62º, p.627.
[7] LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico - Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto - Situacional*, Almedina, p.162, Abril 2012.

e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico." Com isto, parece significar que "o proprietário tem um "direito de edificação", tanto em altura, como em profundidade".[8]

No que diz respeito ao direito de superfície são ainda usados como argumentos para justificar a inclusão do "*ius aedificandi"* no direito de propriedade privada do solo, os artigos 1524º, 1525º e 1534º do código civil, uma vez que nos dois primeiro é feita referência ao direito de construção (artigo 1524º " o direito de superfície consiste na faculdade de construir…" e o artigo 1525º no seu nº 1 " tendo por objecto a construção de uma obra…"); e no 1534º refere que o "direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte", quer isto dizer que o titular do direito de propriedade tem o poder de dispor a favor de uma terceira pessoa a sua propriedade privada sobre a coisa quando e como quiser, ou seja, por acto ainda em vida (compra e venda) ou por acto após a sua morte (testamento).

Assim, se o proprietário de um terreno tem a possibilidade de "constituir por contrato ou por testamento o direito de superfície em favor de um terceiro, isto é, a faculdade de ceder a outrem o direito de construir sobre o seu próprio terreno nos termos dos artigos 1524º e ss do código civil, defendendo, assim, que o proprietário é titular do direito de construir antes de existir qualquer plano urbanístico – principal argumento utilizado por DIOGO FREITAS DO AMARAL.

Outro argumento utilizado para justificar a inclusão do "*ius aedificandi"* no direito de propriedade privada do solo, é o de que apenas o proprietário do terreno tem legitimidade para construir ou autorizar um terceiro a construir. Esta posição é defendida por A.M.SANDULLI [9] no direito italiano, e que mais uma vez é refutado por FERNANDO ALVES CORREIA, que nos diz que " o princípio segundo o qual apenas o proprietário do solo tem legitimidade para construir não é totalmente correcto à luz do nosso ordenamento jurídico"[10], uma vez que, a legislação portuguesa dispõe de meios de controlo sobre as operações urbanísticas, operadas pelos titulares do solo onde irá ser edificada a construção (exemplo artigo 9º, nº1 do RJUE[11]). E por isso, se conclui que este argumento não pode ser levado à letra no ordenamento português, pois, mesmo que o particular seja o dono do terreno, este está dependente de autorizações emitidas

[8] FERNANDO ALVES CORREIA, Manual de direito do Urbanismo, volume I, 4ª edição, Almedina, p.834.
[9] Cfr. *Nuovo Regime del Suoli e Constituzione*, in RDC, XXIV (1978), I, p. 287.
[10] FERNANDO ALVES CORREIA, Manual de direito do Urbanismo, volume I, p. 838.
[11] Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, doravante designado pelas iniciais RJUE.

pela Câmara Municipal da área da sua residência, estando por isso sujeito a um controlo prévio todas as operações urbanísticas que pretenda efectuar no seu terreno.

Outro argumento prende-se com o problema da indemnização dos terrenos expropriados e a importância do "*ius aedificandi*" no momento da avaliação e cálculo do valor a pagar ao dono do terreno pela sua expropriação. Factor este que não pode ser deixado de lado no momento de serem efectuados os cálculos da expropriação, sob pena ser violado o artigo 62º, nº2 da CRP e o princípio da igualdade[12]. No entanto, este "*ius aedificandi*" não pode tratar-se de uma mera expectativa de construção, tem antes que ter garantias concretas de que aquele solo está apto para receber edificações, garantias estas que devem ser concretizadas por um plano municipal de ordenamento do território, ou já ter sido emitido um alvará de loteamento ou licença de construção com validade no momento da declaração de utilidade pública. No fundo o que se pretende para que seja valorado no momento da expropriação do solo como sendo um solo com potencial de "*ius aedificandi*" é neste existam garantias concretas e não abstratas de que naquele solo é possível construir (tenha capacidade construtiva). Assim, aquela doutrina[13] justificou a sua posição da inclusão da valoração do "*ius aedificandi*", no cálculo da indemnização da expropriação do terreno, afirmando que: "Só quando os terrenos expropriados envolvam uma muito próxima ou efetiva potencialidade edificativa […] é que se impõe constitucionalmente que, na determinação do valor do terreno expropriado, se considere o "*jus aedificandi"* entre os factores de valorização. Tal, porém, só acontece, quando essa potencialidade edificativa seja uma realidade, e não quando seja uma simples possibilidade abstrata, sem qualquer concretização nos planos municipais de ordenamento, num alvará de loteamento ou numa licença de construção", e concluindo do seguinte modo: " Como tais normas se adequam à finalidade de assegurar o pagamento de indeminizações justas aos expropriados, não desfavorecem elas o expropriado no confronto com os proprietários não abrangidos pela expropriação – e, por isso, não violam o princípio da igualdade no âmbito externo. E, como não estabelecem distinções de tratamento entre terrenos que se encontrem em situação idêntica, não violam a igualdade entre os expropriados"[14].

Assim, e face a este argumento entende FERNANDO ALVES CORREIA "que o regime jurídico da indeminização correspondente ao "*jus aedificandi*", nos casos de

[12] Artigo 13º, nº 1 da CRP.
[13] Doutrina que defende a inclusão do "*ius aedificandi"* como parte integrante do direito de propriedade.
[14] Acórdão do Tribunal Constitucional nº 184/97, publicado no D, II série, de 27 de Janeiro de 1999.

"expropriação em sentido clássico" e de "expropriação do plano", está longe de constituir um argumento a favor da concepção da inerência do "*jus aedificandi"* ao direito de propriedade do solo, funciona como um argumento a favor da tese que entende que aquela "faculdade" não decorre directamente do direito de propriedade do solo, é antes um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário, nos termos e nas condições definidos pelas normas jurídico-urbanísticas"[15].

E por fim, um último argumento dos defensores da tese da inerência do "*ius aedificandi* ao direito de propriedade do solo prende-se com a invocação das figuras do licenciamento para construir (artigo 111º/a) do RJUE.

FERNANDO ALVES CORREIA[16], defende através desta figura a tese da não inclusão do "*ius aedificandi"* no direito de propriedade. Isto porque, na actual versão do RJUE[17] a figura do deferimento tácito já não tem o mesmo leque de abrangência – dos actos que devem ser praticados no âmbito do procedimento de autorização quando não haja decisão dentro do prazo legal – que tinha com a versão anterior à Lei 60/2007 de 4 de Setembro. Isto acontece desde a data em que o procedimento de autorização foi abolido, uma vez que o deferimento tácito continua sem abranger os casos em que o acto deva ser praticado dentro do prazo legal por qualquer órgão municipal, no âmbito do procedimento de licenciamento (artigo 111º/a), e 112º do RJUE. O mesmo acontece com as omissões dos actos que devem ser praticados noutro procedimento além do procedimento de licenciamento (artigo 111º/c) do RJUE[18]. Ou seja, o simples deferimento tácito não vale como autorização para que se pratique o acto pretendido. Assim, nos termos do artigo 111º/a) e 112º/1 do RJUE, é necessário interpor uma acção no tribunal administrativo de círculo, pedindo a prática do acto pelos órgão competentes, e só depois de ganha a causa, e ultrapassado o prazo interposto pelo tribunal para a prática do acto devido, é que se obter finalmente a tão pretendida autorização para realizar a construção.

Isto tudo, porque o não existe deferimento tácito para a figura do licenciamento, ou seja, este encontra-se limitado pela lei, porque não reconhece valor de deferimento

[15] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 842.
[16] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I p.842 e ss.
[17] Versão resultante da lei 60/2007, de 4 de Setembro.
[18] É o que acontece nos casos em que não há decisão da Administração, atribuindo nestes casos a lei, um valor jurídico de um acto administrativo de admissão (artigo 36º-A/2 do RJUE), e fazendo com que estejamos perante uma imposição de um acto administrativo (constitutivo de direitos) e que se aproxima da figura do deferimento tácito.

tácito ao silêncio da administração, uma vez que não existe deferimento tácito nas licenças de construção.

Quanto ao princípio da taxatividade, este faz com que os órgãos – Câmara Municipal (nos casos do artigo 5º/1 do RJUE) ou o Presidente da Câmara nos casos do artigo 35º e 36º do RJUE) – estejam vinculados aos fundamentos de indeferimento do pedido de licenciamento e do pedido de comunicação prévia enumerados nos artigos 24º e 36º do RJUE. Assim, estes órgãos não poderão rejeitar um pedido de licenciamento, invocando fundamentos diversos dos constantes nos referidos artigos, estando por isso limitadas as operações de construção à emissão de uma licença ou comunicação prévia. Porém, neste artigo 24º do RJUE, temos alguns conceitos imprecisos que permitem a existência de discricionariedade à Câmara Municipal – os conceitos "manifestamente", "estética das povoações", "beleza das paisagens" – e por isso entende-se que a aplicação do princípio da taxatividade dos fundamentos de indeferimento da concessão de licenças, permita a tomada de decisões com discricionariedade. Assim, entende FERNANDO ALVES CORREIA que "visto no contexto do reconhecimento ao órgão com competência para emitir a licença de uma certa margem de discricionariedade, o princípio da taxatividade dos fundamentos do indeferimento do pedido de licenciamento de obras de edificação perde muita da sua força como argumento em abono da tese da pertinência do "*jus aedificandi"* ao conteúdo essencial do direito de propriedade constitucionalmente reconhecido"[19].

No sentido oposto à tese anteriormente defendida pelos autores acima referidos, temos a tese dos publicistas. Esta tese sustentada por vários autores[20], baseia-se no facto do "*ius aedificandi"* ter origem nas regras impostas pelo plano urbanístico, tratando-se assim de um direito que o particular pode ver ou não acrescido na sua esfera jurídica.

