



**Universidade Católica Portuguesa, Porto
Mestrado em Direito Administrativo**

Dissertação – Trabalho Final de Mestrado

**“Restrições ao direito de propriedade,
em especial os atos administrativos
autorizativos – A licença: restrição ou
atribuição?”**

Orientação por Professora Doutora Raquel Carvalho

Maria Inês Magalhães Mendes, n.º 345011022

Dezembro 2013

Índice

Siglas e Abreviaturas.....	4
Introdução	5
I – Enunciação do problema jurídico	5
II – O contexto em redor do problema jurídico.....	6
Título I – O direito de propriedade privada.....	7
I – O direito de propriedade privada na Constituição da República Portuguesa.....	7
II – <i>Ius aedificandi</i> como componente essencial do direito de propriedade ou como atribuição jurídica-pública?	14
1. Posição adotada	18
Título II – Direito do urbanismo como conformação do direito de propriedade dos solos.....	21
I – No momento do planeamento	21
II – No momento da execução dos planos.....	23
Título III – Atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas	25
I – Regime Jurídico de Edificação e Urbanização: licença e comunicação prévia	25
II – Natureza jurídica da licença urbanística: posição adotada	27
Conclusões	35
Bibliografia	38

Agradecimentos

À Professora Doutora Raquel Carvalho, pela orientação e pelo apoio incondicional, que sempre me estimulou a fazer mais e melhor.

Ao Doutor Bolota Belchior, pelos sábios conselhos e por ter disponibilizado o tempo necessário para a elaboração deste trabalho.

Ao Vítor, um agradecimento especial pelo carinho de todos os dias.

À minha família, por sempre acreditarem em mim.

Siglas e Abreviaturas

Ac(s)	Acórdão(s)
AR	Assembleia da República
CC	Código Civil
CE	Código de Expropriações
CEDOUA	Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
L.	Lei
LAL	Lei das Autarquias Locais
LBPOTU	Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo
RAN	Reserva Agrícola Nacional
REN	Reserva Ecológica Nacional
RJIGT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial
RJLAN	Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional
RJREN	Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional
RJRU	Regime Jurídico de Reabilitação Urbana
RJUA	Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente
RJUE	Regime Jurídico de Urbanização e Edificação
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional

- Os artigos referidos ao longo do texto sem qualquer indicação pertencem ao RJUE.

Introdução

I – Enunciação do problema jurídico

O presente trabalho pretende determinar em que medida o direito do urbanismo constitui ou não uma restrição ao direito de propriedade dos solos urbanos. Para o efeito, visa-se dar resposta à questão que se coloca amiúde na doutrina e jurisprudência portuguesa de saber se o *ius aedificandi*, entendido com o direito de construir, edificar, urbanizar e lotear, é uma faculdade constitucionalmente protegida do direito de propriedade privada, que vê o seu exercício condicionado à emissão de um ato administrativo prévio, ou, se pelo contrário, constitui uma atribuição jurídico-pública, conferida ao particular segundo as normas de Direito Público, com respeito pelas regras que regulam o uso, ocupação e transformação do solo urbano. Para o efeito, começar-se-á por analisar o regime constitucionalmente consagrado em relação ao direito de propriedade privada e ao direito da propriedade dos solos urbanos, tentando perceber se o legislador constitucional pretendeu aí incluir o *ius aedificandi*, expondo as duas grandes conceções formuladas pela doutrina portuguesa sobre o tema e tomando uma posição definitiva sobre o mesmo.

Inevitavelmente, considerando-se que o *ius aedificandi* não faz parte do conteúdo constitucionalmente protegido do direito de propriedade privada, surge outra questão que urge solucionar, muitas vezes esquecida pela doutrina, que se prende com o mecanismo através do qual se atribui o *ius aedificandi*: será através dos planos territoriais do ordenamento do território com eficácia plurisubjetiva; através dos atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas; ou através destes dois instrumentos, dependendo da operação urbanística que se pretende realizar e da densidade planificatória a que está sujeita?

Para se conseguir dar uma resposta cabal à questão jurídica enunciada, torna-se necessário examinar o regime jurídico dos atos urbanísticos de controlo prévio das operações urbanísticas, tentando descortinar qual a natureza jurídica desses atos administrativos. Contudo, em primeiro lugar, e como nota introdutória ao regime jurídico dos atos urbanísticos, cumpre-nos ter presente de que forma o direito do urbanismo conforma o direito de propriedade, quer no momento do planeamento, quer no momento da execução dos planos, onde se inserem, naturalmente, os atos de controlo prévio.

Faz-se desde já a ressalva de que o presente estudo não versará sobre a autorização de utilização, pois, embora se tratando de um ato administrativo de controlo prévio das operações urbanísticas, igualmente regulado no RJUE, este não tem implicações com o *ius aedificandi* e, por isso mesmo, não integra o objeto do problema jurídico enunciado.