Esta tese vem sendo sobretudo defendida há vários anos por FERNANDO ALVES CORREIA, e aponta como principais argumentos[21] os a seguir enunciados: o

[19] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p.846.
[20] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p.847 e ss, *O Plano Urbanístico*, Almedina, cit., p. 372-383; *Estudos de Direito do Urbanismo*, Almedina, 1998, cit., p. 51-53 ; CLÁUDIO MONTEIRO, *O Embargo e a Demolição de Obras no Direito do Urbanismo*, cit., p. 23-30; ANTÓNIO CORDEIRO, *A Protecção de Terceiros em Face de Decisões Urbanísticas*, Almedina, p.24 e ss; JOÃO MIRANDA, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial (a Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos)*, Coimbra., p. 295 e ss; JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, cit., p. 627 e 628.
[21] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p.849 e ss.

direito de construção não está ao alcance de todos os Homens, pois nem todos os proprietários adquirem a autorização para poderem construir no terreno que lhes pertence - isto acontece quando o terreno não reúne as condições necessárias para se proceder à edificação do solo; outro factor condicionante é a forma como está (tem de estar) planificado o território nacional, através dos planos nacionais, regionais, mas sobretudo pelos Planos Directores Municipais[22]. Assim, se são os planos que condicionam a disposição do solo, então, mais uma vez, se conclui que existem pressupostos que condicionam a existência do "*ius aedificandi",* e não apenas meras condições que condicionam o seu exercício; outro factor, prende-se com o princípio da reserva do plano que nos diz que só se pode construir num terreno quando o plano atribuir a esse terreno aptidão edificativa, ou o classificar e qualificar como solo urbano (exemplo artigos 72º e 73º do RJIGT) e também desde que o projecto da obra não contrarie aquele plano. Tal imposição impede os particulares de projectar no seu terreno as suas ideias edificativas que lhes aprouver, uma vez que estes não têm na sua disposição o poder de elaborar e de aprovar[23] um plano urbanístico, o que faz com que não seja possível perspectivar o "*jus aedificandi*" como uma faculdade conatural ao direito de propriedade; e por fim, um outro factor, está relacionado com os mecanismos de garantia do princípio da igualdade em face das medidas dos planos dotados de eficácia plurisubjectiva. Isto porque, quando a Administração elabora um plano, este tem de ser o mais equilibrado possível, isto é, não pode causar grandes desigualdades perante os particulares, sob pena de ocorrer uma violação do princípio do tratamento igual dos particulares em face uns dos outros. Daqui se retira a ideia de que a administração, ao elaborar os planos, tem de ser o mais justa possível na disposição dos terrenos no plano para que os particulares que sejam abrangidos pelo plano, possam através dos mecanismos de perequação, beneficiar das mais-valias/vantagens oriundas do plano.

FERNANDO ALVES CORREIA[24] entende ainda, que não existe qualquer inerência do "*jus aedificandi*" ao direito de propriedade do solo. Isto porque, entende que o direito de superfície não deve ser analisado isoladamente à luz do direito civil, mas sim, relacionando-o sempre com o direito do urbanismo, pois, é o direito do

[22] Cuja elaboração é obrigatória para os municípios - artigo 84º nº 4 do RJIGT, e artigo 6º-A do Decreto –Lei nº 281/93, de 17 de Agosto, aditado pelo DL 402/99 de 14 de Outubro.
[23] Faculdade reservada ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais - artigo 65º nº 4 da CRP.
[24] D. FREITAS DO AMARAL, Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia "*O Plano Urbanístico e o Principio da Igualdade" Coimbra, Almedina,* 1989, cit., p. 99-101.

urbanismo através dos planos urbanísticos que proporcionam ou não ao particular, ou a um terceiro, o direito de construção sobre um terreno.

Posto isto, e após me debruçar perante as várias de posições doutrinárias existentes em torno da questão da inclusão "*ab initio*" do "*ius aedificandi*", no direito de propriedade, ou se pelo contrário, este é apenas acedido pelo plano. A minha opinião recair nesta segunda posição.

Primeiramente desde logo porque somos seres humanos racionais e, desde a existência do Homem que estamos em constante evolução, tentando sempre descobrir uma melhor forma para todos podermos viver cada vez mais e melhor em sociedade. Assim, para que esta nossa vivência em sociedade possa continuar a evoluir temos de impor alguns limites e restrições a nós mesmos.

Então, se vivemos em sociedade, devemos respeitar as regras existentes na sociedade, logo, não podemos fazer no terreno que nos pertence tudo aquilo que queremos. Daí que eu defenda que, quando somos proprietários de um terreno, apenas temos o direito de propriedade sobre esse terreno, e não a faculdade de construir sobre o seu solo.

Mas, no que diz respeito a todos os outros direitos conexionados com o direito de propriedade e que sejam susceptíveis de aquisição pelos particulares, estes – os particulares – devem solicitar a sua aquisição perante a Administração, sob pena de violação das regras impostas pela Administração. Assim, se afirma que o *"ius aedificandi*" não está incluído no direito de propriedade. Tratando-se antes de um direito que está à disposição dos particulares, mas que não é susceptivel de aquisição por todos, uma vez que, a sua aquisição está dependente de autorização da Administração imposta pelos planos urbanísticos.

3. Atribuição / Reconhecimento do "*ius aedificandi"* no RJUE

Tomada a minha posição relativamente à questão anterior, penso que a questão que se segue, não suscitará muitas dúvidas quanto à sua resposta. Sendo que, caberá então, agora responder à seguinte questão: **Será que o direito de construção é**

atribuído pela Administração, ou, será que ele já existe e apenas é limitado pela Administração?

Penso que na parte final da resposta dada à pergunta anterior, já é bem visível qual será a posição por mim adoptada. Entendo assim, que se trata antes de um direito que não se encontra na esfera do particular, mas que está à disposição deste, caso se verifiquem todos os requisitos necessários para a sua atribuição pela Administração. Trata-se então de um direito que o particular pode adquirir junto da Administração, e que esta outorga a favor do particular quando estejam reunidas todas as condições indispensáveis para a aquisição dessa autorização. Sendo que, muitas dessas condições exigidas aos particulares pela Administração são impostas pelos planos urbanísticos.

Mas isto nem sempre foi assim. Nem sempre se tratou de uma simples autorização dada pela Administração.

Inicialmente tratava-se de uma autorização constitucional (legal) que se traduzia numa mera licença, que implicava o uso de poderes discricionários por parte da Administração, e que por sua vez consentiam o direito à construção.

O Regime Jurídico da Urbanização e Edificação[25] sofreu várias alterações ao longo dos tempos. Logo depois de ter sido aprovado o RJUE, pelo Decreto-Lei 555/99 de 16 de Dezembro, e com o objectivo de simplificar todas as operações urbanísticas, nomeadamente as operações de loteamento urbano, de obras de urbanização e as obras dos particulares, este foi imediatamente suspenso[26]. Suspensão esta que terminou com o início da vigência do DL 177/2001 de 4 de Junho.

Com a entrada em vigor deste DL 177/2001, de 4 de Junho, conseguiu-se sobretudo unificar num único diploma legal toda a matéria necessária relativa ao controlo prévio de todas as operações urbanísticas, designadamente no que dizia respeito à emissão de licenças e autorizações municipais de loteamento, obras de urbanização e obras de construção; mas também quanto à simplificação dos

[25] Doravante designado pelas siglas RJUE.

[26] Logo após ter entrado em vigor, o artigo 1º/1 da Lei 13/2000 de 20 de Julho, suspendeu a sua vigência até ao dia 31 de Dezembro de 2000, e repristinou os diplomas legais que ele tinha revogado, nomeadamente o DL 448/91 de Novembro (que dizia respeito ao regime jurídico do licenciamento das operações de loteamento urbano e das obras de urbanização), e o DL 445/91 de 20 de Novembro (respeitante À disciplina jurídica do licenciamento das obras particulares). Entretanto a lei 30-A/2000, de 20 de Dezembro, autorizou o Governo a alterar o já referido DL555/99 de 16 de Dezembro, e dilatou até à data em vigor do DL a emitir ao abrigo da autorização legislativa, a suspensão da vigência do DL 555/99.

procedimentos de controlo prévio efectuados pelo município através da criação de procedimentos de licenciamento, autorização e a mera comunicação prévia[27].

Mas não foi só este DL 177/2001, de 4 de Junho, que revolucionou o RJUE. Também a Lei 60/2007 contribuiu para a revolução e evolução do RJUE, pois, esta lei tinha como principal objectivo simplificar, acelerar e agilizar os procedimentos administrativos, nomeadamente através da informatização dos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas; a introdução de novos conceitos urbanísticos; a introdução de um gestor de procedimento, que irá desempenhar a função de acompanhar e vigiar todo o procedimento urbanístico, até este se encontrar concluído ("Cada procedimento é acompanhado por um gestor de procedimento, a quem compete assegurar o normal desenvolvimento da tramitação processual, acompanhando, nomeadamente, a instrução, o cumprimento de prazos, a prestação de informação e os esclarecimentos aos interessados", artigo 8º/3 do RJUE) ; a introdução de uma única entidade coordenadora (CCDR) que após análise e consulta de entidades da Administração Central, directa e indirecta, do sector empresarial do Estado e até de entidades concessionárias que exerçam poderes de autoridade, sobre a operação urbanística, irá emitir uma decisão global que irá vincular toda a Administração Central (artigo 13º-A do RJUE), sendo que se, no decurso desta consulta existirem posições divergentes, irá operar uma conferência que será promovida pela CCDR, com vista à tomada de uma só decisão final, que poderá ser favorável, favorável condicionada ou desfavorável (artigo 13º-A, nº 5, 6,7,8,9 do RJUE); e ainda, a possibilidade de passagem de responsabilidade por parte da Administração para o particular face à execução da operação urbanística. Isto ocorre quando o projecto é acompanhado por termo de responsabilidade subscrito por técnico autor de projecto legalmente habilitado que ateste o cumprimento das normas legais e regulamentares e todos os actos necessários à execução da obra em segurança[28].

[27] " A distinção entre estas três formas de procedimento assenta na diferente densidade de planeamento vigente na área de realização da operação urbanística, bem como no tipo de operação a realizar. Assim, quando os parâmetros urbanísticos de uma pretensão já se encontram definidos em plano anterior acto da Administração ou quando a mesma tenha escassa ou nenhuma relevância urbanística, o tradicional procedimento de licenciamento é substituído por um procedimento simplificado de autorização ou por um procedimento de mera comunicação prévia" - Evolução *do Direito em Portugal em 2001, 2002 e 2003*, in Revista do CEDOUA, nº12 (2003), p. 9-11.

[28] FERNANDO ALVES CORREIA, Manual de direito do Urbanismo, volume III, Almedina, p.116 e 117.

Mas esta reforma operada no RJUE não ocorria só em Portugal, ela operava um pouco por toda a Europa, em países como Itália[29], França[30], Alemanha[31], e também na nossa vizinha Catalunha[32].

Com as alterações introduzidas pelo DL 26/2010, existem três tipos de controlo prévio, designadamente: a licença, a comunicação prévia e a autorização (artigo 4º do RJUE).

De entre estas três modalidades que figuram o "*modus operandi"* do controlo prévio, é a licença a modalidade mais antiga. Esta teve a sua origem na Portaria de 6 de Junho de 1838, onde, a partir dessa data passou a ser proibido realizar operações urbanísticas nas cidades e vilas, quando os proprietários do solo não dispusessem de uma planta devidamente autorizada. Sendo que, quem não cumprisse esta imposição normativa, era sancionado com a demolição da obra. A mesma sanção aplicava-se também àqueles que no decurso da execução das obras violassem a referida planta. Nesta época reinava o entendimento generalizado de que o direito de edificar derivava do direito natural da propriedade, isto é, entendia-se que o simples facto de se ser proprietário de um terreno dava direito ao seu proprietário de construir o que quisesse, quando e como quisesse. Vigorando a velha máxima "*ejus est aer cujus est solum*", e sendo apenas impostas restrições àquela liberdade, única e exclusivamente de âmbito privado, nomeadamente a salvaguarda dos direitos dos proprietários dos prédios vizinhos. Assim, a licença começou por ser criada com o intuito de controlar a realização de obras de construção e de alteração e, acabou por alargar o seu âmbito de aplicação também às operações de loteamento e às obras de urbanização. Actualmente estão sujeitas a licença administrativa, todas operações que estão elencadas no artigo 4º/2 do RJUE[33].

---

[29] Com aprovação do "*Testo Único dell`Edilizia*", aprovado pelo Decreto do Presidente da República nº 380, de 2001.

[30] Resultante da *Ordonnance* de 8 de Dezembro de 2005 e do Decreto de 5 de Janeiro de 2007, a qual entrou em vigor em 1 de Outubro de 2007.

[31] Através de uma reforma ocorrida sobretudo nos Regulamentos de Construção dos Estados Federados, e as alterações introduzidas nos procedimentos administrativos ocorridas desde 1994.

[32] Primeiro através de uma Lei Autonómica (a da Catalunha) e também através de alguns regulamentos de alguns municípios. Depois, com a aprovação do *Regulamento de Obras, Serviços y Actividades, aprovado pelo Decreto da Generalidad de Catalunã* 179/1995 de 13 de Junho.

[33] Como por exemplo: a) As operações de loteamento; obras de urbanização; b) As obras de urbanização e os trabalhos de remodelação de terrenos em área não abrangida por operação de loteamento; c) As obras de construção, de alteração ou de ampliação em área não abrangida por operação de loteamento ou por plano de pormenor que contenha os elementos referidos nas alíneas c), d) e f) do nº1 do artigo 91º do DL 380/99 de 22 de Setembro, que estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial; d) As obras de reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição de imóveis classificados ou em vias de classificação, cem como dos imóveis integrados em conjuntos ou sítios classificados ou e vias de

No que diz respeito à competência[34] para emitir licença para a realização das operações urbanísticas, esta recai sobre a câmara municipal, sendo que esta pode delegar a competência no presidente, e por sua vez, este pode subdelegar esta competência nos vereadores[35].

No entanto, o pedido de licenciamento das operações urbanísticas nem sempre é concedido, sendo motivo de indeferimento os casos constantes no artigo 24º do RJUE.

Mas, também pode acontecer o caso de os pedidos que tenham sido indeferidos, poderem vir a ser alvo de nova apreciação pela entidade competente que emitirá a licença. Para isso bastará que se cumpram os requisitos constantes do artigo 25º do RJUE.

Assim, se conclui que só com o deferimento do pedido de licenciamento é que pode preceder à realização da operação urbanística pretendida (artigo 26º do RJUE).

No entanto, existem algumas operações urbanísticas, que pela simplicidade que apresentam necessitam de uma intervenção mais célere, exigindo já não uma licença administrativa, mas apenas uma comunicação prévia. Assim, no que diz respeito às operações que estão sujeitas ao controlo através da comunicação prévia, estas estão elencados no artigo 4º/4[36] do RJUE. Trata-se de uma forma de controlo prévio que foi criada para agilizar e simplificar o procedimento de algumas operações urbanísticas.

O órgão competente que aprova ou rejeita as comunicações prévias, é o presidente da câmara municipal. No entanto, esta competência poderá ser delegada nos vereadores, e por conseguinte, estes poderão subdelegar nos dirigentes dos serviços municipais, artigo 5º/1 e 2 do RJUE e ainda os artigos 64º/1/a) e 65º/1 e 2 da Lei 75/2013 de 12 de Setembro.

No entanto, além das operações sujeitas a comunicação prévia que se encontram elencadas no nº 4 do artigo 4º do RJUE, existem outras operações que apesar de não

---

classificação, e as obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou demolição de imóveis situados em zonas de protecção de imóveis classificados ou em vias de classificação; e) As obras de reconstrução sem preservação das fachadas; f) As obras de demolição das edificações que não se encontrem previstas em licença de obras de reconstrução;

[34] Artigo 5º/1 do RJUE.

[35] De acordo com o artigo 64º/5/a) e o artigo 65º/1 e 2 da Lei 75/2013 de 12 de Setembro.

[36] Como por exemplo: a) As obras de reconstrução com preservação das fachadas; b) As obras de urbanização e os trabalhos de remodelação de terrenos em área abrangida por operação de loteamento; c) As obras de construção, de alteração ou de ampliação em área abrangida por operação de loteamento ou plano de pormenor que contenha os elementos referidos nas alíneas c), d), e f) do nº1 do artigo 91º do RJIGT, que estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial; entre outros exemplos elencados nas restantes alíneas deste artigo.

estarem aqui elencadas neste artigo, estão espalhadas pelo RJUE, também estão sujeitas a comunicação prévia, como é o caso do artigo 83º RJUE, isto porque se trata de uma alteração de execução de obra.

Quanto ao procedimento que é necessário seguir para operar uma comunicação prévia encontra-se elencado nos artigos 34º e ss do RJUE.

Já no que diz respeito à autorização, esta é atualmente muito pouco aplicada/utilizada, uma vez que foi perdendo área de aplicabilidade devido às sucessivas alterações de que o RJUE tem sido alvo. Assim, as operações que estão sujeitas a autorização são apenas duas: autorização para a utilização dos edifícios ou suas fracções, e a autorização para proceder à alteração de utilização destes mesmos edifícios ou fracções, Artigo 4º/5 RJUE.

E é nos artigos 62º e ss que se encontra elencado o procedimento jurídico relativo à autorização.

Temos assim ao longo da evolução do RJUE três tipos de controlo prévio todos eles diferentes, mas necessários para que haja um controlo das operações urbanísticas que os particulares pretendam realizar. De entre estas a que tem assumido maior importância tem sido a licença, já em sentido contrário se encontra a autorização, que ao longo dos tempos tem vindo cada vez mais a perder importância a sua utilização.

II – Limitações ao Direito de Propriedade

1. Introdução:
Limitações que resultam do interesse público urbanístico

A utilização do solo encontra-se regulamentada por um conjunto de normas que ordenam e regulam a ocupação, o uso e a transformação do solo. Estamos essencialmente a falar de normas legais que estabelecem um regime particular para cada tipo de solo, atendendo quer à sua localização geográfica, quer às suas componentes orgânicas. Falamos por isso de uma série de limitações e restrições do uso, transformação e ocupação do solo que se prendem com o planeamento do solo, com as

servidões administrativas, com o regime jurídico da REN, RAN, Rede Nacional de Áreas Protegidas e a Rede Natura 2000.

2. Restrições de índole ambiental

Começamos então por falar de algumas formas de organização dos solos que se encontram ligadas ao ambiente. Os solos encontram-se sujeitos a regimes jurídicos diferentes, variando de acordo com as suas características orgânicas, falamos por isso da RAN, REN, Rede Nacional de Áreas Protegidas e a Rede Natura 2000.

2.1 Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional (RAN)

O regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional[37] encontra-se determinado pelo Decreto-Lei nº 196/89 de 14 de Junho, tendo sido alterado pelos Decretos-Leis nº 274/92 de 12 de Dezembro, 278/95 de 25 de Outubro, e mais recentemente pelo DL 73/2009 de 31 de Março.

A Reserva Agrícola Nacional é composta por um conjunto de áreas, constituídas por determinadas características de âmbito morfológico, climatérico e pedagógico com mais aptidão para a prática da agricultura.

Assim, estamos perante um regime especial que se traduz numa restrição à utilidade pública, e que determina que tipo de actividade de cultivo do solo é que se pode fabricar nos solos abrangidos pela RAN.

Os solos abrangidos pela RAN encontram-se espalhados por todo o território nacional, estando ordenados por regiões que são chefiadas (cada uma dessas regiões) por um órgão próprio designado por Comissão Regional de Reserva Agrícola. No entanto, todas estas comissões devem obediência ao órgão principal que as chefia a nível nacional e que é designado por Conselho Nacional da Reserva Agrícola.

O regime jurídico da RAN foi criado essencialmente para proteger os solos que apresentem características com maior aptidão para a prática da agricultura. Assim, pretendeu-se limitar as intervenções do Homem que não tivessem como objectivo a

[37] Doravante designado por RAN.

prática da agricultura, nomeadamente as acções de âmbito urbanístico, sanitário (aterros) ou até mesmo de âmbito exploratório de minerais (escavações). Assim, sempre que se pretenda utilizar os solos com características de RAN para um fim que não seja a prática da agricultura, o particular está obrigado à requisição prévia de parecer favorável das comissões regionais da reserva agrícola, sob pena de esse acto praticado (licenças, concessões, aprovações e autorizações) ser considerado nulo por falta desse parecer prévio favorável[38].

No entanto existe uma série de utilizações não agrícolas que podem ser desenvolvidas nos solos caracterizados como RAN, desde que exista parecer favorável das comissões regionais da reserva agrícola, como por exemplo: as obras destinadas ao apoio da prática da agricultura como é o caso das explorações agrícolas, construção de habitações para os agricultores, vias de comunicação, entre outras[39]. Mas além do parecer favorável da comissão regional da reserva agrícola, é também necessário que se verifique uma inexistência de alternativas à sua implementação em solos que não pertençam à reserva agrícola.