II – O contexto em redor do problema jurídico

À semelhança dos demais direitos fundamentais, o direito de propriedade privada sofre restrições legais, nos termos permitidos pela Constituição. No entanto, o direito de propriedade privada e de propriedade dos solos caracteriza-se pela sujeição a diversas determinantes urbanísticas, cabendo ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais definir “*as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos (...) e proced[er] às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística*” (art. 65.º, n.º 4 CRP), de forma a “*assegurar uma adequada organização e utilização do território nacional, na perspectiva da sua valorização, designadamente no espaço europeu, tendo como finalidade o desenvolvimento económico, social e cultural integrado, harmonioso e sustentável*” (art. 1.º, n.º 1 LBOTU).

Deste modo, o direito do urbanismo definido como o “*conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização desse bem*”¹ ou, restritivamente, “*à urbe, ou cidade “lato sensu”*”², e preocupado com o desenvolvimento sustentável das gerações³, consagra limitações normativas, a nível dos planos territoriais de ordenamento do território, de âmbito nacional, regional ou local, bem como, a nível das atuações administrativas concretas, de entre as quais se destacam os atos de expropriações por utilidade pública e os atos de controlo prévio das operações urbanísticas.

¹FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp.64-65.

²DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções”, in *RJUA*, n.º1, Junho/1994, p.17. Também neste sentido, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico. Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-situacional*, Coimbra, Almedina, 2002, p.68.

³Art. 66.º n.º 2, al.d) CRP e art. 5.º, al. a) LBOTU.

Título I – O direito de propriedade privada

I – O direito de propriedade privada na Constituição da República Portuguesa

A CRP consagra, de forma ampla e genérica, o direito de propriedade privada no seu art. 62.º. A par deste conceito de propriedade, a CRP prevê diferentes sentidos de propriedade, conferindo, a cada um deles, um regime jurídico específico, conforme as finalidades que visam prosseguir.⁴

De facto, a CRP prevê a propriedade da habitação (art. 65.º, n.º2, alínea c)) e a propriedade dos solos urbanos (art. 65.º, n.º4), determinando que, esta última, seja conformada pelo legislador ordinário, e, ainda, a propriedade intelectual (art. 42.º, n.º2) e a propriedade agrícola (arts. 94.º a 96.º).

Mais importante no panorama constitucional revela-se, sem dúvida, a propriedade dos meios de produção (arts. 80.º, al.b) e 82.º). A propriedade dos meios de produção constitui um dos conceitos-chave da Constituição Económica⁵, apresentando-se como “*um regime especial em confronto com o regime geral*”⁶ de propriedade privada, caracterizado por diversas restrições e condicionamentos.⁷

Dos vários sentidos de propriedade que compõem o texto constitucional, o presente trabalho centra-se no direito de propriedade privada propriamente dito, tal como consagrado no art. 62.º da CRP. É este conceito de propriedade, bem como o regime constitucional que lhe é aplicado, que concretizam e determinam o direito de propriedade dos solos (art. 65.º, n.º4 CRP) e as opções jurídico-urbanísticas tomadas pelo legislador ordinário.

O direito de propriedade privada está inserido na Parte I, Título III da CRP, dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Diz, então, o artigo 62.º da Lei Fundamental que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissibilidade em vida ou por morte, nos termos da Constituição*” (n.º1), dispondo, ainda, que “*a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização*” (n.º2).

Importa, desde logo, delimitar o objeto do conceito constitucional de propriedade e o feixe de faculdades constitucionalmente protegidas pelo já citado art. 62.º.

⁴Cfr., neste sentido, a primeira edição de JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p.626.

⁵Para uma definição completa de Constituição Económica, cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, 5.ª Ed. Rev. e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2004, p.32.

⁶J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. Rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.802.

⁷Veja-se, a propósito, o disposto nos arts 83.º e 84.º CRP.

A CRP adota um conceito amplo de propriedade⁸, em virtude das alterações sentidas nas relações económicas da sociedade contemporânea⁹, conceito esse que se destaca do conceito de propriedade utilizado pelo CC, englobando, para além do direito real de propriedade “*sobre coisas móveis e imóveis, propriedade científica, literária e artística*”¹⁰, a propriedade sobre coisas não corpóreas com valor económico, designadamente, todos os direitos reais menores, os direitos de crédito e as participações sociais.^{11 12} Deste modo, todos os direitos de valor pecuniário suscetíveis de apropriação pelos particulares gozam de força normativa constitucional, nos termos do art. 62.º CRP.¹³

À semelhança de outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, o conjunto de faculdades de exercício abrangido pelo direito de propriedade há de ser determinado pelo legislador constitucional, sendo frequente um direito fundamental inserido no texto constitucional integrar possibilidades de exercício “*com objecto e conteúdo distintos, que são oponíveis a destinatários diferentes (...) e que podem até ter titulares diversos*”¹⁴

No entanto, é possível descortinar determinadas faculdades que, em princípio, integram o direito de propriedade privada e outras que estão, desde logo, excluídas do seu conteúdo.

Sem prejuízo de retomarmos esta questão adiante quando nos referirmos, em específico, ao problema do *ius aedificandi*, seguimos a conceção elaborada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁵, considerando que o direito fundamental de propriedade privada encerra, geralmente, quatro faculdades distintas, sem prejuízo das limitações a que possam estar sujeitas, a saber: “*a liberdade de adquirir bens*”¹⁶; “*a liberdade de transmissão, inter vivos ou mortis causa*”, os bens de que se é proprietário¹⁷; a faculdade “*de não se ser privado da propriedade nem do seu uso*”¹⁸, salvo nos casos de requisição ou expropriação por utilidade pública,

⁸JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed. Versão Atualizada e Ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.1246.