Assim, considerando que a Reserva Agrícola Nacional é uma restrição (ao "*ius aedificandi*") de utilidade pública de âmbito nacional, inscrita nos instrumentos de gestão territorial, esta restrição deve estar devidamente identificada em todos os instrumentos que definam a ocupação física do território nacional, nomeadamente nos planos especiais e municipais de ordenamento do território, bem como, nos planos regionais e intermunicipais de ordenamento do território, artigo 11º e seguintes do DL 73/2009 de 31 de Março, artigo 53º/e), artigo 54º/2/d), artigo 63º/2/c), artigo 72º/2/a), artigo 73º/2/a), e o artigo 85º/1/c) do Regime Jurídico dos Instrumentos de gestão territorial[40]. E ainda, devidamente identificados nas plantas de condicionantes,[41] dos planos directores municipais, planos de urbanização e planos de pormenor – trata-se de uma planta onde são identificadas todas as limitações ou impedimentos aos solos integrados na RAN[42], nos termos do artigo 86º/1/c) do RJIGT.

SIDÓNIO PARDAL, tem uma posição muito própria acerca da criação deste regime jurídico da RAN e também do regime jurídico da REN. Este autor entende que estes dois regimes foram criados não com a função de proteger do *"ius aedificandi*" nos

[38] Artigo 9º/4 e artigo 34º DL 73/2009 de 31 de Março.
[39] Artigo 22º DL 73/2009 de 31 de Março.
[40] Doravante designado pelas siglas RJIGT.
[41] Artigo 11º do DL 73/2009 de 31 de Março
[42] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p.265 e ss.

solos integrados em zonas RAN e REN, mas sim, para dar total liberdade de construção aos solos que não integram estes dois regimes, permitindo assim, "dar uma acrescida legitimação às urbanizações fora das suas "manchas", isto é, uma legitimação a uma área urbanizável imensa, desproporcionada e incontrolável". Trata-se assim, segundo o autor, de "uma manobra de diversão e de manto de encobrimento das questões essenciais que são a parametrização e distribuição das mais-valias urbanas e da clara separação entre os mercados de solos rústicos e urbanos". Este autor, defende ainda que, deve ser o PDM, que deve "ter a prerrogativa de ser o único plano onde se regulamentam, de forma integrada e global os usos do solo"[43].

No entanto, o problema levantado por SIDÓNIO PARDAL, parece não ser o único deste regime jurídico RAN, pois, parece existir dentro do seu próprio regime um problema relacionado com o seu cumprimento. Segundo este autor, parece trata-se de um regime demasiado frágil no que diz respeito às suas restrições, uma vez que, facilmente se consegue uma "dispensa" da restrição ao "*ius aedificandi"* nos solos RAN alegando o interesse público, para construção de vias de comunicação, grandes superfícies comerciais, entre outras. Assim, parece que estamos perante "dois pesos e duas medidas", pois em inúmeras situações o particular que é proprietário de terrenos que integram o regime da RAN não podem construir prédios nesses solos, uma vez que não preenchem os requisitos do artigo 22º do DL 73/2009 de 31 de Março, mas depois, parece que quando surge um interesse público (muitas vezes camuflado) já é permitido o "*ius aedificandi"* nos solos com características de RAN.

2.2 Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional (REN)

O regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional[44] encontra-se determinado pelo DL 166/2008 de 22 de Agosto, alterado Decreto-Lei nº 239/2012 de 2 de Novembro.

A Reserva Ecológica Nacional é "uma estrutura biofísica que integra um conjunto das áreas que, pelo seu valor e sensibilidade ecológicos ou pela exposição e

[43] SIDÓNIO PARDAL, *A Apropriação do Território, Critica aos Diplomas da RAN e da REN*, Lisboa, Ordem dos Engenheiros, 2006, p. 6-17 e 39.
[44] Doravante designado por REN.

susceptibilidade perante riscos naturais, são objecto de proteção especial"[45]. Assim, podemos dizer que estamos perante "uma restrição de utilidade pública, à qual se aplica um regime territorial especial que estabelece um conjunto de condicionantes à ocupação, uso e transformação do solo, identificando os usos e as acções compatíveis com os objectivos desse regime nos vários tipos de áreas"[46]. Assim, estamos perante um diploma que, também ele, inclui uma restrição ao "*ius aedificandi"*, não podendo o particular, proprietário do seu terreno que se encontra inserido em zona REN, obter o "*ius aedificandi"*, por se tratar de uma área de proteção dos ecossistemas naturais[47], e que seriam destruídos caso fosse permitido o "*ius aedifcandi"* nestes solos[48].

Quem define os solos que integram ou não as áreas REN é o governo, através de resolução do conselho de ministros, mas com prévia audição da comissão nacional da REN[49].

No que diz respeito à identificação das áreas REN, estas devem estar devidamente identificadas em todos os instrumentos de planeamento do uso dos solos, nomeadamente, nos planos especiais e municipais, e ainda nos planos regionais e intermunicipais de ordenamento do território, artigo 10º DL 166/2008 de 22 de Agosto, os artigos 53º/e), 54º/2/C), 63º/2)b), 72º/2/a), 73º/2/d), 73º/4/c), e 85º/1/c) do RJIGT. Além da sua identificação nestes instrumentos, deve ainda a sua identificação na planta de condicionantes dos planos directores municipais, nos planos de urbanização e planos de pormenor, artigos 86º/1/c), 89º/1/c), e o 92º/1/c) do RJIGT. No entanto, como quando falamos de áreas REN, estamos a referirmos a áreas de interesse público com expressão territorial, então a sua identificação e harmonização deve estar em sintonia com outros interesses públicos com repercussão espacial que devem ser feitas por todos os instrumentos de gestão territorial, artigos 8º, 9º, 10º/d), e 14º do RJIGT.

Assim, à semelhança do que acontece com as áreas que integram o Regime Jurídico da RAN, também aqui, nas que integram o Regime Jurídico da REN, estas devem estar devidamente assinaladas em todos os instrumentos de gestão territorial, para que haja uma maior salvaguarda destas áreas que são ricas em habitats naturais, cursos de água naturais, florestação natural, etc... Daí, estas áreas constituírem uma restrição ao "*ius aedificandi*", pois, são áreas que visam proteger a natureza, visam

[45] Artigo 2º/1 do DL 166/2008, de 22 de Agosto.
[46] Artgo 2º/2 do DL 166/2008, de 22 de Agosto.
[47] Exemplos: recursos naturais de água e solo; a fauna; a flora; etc;.
[48] Artigos 20º/1 do DL 166/2008, de 22 de Agosto.
[49] Artigos 3º/1, 8º e 9º do DL 166/2008, de 22 de Agosto.

sobretudo, restringir a intervenção do homem que através do ius aedificandi iria destruir todos estes recursos naturais[50].

Porém, existem excepções à não intervenção do Homem nas áreas identificadas como REN, nomeadamente as acções de relevante interesse público (artigo 20/2 e 3, 21º e 26º do DL 166/2008 de 2 de Agosto, ou seja, para que se possa excepcionalmente praticar o "*ius aedificandi"* nas áreas integradas em REN é necessário que estejam devidamente identificadas no anexo II do DL 166/2008 de 2 de Agosto.

No entanto, penso que estas excepções que existem, não foram criadas para benefício dos particulares, mas sobretudo para beneficio dos grandes empreendimentos hoteleiros e turísticos, como por exemplo a construção de resorts em áreas que integram o regime jurídico da REN.

2.3 Regime Jurídico da Rede Natura 2000

As zonas integradas na Rede Natura 2000, encontram-se devidamente identificadas na Directiva Habitats (Directiva nº 92/43/CEE, do Conselho de 21 de Maio), onde se encontram as áreas classificadas como Zonas Especiais de Conservação (ZEC), e na Directiva Aves (Directiva nº 79/409/CEE, do Conselho, de 24 de Abril), onde se encontram as áreas classificadas como Zonas de Protecção Especial (ZPE).

A Rede Natura 2000 encontra-se regulada pelo DL 140/99, de 24 de Abril, com as alterações e redacção que lhe foi dado pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro, o qual transpôs para o nosso ordenamento jurídico as Directivas acima mencionadas.

Trata-se de uma rede ecológica com uma dimensão estendida a toda a União Europeia, e que visa proteger os habitats naturais, a fauna e a flora selvagens existentes no espaço europeu.

Assim, todas estas áreas que integram a Rede Natura 2000 estão sujeitas a restrições, proibições, condicionalismos, ou seja, a todo o tipo de acções que possam colocar em causa a preservação destes habitats naturais, bem como das espécies neles existentes[51].

Uma das medidas constante neste diploma legal diz respeito à necessidade de emissão de parecer favorável do Instituto da Conservação da Natureza e da

[50] Artigo 20º/1 DL 166/2008 de 2 de Agosto.
[51] Como por exemplo: artigos 9º, 11º, 12º, 13º, entre outros.

Biodiversidade[52] ou da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional competente de um vasto elenco de acções de ocupação, uso e transformação do solo, entre as quais a realização de obras de construção civil fora dos perímetros urbanos, com excepção das obras de reconstrução, demolição, conservação de edifícios e ampliação, desde que esta não ultrapasse 50% da área total de implantação seja inferior a 100m2, e a alteração do uso actual do solo que abranja áreas continuas superiores a 5 há (artigo 9º/2). Assim, mais uma vez, encontramos também neste diploma limitações ao *" ius aedificandi".*

Pretende-se assim, com este regime assegurar nestas áreas, um desenvolvimento sustentável de nível ecológico, social e também económico, ou seja, tentar compatibilizar e articular as actividades humanas com a preservação e conservação da natureza.

2.4 Regime Jurídico da Rede Nacional de Áreas Protegidas

O Regime Nacional de Áreas Protegidas, encontra-se definido pelo DL 142/2008 e 24 de Julho que revogou o DL 19/93 de 23 de Janeiro, e que foi sucessivamente alterados pelos Decretos-Leis nº 151/95 de 24 de Janeiro, 213/97 de 16 de Agosto, 227/98 de 17 de Julho, 221/2002 de 22 de Outubro, e 117/2005 de 18 de Julho.

Como o próprio título indicar através da expressão "áreas protegidas", significa que estamos perante uma restrição ao livre uso destes solos, sentiu a necessidade de reconhecer em certas áreas uma especial importância de forma a salvaguarda o equilíbrio dos ecossistemas existentes na terra.

Assim, de acordo com a presente lei, entende-se que devem ser classificadas como "áreas protegidas as áreas terrestres e as águas naturais interiores e marítimas em que a fauna, a flora, a paisagem, os ecossistemas", bem como todas e quaisquer ocorrências naturais que apresentem um especial valor ecológico ou paisagístico, importância cientifica, cultural e social com o objectivo de promover a gestão racional

[52] Através de Lei Orgânica do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território foi criado o Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas (ICNF, I.P.,) através do DL135/2012 de 29 de Junho, em resultado da Fusão da Autoridade Florestal Nacional com o Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, I.P., e da integração do Fundo Florestal permanente, anteriormente adstrito ao Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P. Sendo que, uma das funções deste novo Instituto passa pelo apoio e formulação política de conservação da natureza e da biodiversidade e garantir o cumprimento dos objectivos decorrentes dos seus regimes, em articulação com a Agência Portuguesa do Ambiente, I.P., artigo 3º/2/b) do DL DL135/2012 de 29 de Junho.

dos recursos naturais, a valorização do património natural e construído, de modo a que se consiga controlar as intervenções do Homem que em muitos casos prejudicam estas áreas artigo1º/2 do DL 19/93 de 23 de Agosto.

Actualmente existem três tipos de áreas protegidas, nomeadamente, as áreas protegidas de interesse nacional[53], as áreas protegidas de interesse regional ou local[54], e também em áreas protegidas de interesse privado[55] [56].

É o Instituto de Conservação da Natureza e das Florestas. I.P., que controla e gere as áreas protegidas de interesse nacional. Quanto às áreas de interesse regional ou local, estas geridas e controladas pelo sistema autárquico, ou caso exista, pelas associações de municípios, do qual estão inseridas. Porém, o ICNB pode atribuir a gestão de uma área protegida de interesse nacional às delegações regionais, mediante protocolo celebrado com o ministério do ambiente, de onde sairá a sua aprovação (ou não aprovação) dada pelo ministro do ambiente, ordenamento do território e energia (Artigo 4º do DL 19/93 de 23 de Agosto).

É devido a esta necessidade de equilibro e conservação da natureza e seus habitats, que se consegue através da imposição de restrições ao Homem, que uma vez mais vemos o uso do direito de propriedade a ser novamente restringido/condicionado.

Assim, estamos perante áreas/solos (RAN, REN, Rede Natura 2000, Áreas Protegidas) em que o particular não pode usar e dispor livremente do seu direito de propriedade, nomeadamente o "*ius aedificandi".* Então parece poder-se afirmar que quando falamos de terrenos que integram este tipo de áreas, estamos perante "bens privados de interesse público"[57], e uma vez mais, o particular vê aqui elencada mais uma restrição ao seu uso, transformação e disposição da seu direito de propriedade.

---

[53] Como por exemplo: parque natural; reserva natural; monumento natural.

[54] Como por exemplo: paisagem protegida (paisagens com características naturais, seminaturais e a diversidade ecológica.

[55] Como por exemplo: habitats naturais; espécies de fauna e flora selvagens.

[56] *"Com estas modalidades de áreas protegidas, pretendeu o legislador desenvolver o regime* jurídico *constante no n.º 2 do artigo 29.º da Lei de Bases do Ambiente e dar cumprimento às incumbências constitucionais referidas nos artigos 9.º, alínea e), e 66.º, n.º 2, alínea b) e c), da Lei Fundamental (merecendo especial destaque a condensada nesta última alínea, traduzida na incumbência do Estado de "criar e desenvolver reservas e parques naturais e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico")* FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p.281.

[57] Ana Raquel Moniz, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 339-343.

3. Restrições pelo interesse público urbanístico no planeamento

Além das restrições anteriormente tratadas, existem outras que resultam da existência dos planos. Falo de uma outra limitação que resulta do interesse público urbanístico, sendo esta limitação imposta pela existência dos diversos planos existentes no nosso ordenamento jurídico. Planos estes que podem ser de vários tipos, mas no fundo todos eles sujeitos ao princípio da hierarquia (este princípio será abordado um pouco mais à frente nesta dissertação). Assim, podemos estar perante planos de âmbito nacional, regional ou municipal. Sendo que o plano que neste trabalho irá merecer maior destaque será o plano municipal (nomeadamente o Planos Directores Municipais) por ser o que se encontra mais próximos dos particulares, ou seja, são planos dotados de eficácia plurisubjectiva.

3.1 Os Planos

A gestão do território é efectuada por um conjunto de instrumentos de gestão territorial que têm como finalidade a sua concretização no âmbito nacional, regional e municipal.

Assim, quando falamos no âmbito nacional, estamos perante o programa nacional de política de ordenamento do território (PNPOT), planos sectoriais e os planos especiais de ordenamento do território. Sendo que dentro deste último tipo de planos, temos ainda os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas, planos de ordenamento da orla costeira e os planos de ordenamento dos estuários.

No âmbito regional temos os planos regionais de ordenamento do território.

E no âmbito municipal temos os planos directores municipais, os planos de urbanização e os planos de pormenor.

Os planos podem desempenhar várias funções, nomeadamente: inventariação da realidade, ou seja, deve ser efectuado um levantamento da situação existente no que diz respeito ocupação do solo, quer do nível fáctico (operações urbanísticas efectivamente realizadas)[58], quer do nível jurídico (licenças ou autorizações de operações urbanísticas

[58] EXEMPLOS: artigos 37º/2; 45º/2/a); 54º/2/a); 85º/1/a) e 86º/2/a) e b); 63º/a) e 89º/2/a); 91º/1/a) e 92/2/a) do RJIGT.

emitidas)[59]; configuração do território (consiste na programação e organização do uso, transformação e ocupação do solo); configuração do direito de propriedade do solo; gestão do território.

No que diz respeito aos planos municipais de ordenamento do território, em especial do plano director municipal (Artigo 9º/2da LBPOTU), a sua principal função consiste na "estruturação espacial do território municipal[60]. Função que é alcançada pela referenciação espacial dos vários usos e actividades admitidas nos planos, ou seja, pela afectação de porções de território ao desempenho de determinadas finalidades[61] [62]. Trata-se de uma função que tem origem através da técnica urbanística do zonamento[63], e é através desta técnica que "o município procede às escolhas fundamentais atinentes à localização de funções e das actividades humanas a prever – habitacionais, económicas (industriais, turísticas, comerciais e de serviços), ect. – e que tem na sua base as tarefas essenciais para a definição do regime do uso do solo : a sua classificação e qualificação"[64].

Assim, e de acordo com o artigo 71º RJIGT do artigo 15º LBPOTU, é nos planos municipais de ordenamento do território que se encontra definido o regime do uso do solo. São por isso, os planos que determinam a organização do território e estabelecem a classificação do solo.

Segundo o artigo 72º/1 do RJIGT, o solo pode ser classificado de rural[65] ou urbano[66].

A tarefa de classificação[67] e de qualificação[68] do solo é desempenhada de forma específica por cada um dos três tipos de planos municipais. Assim, como dispõe o artigo 9º/2 da LBPOTU o plano director municipal (alínea a))"com base na estratégia de desenvolvimento local, estabelece a estrutura espacial, a classificação básica do solo, bem como parâmetros de ocupação, considerando a implantação dos equipamentos sociais, e desenvolve a qualificação dos solos urbano e rural"; o plano de urbanização

[59] EZXEMPLO: Portaria 138/2005 nº1/c).
[60] Doutrinalmente designada de conformação do território.
[61] Artigo 71º do RJIGT e artigo 15º da LBPOTU.
[62] FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES "*Execução Programada de Planos Municipais*", Almedina, 2013.
[63] Trata-se de uma das principais técnicas utilizadas pelos planos municipais de ordenamento do território
[64] FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES "*Execução Programada de Planos Municipais*", cit. p.6.
[65] Artigo 72º/2/a) do RJIGT.
[66] Artigo 72º/2/b) do RJIGT.
[67] Artigo 72º do RJIGT.
[68] Artigo 73º do RJIGT.

(alínea b)) "desenvolve, em especial, a qualificação do solo urbano"; e o plano de pormenor (alínea c)) "define com detalhe o uso de qualquer área delimitada do território municipal".

Assim, é o plano director municipal que define quer o solo urbano quer o solo rural. O solo urbano é definido como sendo "aquele para o qual é reconhecida (pelo município) vocação para o processo de urbanização, nele se integrando os solos já urbanizados e os solos cuja urbanização seja programada (pelo município) ou passível de ser programada (no entender do município)"[69], e o solo rural "aquele para o qual é reconhecida (pelo município) vocação para actividades "não artificiais" – agrícolas, pecuárias, florestais e minerais -,integrando os espaços naturais de proteção u de lazer, ou ainda solos que, embora admitam alguma ocupação urbanística, esta não determine a sua classificação como solo urbano"[70] . Então, podemos afirmar que a classificação dos solos é um factor determinante para a atribuição do "*ius aedificandi",* sendo que é o solo urbano que é passível de atribuição desse direito.

No que diz respeito aos planos, estes disciplinam o uso, transformação e ocupação do solo impondo limites à discricionariedade por parte da Administração Pública.

Actualmente, quase todo o território na nacional encontra-se abrangido pelos instrumentos de gestão territorial, com especial destaque para os planos municipais, pois, estes para além de possuírem eficácia plurisubjectiva, também desempenham tarefas muito importantes no que diz respeito ao planeamento do território, nomeadamente quanto à classificação e qualificação dos solos. Assim, para que todo o solo português possa ser aproveitado, gerido e distribuído de forma uniforme, é necessário planear, ou seja, é necessário a criação de regras que serão posteriormente impostas aos particulares aquando da execução dos planos. Ao planear estamos a criar algo de novo, e ao executar estamos a colocar em prática aquilo que criamos, ou seja, a passar do simples papel prática.

No planeamento do território português temos subjacentes 4 princípios que são fundamentais, e que servem de limite à actuação do poder decisório concreto por parte

[69] FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES "*Execução Programada de Planos Municipais*", cit. p.9.
[70] FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES "*Execução Programada de Planos Municipais*", cit. p.10.

da Administração pública designadamente, o *princípio da colaboração*; o *princípio da avaliação ambiental estratégica dos planos*; o *princípio da participação dos interessados na elaboração dos planos* e o *princípio da justa ponderação e da superação dos conflitos de interesses.*

Princípio da colaboração

Significa este princípio que temos aqui, como o próprio nome indica, uma colaboração/união, entre os vários sujeitos e órgãos administrativos que integram a elaboração do plano, mas também das diferentes políticas por cada um desenvolvidas (politicas de âmbito nacional, regional municipal), como por exemplo artigo 4º/1 da Lei de Bases da Politica de Ordenamento do Território e do Urbanismo[71].

Princípio da avaliação ambiental estratégica dos planos

Este princípio traduz-se na concordância entre o planeamento e o ambiente, ou seja, o planeamento do território tem de ter especial cuidado no que diz respeito ao meio ambiente, de forma a que a sua planificação não prejudique o ambiente. Para isso, deverão ser efectuados relatórios ambientais (Artigo 47º/2 RJIGT; Artigo 75º-A/1 e 2 do mesmo diploma), ser pedidos pareceres ambientais, para que desta forma sejam assegurados todos os interesses que englobam o planeamento, mas sobretudos os ambientais do território português. Assim, na elaboração dos planos, devemos sempre tentar criar medidas inovadoras, eficazes e sustentáveis que evitem o aparecimento de efeitos negativos para o ambiente.

Princípio da participação dos interessados no procedimento de elaboração dos planos

Este princípio tem subjacente um direito constitucional, consagrado no artigo 65º/5 da CRP, que assegura a todo e qualquer interessado no momento da criação dos planos o direito de participação na sua elaboração.

Assim, qualquer interessado que deseje participar na elaboração dos planos, poderá fazê-lo através da apresentação de propostas de planos, podendo assim, assumir uma posição activa na elaboração dos planos.

[71] Doravante dedignada pelas siglas LBPOTU.

Ligado a este princípio da participação dos interessados, temos o direito à informação, pois, este direito "é uma condição de eficácia do direito de participação efectivo"[72] uma vez que "sem o correspondente direito de informação sobre todos os aspectos relevantes de elaboração dos planos, incluindo sobre a decisão de elaboração do plano"[73], não seria possível o direito de participação.

Princípio da justa ponderação e da superação dos conflitos

Este princípio está inevitavelmente ligado ao princípio da colaboração e ao princípio da participação dos cidadãos na elaboração dos planos, pois, ambos têm um fim comum "o de fazer chegar aos órgãos administrativos competentes os interesses de que são portadores, para que o plano realize uma justa ponderação dos diferentes interesses nele envolvido"[74]. É necessário ponderar entre os vários interesses envolvidos (públicos e privados), devendo depois, justificar todas as decisões tomadas que levaram à elaboração do plano[75].

No entanto, além da ponderação é necessário uma outra característica fundamental para a elaboração dos planos, falo da superação dos conflitos. Quer isto dizer que, aquando da elaboração dos planos vão surgindo conflitos de interesses[76] que deverão necessariamente ser resolvidos, e sendo assim vista a superação de conflitos como uma tarefa necessária para atingir um fim que é a elaboração do plano.

No entanto destacam-se ainda mais dois princípios caraterizadores dos planos, sendo eles o Principio da Tipicidade e o Princípio da Hierarquia dos planos.

O *princípio da hierarquia* deve ser entendido como um "princípio da coordenação das intervenções das várias entidades responsáveis pela elaboração e aprovação dos diferentes instrumentos de gestão territorial. Este princípio encontra-se elencado nos artigos 22º a 22º do RJIGT.

A forma de vinculação deste princípio face aos planos existentes não é homogénea. Isto é, este princípio procura harmonizar as diferentes disposições existentes nos diferentes planos, quer isto dizer que, procura encontrar a solução para que o plano inferior se harmonize com o superior (e temos aqui presente também o

[72] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 458.
[73] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 458.
[74] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 483 e 484.
[75] EXEMPLOS: artigos 6º/4 e o artigo 33º/5 do RJIGT.
[76] EXEMPLO: artigo 9º do RJIGT.

princípio da conformidade que se traduz numa relação hierárquica mais rigorosa). Ou pura e simplesmente faz impor o plano superior sobre as regras e determinações do plano inferior, eliminando todas as disposições constantes no plano inferior face ao plano superior (temos então aqui também presente um outro princípio que é o principio da compatibilidade, que face ao anterior, se traduz numa relação hierárquica menos exigente).

No entanto, este principio da hierarquia dos planos comtempla excepções, isto é, vertentes mais flexíveis ao permitir a existência de situações onde o plano hierarquicamente inferior possa conter disposições não compatíveis com o superior, obrigando à alteração deste último.

Princípio da tipicidade

Este princípio traduz-se numa limitação da administração à livre elaboração dos planos, ou seja, a Administração apenas poderá criar os planos que estejam comtemplados na lei, estando por isso limitada pela lei. É a lei quem define as características que o plano irá ter, nomeadamente no que diz respeito à sua designação/nome; aos seus fins/objectivos; ao seu conteúdo e a toda a sua documentação. Assim, será o princípio da tipicidade um dos princípios limitadores dos planos directores municipais, pois, estes como são criados através de regulamentos (artigo 86º/1/a) do RJIGT), muitas vezes estão desconformes com o previsto na lei, sendo por isso diversas vezes rejeitada a ratificação de regulamentos dos planos directores municipais[77].

3.2 Os planos de ordenamento municipal em particular

Mas para abordar a relação existente entre os planos municipais de ordenamento do território, em especial os Planos Directores Municipais, temos que falar novamente no princípio da hierarquia, pois, as relações existentes entre os diversos planos municipais de ordenamento do território têm subjacente o princípio da hierarquia.

[77] Este tipo de situação verificou-se diversas vezes durante a vigência do DL 69/90 de 2 de Março nas Resoluções de Conselho de Ministros de ratificação de PDM.

Existem três tipos de planos municipais: os planos Directores Municipais, os planos de Urbanização[78] e os planos de Pormenor[79]. Sendo que os planos directores municipais prevalecem sobre os de urbanização, e este sobre os de pormenor. Isto porque, "o plano director municipal estabelece a estratégia de desenvolvimento territorial, a política municipal de ordenamento do território e de urbanismo e as demais politicas urbanas"[80], e ainda, porque se trata de "um instrumento de referência para a elaboração dos demais planos municipais de ordenamento do território"[81]. Além disto, é também o plano director municipal quem define toda a organização municipal do território português[82].

O Plano Director Municipal é constituído[83] por um regulamento, uma planta de ordenamento, onde conta toda a estratégia e organização espacial do território municipal, e pela planta de condicionantes "que identifica as servidões e restrições de utilidade pública em vigor"[84]. Este, deve ser sempre acompanhado por estudos de inventariação do território municipal; de relatórios onde devem estar definidos os objectivos e as estratégias a adoptar; um relatório ambiental para se identificar possíveis efeitos sobre o ambiente resultantes da aplicação do plano; e um plano de execução onde devem estar definidas as estratégias a adoptar na execução dos planos.

No entanto, este princípio da hierarquia é um principio mitigado, pois, tem como objectivo "introduzir flexibilidade no sistema do planeamento"[85]. Assim, torna-se possível "aprovar um plano de urbanização que contenha disposições incompatíveis com as normas do Plano director municipal, revogando ou alterando as disposições incompatíveis com o plano director municipal ou desconformes com o plano de urbanização, revogando ou alterando as disposições destes"[86]. Mas para que isto aconteça, é necessário que haja ponderação e uma correcta fundamentação das alterações que se pretendam ver introduzidas, face às normas dos planos que se pretendem alterar. Caso isto não se verifique, então estaremos perante uma violação deste princípio da hierarquia dos planos, e que levará a uma desconformidade com o plano e a uma consequente nulidade do plano (Artigo 101º/1 e 102º/2 do RJIGT.

[78] Artigo 87º e ss do RJIGT.
[79] Artigo 90º e ss do RJIGT.
[80] Artigo 84º/1 do RJIGT.
[81] Artigo 84º/2 do RJIGT.
[82] Artigo 85º/1 do RJIGT.
[83] Artigo 86º do RJIGT.
[84] Artigo 86º/1/c) do RJIGT.
[85] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 521.
[86] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 522.

Os planos municipais, em especial os Planos Directores Municipais, são planos com eficácia plurisubjectiva. Quer isto dizer que, são planos que vinculam directa e imediatamente os particulares, ou sela, qualquer acção exercida sobre este tipo de planos, quer alteração, revisão ou suspensão, irá produzir efeitos directamente para os particulares e que os vinculará seja qual for a medida adoptada. São estes tipos de planos que irão determinar o exercício do direito de propriedade detido pelos particulares sobre os seus terrenos. Assim, qualquer acção que os particulares ou outra entidade deseje praticar sobre o solo, estará a mesma sujeita a autorização que apenas será concedida se o plano o permitir. A função de conformação do direito de propriedade dos planos consiste na classificação do território de acordo com as tarefas nele executadas, nomeadamente, o uso, a transformação e a ocupação dos solos. Assim, será o plano, em especial os municipais (PDM), que irão limitar o uso, transformação e ocupação dos solos por parte dos particulares, como por exemplo: artigos 69º a 83º do RJIGT. Será assim, neste tipo de planos, concretamente nos Planos Directores Municipais, que poderemos aferir da possibilidade ou não da existência do exercício do direito de construção do solo.

Normalmente são os planos directores municipais que mais influenciam o exercício do direito de propriedade detidos pelos particulares, daí, também serem estes, os plano mais conhecidos do senso comum, e onde existe uma maior participação dos particulares na sua elaboração através da apresentação de propostas de plano. Assim, visto que estes (PDM) são os planos que mais próximos estão dos particulares, são estes que devem comportar todas as políticas a adoptar de âmbito nacional e regional que contenham incidência territorial. Devendo por isso, abarcar todas as disposições necessárias para que seja efectuada uma boa gestão do território nacional, nomeadamente, projectar toda a estratégia adoptada para o território nacional; definir o regime de uso, transformação e ocupação do solo municipal; delimitar todo o perímetro urbano; inventariação do plano de urbanização e do plano de pormenor; identificação das áreas de interesse público para efeitos de expropriação; ser flexíveis, ou sela, serem capazes de adoptar e acompanhar por um período de 10 anos as estratégias por si definidas, entre outras características (Artigo 85º/1 do RJIGT).

Então, podemos afirmar que, é nos planos directores municipais, onde encontramos a maior limitação ao exercício do direito de propriedade, não podendo ser praticados actos desconformes com o plano.

Temos aqui então novamente presente o principio da conformidade, agora em vez de falado na comparação entre planos, na comparação entre o que está no plano e as acções que o particular poderá praticar nos seus terrenos.

Porém, apesar de os planos directores municipais serem por si mesmos uma restrição ao exercício do direito de propriedade exercido pelos particulares, estes devem conter em si mesmos, através da planta de condicionantes, a identificação de todas as servidões e restrições de utilidade pública que vigorem durante a sua vigência e que possam traduzir-se em limitações ou impedimentos ao exercício do direito de propriedade (Artigo 86º/1/b) e c) do RJIGT.

4. Servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública

Temos ainda uma outra forma de limitação do direito de propriedade que, também tem subjacente o interesse público urbanístico. Falo das servidões administrativas e restrições de utilidade pública. Estas, tanto podem já constar do plano, ou então, resultar de actos de execução do plano.

Esta distinção entre "servidão administrativa" e restrição de utilidade pública é feita pela doutrina. No entanto existem também autores que defendem "que uma tal distinção não se justifica no domínio do direito do urbanismo e que seria vantajoso enquadra-las num conceito amplo de "servidões de urbanismo", as quais abrangerão todas as proibições, limitações e condicionamentos à ocupação, uso e transformação do solo, por motivos de interesse público, decorrentes de normas urbanísticas, incluindo as constantes dos planos, em especial dos planos municipais de ordenamento do território".[87]

As **servidões administrativas** são impostas por lei[88], e a sua existência pressupõe que estejamos perante uma causa de utilidade pública de certos bens, ou seja, para que possamos usufruir de determinados bens, é necessário que possamos "chegar" até eles. Quer isto dizer que temos de tornar o seu acesso/via de acesso possível, tendo de ser neste caso necessariamente público.

[87] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume I, p. 326.

A definição de "servidão administrativa" provém da noção que encontramos no código civil de servidão predial, onde esta última se define como sendo um "encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente"[89]. Assim, podemos afirmar que na sua origem temos implícitas as situações em que existe uma relação de dependência entre dois prédios, ou seja, "o dominante que beneficia da servidão e o serviente que está a ela sujeito".

Podemos então concluir que, quando falamos de servidão, estamos a falar da existência de dois prédios, pertencentes a donos distintos e que ambos beneficiam igualmente da área de passagem comum aos dois prédios. Porém, apesar de a noção de "servidão administrativa" ter a sua origem na noção de servidão civilística, «esta não se confunde com a anterior. Quer isto dizer que, enquanto nesta última a área comum de passagem (servidão) apenas se encontra na disposição dos proprietários dos prédios confinantes e um fim necessariamente particular, ou seja circunscrito apenas aos proprietários desses mesmos prédios, a "servidão administrativa", essa área comum tem de ser necessariamente pública, uma vez que a constituição destas servidões tem de ter como fim a utilidade pública.

Já quanto às "**restrições de utilidade pública"**, também são impostas por lei[90], e que se trata, como o próprio nome indica, de uma restrição, ou seja, de uma limitação do uso, transformação e ocupação do solo pertencente ao particular. Quer isto dizer que, quando é imposta uma restrição de utilidade pública, significa que o particular está naquele momento a ver ser-lhe limitado/reduzido o seu direto de usufruir como bem entender, sobre o seu próprio bem.

As "restrições de utilidade pública" incidem sobre a proteção de bens colectivos necessários para uma melhor vivência em sociedade, como é o caso da proteção do ambiente, sendo assim impostas limitações aos particulares quanto à emissão de gases poluentes; protecção do património, limitando os particulares na sua área de actuação sobre a destruição dos edifícios que comportam alguma da história do nosso país; protecção dos solos, através da imposição de regras de cultivo dos solos; protecção dos recursos hídricos; etc.

[89] Artigo 1543º do Código Civil.
[90] Como por EXEMPLO: artigo 25º da Lei 54/2005, de 15 de Novembro, que determina a titularidade dos recursos hídricos, nomeadamente no que diz respeito às margens dos rios ou mar que se encontrem ameaçadas por cheias ou pelo próprio mar.

Voltando de novo ao tema das "servidões administrativas", estas como já referi anteriormente derivam da lei, ou então, podem ter origem através de uma segunda via, ou seja, através de acto administrativo.

O nosso ordenamento jurídico consagra uma modalidade específica de "servidões administrativas" que se traduz nas "*servidões non aedificandi*". Estas podem-se traduzir na "oneração de certos prédio, através da proibição de edificar, por motivos de interesse público".[91] Exemplos de "*servidões non aedificandi*" podem as constantes no artigo 43º da Lei nº 177/2001 de 8 de Setembro[92], onde é privilegiada a oneração de determinados prédios para proteção dos que se encontram classificados como bens culturais em proveito da utilidade pública desses mesmos bens. Ou seja, para se proteger os imóveis que se encontrem classificados como bens culturais muitas vezes proíbe-se a construção de outros prédios na zona envolvente do prédio para proteção do prédio que haja sido classificado como bem cultural. Existem também zonas de "*servidões non aedificandi*" junto às estradas e auto estradas que se encontrem construídas, em fase de construção ou reconstrução, como dispõem os artigos 3º, 4º, e 5º do DL 13/94 de 15 de Janeiro, e o artigo 3º do DL 294/97 de 24 de Outubro, onde aqui o objectivo passa pela salvaguarda das vias de comunicação.

No que diz respeito à constituição de "servidões administrativas" através de acto administrativo, temos o artigo 8º/1 do Código das Expropriações[93], que nos diz que " podem constituir-se sobre imóveis as servidões necessárias à realização de fins de utilidade pública". Ou seja, sempre que esteja em causa um fim publico, podem ser constituídas sobre imóveis pertencentes ao domínio privado "servidões administrativas".

Estas "servidões administrativas" podem ser classificadas de acordo com a sua origem ou modo de constituição, a sua duração, o seu conteúdo ou a sua finalidade.

Dentro da classificação das "servidões administrativas de acordo com a sua origem, podemos ter as legais ou as voluntárias. As legais sã aquelas que derivam directamente da lei, não sendo assim necessária a utilização de qualquer acto administrativo na sua constituição. Como exemplo destas temos o artigo 21º/1 da Lei

[91] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p. 325.
[92] Esta lei define as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural.
[93] Aprovado pelo pela Lei 168/99 de 18 de Setembro, e na sua mais recente alteração pela Lei 56/2008 de 4 de Setembro.

54/2005 de 15 de Novembro que estabelece que "todas as parcelas privadas de leitos ou margens de água públicas estão sujeitas às servidões estabelecidas por lei e nomeadamente a uma servidão de uso público, no interesse geral de acesso às águas e de passagem ao longo das águas da pesca, da navegação e da flutuação, quando se trate de águas navegáveis ou flutuáveis, e ainda da fiscalização e policiamento das águas pelas entidade competentes".

Quanto ao critério da sua duração, as servidões administrativas podem dividir-se em permanentes, isto é, quando permanecem no tempo, não estando sujeitas a qualquer limite temporal, ou temporárias que como o próprio nome indica, são limitadas temporalmente, ou seja, apenas são constituídas pelo tempo estritamente necessário para a realização dos trabalhos.

Agora, quanto ao critério do seu conteúdo, também aqui podemos ter dois tipos de "servidões administrativas": positivas ou negativas. Quanto à positivas, estas traduzem-se necessariamente numa obrigação positiva do proprietário do prédio serviente ou como os proprietários dos prédios que circundam as estradas e caminhos municipais, estão obrigados a cortar as árvores e a demolir total ou parcialmente os seus prédios em beneficio da "servidão administrativa" aí constituída. Já no que diz respeito às "servidões administrativas" negativas, estas traduzem-se numa proibição, ou seja numa obrigação de "*non facere"*, onde o proprietário do prédio serviente fica obrigado ao não exercício da faculdade de construção nos terrenos que rodeiam a "servidão administrativa" entretanto constituída. Os proprietários dos prédios circundantes ficam assim obrigados a uma servidão de "*non aedificandi*".

Finalmente quanto ao critério da finalidade, as "servidões administrativas" podem classificar-se como activas ou passivas. Nas activas, o proprietário do prédio serviente está obrigado a agir, ou seja, fica obrigado à pratica de determinados actos, pois, caso contrário será a Administração a tomar o lugar do proprietário, e tomará as medidas necessárias a serem realizadas no caso concreto fazendo depois recair sobre este (proprietário) todas as despesas tidas. Quanto às negativas, estas traduzem-se no facto de o titular do prédio serviente ter de suportar uma actividade de modo passivo, ou seja, não fazer nada, como por exemplo deixar colocar nos seus prédios o material necessário para a implementação das vias de comunicação.

Assim, resumidamente podem ser caracterizadas as "servidões administrativas: têm origem através de lei ou de acto administrativo; com finalidade a utilidade pública; podem ser constituídas a favor de um imóvel, uma entidade beneficiária ou uma coisa;

podem ser de dois tipos, ou seja, negativas (proibir ou restringir determinadas acções) ou positivas (obrigar à prática de certos actos); quando a sua constituição seja através de acto administrativo, obriga a que haja publicidade de tal decisão, nomeadamente para os interessados; são inalienáveis e imprescindíveis; e cessam quando o fim para o qual foram constituídas se esgota, isto é, com o desaparecimento da função de utilidade pública;

4.1 Restrições que podem ter subjacente uma compensação

Agora passaremos à abordagem da questão das indemnizações das "servidões administrativas" e das "restrições de utilidade pública".

Quando falamos em "servidões administrativas" ou em "restrições de utilidade pública", surge-nos logo a palavra indemnização. Isto porque, quer a constituição de "servidões administrativas", quer a de "restrições de utilidade pública" provocam danos, e esses danos têm naturalmente que ser compensados através da indemnização. Porém, não quer isto dizer que todas as constituições de "servidões administrativas" ou de "restrições de utilidade pública" deem origem a uma indemnização. Aliás, esta continua a ser uma das questões mais controversas da nossa doutrina.

Assim, FERNANDO ALVES CORREIA, defende que " a forma ou a origem (lei ou acto administrativo) da constituição da "servidão administrativa" não pode servir de critério de indemnização, ou não, das "servidões administrativas", mas sim a natureza dos danos delas derivados".[94]

A actual redação do artigo 8º/2 do código das expropriações diz-nos quais as servidões que dão origem a indemnização, e são elas as seguintes: as que inviabilizem a utilização que vinha a sendo dado ao bem, considerado globalmente; as que inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que estes não estejam a ser utilizados, ou; as que anulem completamente o seu valor económico.

Ou seja, tem que se verificar uma situação de "*verdadeiras expropriações de sacrifício ou substanciais,* isto é, como actos que produzem modificações especiais e graves (ou *anormais*) na "*utilitas"* do direito de propriedade, em termos tais que ocorreria uma violação do princípio da justa indemnização por expropriação (aqui

[94] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p.333.

entendida no sentido de expropriação de sacrifício ou substancial, condensado no artigo 62º/2, da Constituição, do principio do Estado de direito democrático, consagrado nos artigos 2º e 9º, alínea b), da Lei Fundamental, nos termos do qual os actos do poder público lesivos de direitos ou causadores de danos devem desencadear uma indemnização, e do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, ínsito no artigo 13º, n.º 1, da Constituição, se o proprietário onerado com essa servidão administrativa não obtivesse uma indemnização. E as "servidões administrativas" que produzem danos daquela natureza não se restringem, seguramente, às elencadas no nº 2 do artigo 8º do vigente Código das Expropriações"[95].

Existem dois tipos de indemnização: directa e indirecta. A indemnização directa verifica-se quando nos termos do artigo 67º/1 do Código das Expropriações o proprietário do imóvel onde foi onerada a servidão recebe a referida indemnização em dinheiro e de uma só vez. No entanto, como refere o nº 2 do mesmo artigo, existindo acordo expresso entre "a entidade expropriante, o expropriado e os demais interessados podem acordar o pagamento da indemnização através de prestações ou então, através da cedência de bens ou direitos para o seu pagamento total ou parcial"[96], ou seja através do seu pagamento em espécie.

Quanto à indemnização indirecta, esta verifica-se quando é o próprio proprietário de um terreno que se encontra onerado com uma servidão "*non aedificandi"*, a requerer a expropriação desse bem. Trata-se de um imóvel que tinha sido onerado com uma servidão "*non aedificandi"*.

Mas aqui coloca-se a seguinte questão: a indemnização desta expropriação deverá ter em conta a menos valia de se tratar de um imóvel onerado com uma servidão "*non aedificandi"*, ou não? Mais uma vez, volto a concordar com FERNANDO ALVES CORREIA quando nos diz que "aquela menos valia não deve ser considerada na indemnização pela expropriação do imóvel: ela é, de facto, a que se inscreve na lógica da opção do legislador ao considerar indemnizáveis os danos decorrentes da referida "servidão administrativa", reconhecendo ao proprietário do terreno por ela afectado o direito de requerer à entidade que constituiu a "servidão administrativa" e em regra, que beneficiou com ela) a sua expropriação. Pensamos por isso que, numa situação destas, não deve ser aplicado o citado nº1 do artigo 23º do código das expropriações que ordena, no cálculo da indemnização por expropriação, a tomada em consideração das

[95] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p.335 e 336.
[96] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p. 338.

circunstâncias e condições de facto existentes à data da declaração de utilidade pública da expropriação"[97]. Partilho desta opinião porque caso assim não fosse, o proprietário do imóvel onerado com a servidão "*non aedificandi"* estaria a ser penalizado duas vezes: a 1ª vez porque não está na disponibilidade da sua esfera jurídica a escolha do imóvel onerado com a servidão "*non aedificandi*", ou seja, não é o próprio titular do imóvel que decide se o seu prédio ficará onerado com uma servidão "*non aedificandi*", trata-se antes de uma imposição por parte da administração definida através da execução dos planos. E a 2ª vez porque se este já se encontra penalizado em relação aos que não têm os seus imóveis onerados com uma servidão "*non aedificandi"* e se agora, no momento da indemnização esta tivesse em consideração este tipo de servidão, estaria a ser prejudicado duas vezes em relação a um prédio livre deste tipo de servidões. Por outras palavras e usando um termo que nos é familiar do Direito Fiscal, poderia dar-se aqui uma "dupla tributação", sendo que no caso concreto tratar-se-ia de uma dupla penalização.

O mesmo irá acontecer quando a expropriação seja requerida pelo proprietário do prédio serviente. Isto é, "quando a "servidão administrativa" deve dar origem a indemnização e o proprietário não tenha sido indemnizado dos prejuízos pela mesma provocados, também aqui a desvalorização originada pela servidão não deve ser considerada no cômputo da indemnização pela expropriação do imóvel"[98]. Assim, será aquele que beneficia da expropriação e da servidão que será o responsável pelo pagamento da indemnização dos prejuízos causados pela constituição da "servidão administrativa".

Existe ainda a hipótese de a entidade que requereu a expropriação e que dela é beneficiária não ser a mesma que constituiu a "servidão administrativa". Então nestes casos, quem é o responsável pela indemnização da menos-valia originada pela servidão? Se a servidão continuar a existir após a expropriação, deverá ser o Estado a entidade responsável pela indemnização da menos-valia originada pela servidão, porque se tornará domínio público. Caso não continue a existir então será a entidade que a requereu e que dela beneficiou que será responsável pelo seu pagamento, pois, a sua constituição foi originada em proveito próprio.

Para finalizar coloca-se ainda uma última questão relacionada com os solos que encontram a sua utilização privada (por particulares) limitada, ou seja, se devem ver o

[97] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p.341.
[98] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p.341 e 342.

valor da indemnização a que têm direito diminuído em função do seu tipo de solo no qual estão inseridos? Também aqui, partilho da opinião de FERNANDO ALVES CORREIA, que defende que " nos casos em que a entidade beneficiária da expropriação e responsável pela indemnização e for a entidade que constituiu e beneficiará da expropriação – e responsável pela indemnização – for a entidade que constituiu e beneficia da servidão não sujeita a indemnização, não deve a mesma contribuir para a diminuição do montante da indemnização por expropriação[99].

[99] FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de direito do Urbanismo*, volume III, p. 343.

Conclusões

- O proprietário pode ter na sua posse uma coisa, e não ter o pleno gozo dela, uma vez que o gozo sobre a coisa está sujeito a limitações que podem ser impostas por lei, bem como a restrições por ela estabelecidas.

- Algumas destas limitações e restrições ao uso, transformação e ocupação dos solos que constituem o território português são impostas pelos planos.

- É por isso o plano, um dos instrumentos onde devem estar identificadas todas as limitações e restrições ao livre exercício do direito de propriedade pelos particulares.

- O nosso sistema urbanístico é injusto em relação a alguns particulares, pois, atribui maiores aproveitamentos urbanísticos (vantagens) a uns em relação a outros (devido às diferentes qualificações do solo).

- Apenas é possível exercer o direito de edificar se o plano o permitir.

Bibliografia

AMARAL, Diogo Freitas do Amaral / OTERO, Paulo / SOUSA, Marcelo Rebelo de Sousa / CORREIA, José Manuel Sérvulo / GOUVEIA, Jorge Bacelar / PIMENTEL, José Menéres,
- *Direito do Ordenamento do Território e Constituição* (A Inconstitucionalidade do Decreto – Lei nº 351/93, de 7 de Outubro), Coimbra, 1998;

ANTUNES, Luís Filipe Colaço,
- Direito Urbanístico, *Um outro paradigma: A Planificação Modesto – Situacional*, Coimbra, Almedina, 2002;

ASCENSÃO, Oliveira,
- *Direito Civil – Reais*, 5ª edição, Coimbra, 2012;

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital,
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra, 2007;

CORDEIRO, António,
- *A Proteção de Terceiros em Face de Decisões Urbanísticas*, Almedina, Coimbra, 1995;

CORREIA, Fernando Alves,
- *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008;
- *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2010;
- *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2010;
- *Estudos de Direito do Urbanismo*, Almedina 1998.
- "*Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal*", cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 1998;

FERNANDES, Carvalho,
- *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição, Quid Juris, 2009;

GOMES, Osvaldo,
- *Comentário ao Novo Regime de Licenciamento de Obras*, edição/reimpressão, Ática, 1971

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes,
- *Direitos Reais*, 3ª Edição, Almedina, 2012;

LIMA, Pires / VARELA, Antunes,
- *Código Civil Anotado*, Volume III, 2ª Edição, (reimpressão), Coimbra, 1987;

LOPES, Dulce
- "*Planos Especiais de Ordenamento do Território – Regime e experiência portugueses em matéria de coordenação, execução e perequação*", cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2006;
- "*Medidas cautelares dos Planos*", cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2002;

MIRANDA, João,
- *A Função Pública Urbanística e o Seu Exercício Por Particulares*,1ª Edição, Coimbra, 2012;
- "*Da conformidade da declaração de utilidade pública de expropriação com o Plano Director Municipal", in cadernos de Justiça Administrativa* nº 61 Janeiro/Fevereiro 2007;

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui
- *Constituição Anotada Portuguesa*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, 2010;

MONIZ, Ana Raquel, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, Almedina, 2005.

MONTEIRO, Cláudia, "*A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o sacrifício de faculdades urbanísticas*", cadernos de Justiça Administrativa, nº 91, Coimbra, 2012;

NETO, Abílio,
- *Código Civil Anotado*, 8ª Edição, 1994;

OLIVEIRA, Fernanda Paula / LOPES Dulce
- *Execução Programada de Planos Municipais*, (monografia),Almedina, 2010;

OLIVEIRA, Fernanda Paula,
- *Novas Tendências do Direito do Urbanismo*, 2ª Edição, Almedina, 2012;
- *Nulidades Urbanísticas*, (monografias), Almedina, 2011;
- *Loteamentos Urbanos e Dinâmica das Normas de Planeamento*, Almedina, 2009;
- "*O Novo regime Jurídico da Urbanização e Edificação"* – Visão de um Jurista, cadernos CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2001;
- "Os *Princípios da Nova Lei do Ordenamento do Território: da hierarquia à coordenação*", cadernos CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2000;

PEREIRA, Manuel das Neves,
- "*Os Planos Directores Municipais do Algarve*", cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2001;

PITÃO, J. França / PINTO, J. Borges,
- *Direito das Coisas*, Coimbra;

RIBEIRO, Ana Margarida Cunha,
- *Os novos planos regionais de ordenamento do território*, cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2011;

SÈVES, António Lorena,
- "*A Protecção Jurídico-Pública de Terceiros nos Loteamentos Urbanos e Obras de Urbanização*", cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 1998;

VAZ, Manuel Afonso / CARVALHO, Raquel / BOTELHO, Catarina Santos / FOLHADELA, Inês / RIBEIRO, Ana Teresa,
- Direito Constitucional – *O Sistema Constitucional Português*, 1ª Edição, Coimbra, 2012;