⁹RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, pp.250-252.

¹⁰ANA LUÍSA SANTOS PINTO, *As Restrições ao Direito de Propriedade Não Expressamente Previstas na Constituição*, texto policopiado, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2003/2004, p.22.

¹¹Rejeitando este conceito amplo de propriedade, cfr. MIGUEL NOGUEIRA BRITO, *A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, pp.676-684.

¹²J.J. GOMES CAOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...I*, p.800 e RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª Ed., Estoril, Príncípa Editora, 2007, p.48

¹³Neste mesmo sentido, MARIA LÚCIA C. A. AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 548, que faz corresponder o termo propriedade com património.

¹⁴JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012, p.162

¹⁵GOMES CANOTILHO ET AL., *Constituição...I*, p.802.

¹⁶*Idem*, p.803.

¹⁷*Idem*, pp.804-805.

¹⁸*Idem*, p.805.

mediante o pagamento de justa indemnização; e, ainda que de forma implícita, “*a liberdade de usar e fruir dos bens de que se é proprietário*”.¹⁹

Como já tivemos oportunidade de observar, o direito de propriedade privada integra o elenco do Título III da Parte I, dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, rompendo, assim com a estrutura tradicional das designadas Constituições Liberais, que consagravam o direito de propriedade privada como um direito de liberdade.²⁰

O direito de propriedade privada é um verdadeiro direito fundamental, não só porque se encontra na Parte I respeitante aos direitos fundamentais, mas, mais importante ainda, porque se trata de uma verdadeira posição jurídica subjetiva, tal como definida por VIEIRA DE ANDRADE. Diz o autor que estamos perante um direito fundamental em sentido estrito, ainda que consagrado fora do catálogo de direitos fundamentais da Parte I da CRP ou fora da Constituição Formal, quando, cumulativamente, se trata de uma posição jurídica subjetiva individual atribuída a todos os indivíduos – ou a uma categoria de indivíduos –, que visa “*a protecção e a garantia de determinados bens jurídicos das pessoas*” ou das suas posições na sociedade, e que se funda no valor essencial da dignidade da pessoa humana.²¹

O sistema de direitos fundamentais forma, então, uma unidade normativa constitucional²², que se funda no *metaprincípio*²³ da dignidade da pessoa humana, desde logo enunciado no art. 1.º CRP. E é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana que justifica a inserção do direito de propriedade privada no âmbito dos denominados direitos sociais, que, segundo a sistematização da CRP, se contrapõem aos direitos, liberdades e garantias.²⁴

Na verdade, a sistematização do direito de propriedade privada demonstra que “*o primado da pessoa é o do ser, e não o do ter*” e que “*a liberdade prevalece sobre a propriedade*”.²⁵

Desta forma, a propriedade privada encontra-se subordinada a uma forte dimensão social, cabendo ao Estado promover “*a igualdade real entre os portugueses*” (art.9.º, al.d) CRP), criando condições favoráveis para que cada vez mais pessoas usufruam da propriedade, enquanto meio de realização económica e social (art. 81.º CRP).²⁶

¹⁹*Idem*, p. 804.

²⁰Para uma breve evolução da história constitucional portuguesa e do tratamento constitucional dado ao direito de propriedade, cfr. JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 5.ª Ed., Lisboa, Livraria Petrony, 2004, pp.7-18.

²¹VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.92.

²²Expressão avançada por VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.105.

²³Expressão utilizada por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012,p.219.

²⁴Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991,pp.100-108, para uma análise das concepções que presidiram à divisão operada pela Constituição entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais.

²⁵*Idem*, p.222

²⁶JORGE MIRANDA ET AL., *Constituição...I*, p.1245.

A distinção formal e material operada pela CRP entre direitos, liberdades e garantias e entre direitos económicos, sociais e culturais, ainda que não rigorosa e clara²⁷, por haver convergência entre uns direitos fundamentais e os outros, afigura-se de especial importância, na medida em que se consagra um regime jurídico especial para os direitos, liberdades e garantias, a par do regime comum aplicável a todos os direitos fundamentais.²⁸ Porém, esse regime especial estende-se, igualmente, aos “*direitos fundamentais de natureza análoga*”, de acordo com o art. 17.º CRP.

Ora, a questão que agora se coloca é precisamente a de saber se o direito de propriedade privada é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e, conseqüentemente, se lhe é aplicável o respetivo regime jurídico.

Para o efeito, é necessário determinar, em primeiro lugar, em que consiste a natureza específica dos direitos, liberdades e garantias para que, de seguida, se saiba se o direito de propriedade privada goza, igualmente, dessa natureza.

A Lei Fundamental consagra, no Título II da Parte I, três subcategorias de direitos, liberdades e garantias – pessoais, civis e negativas; de participação política; e dos trabalhadores – pelo que, segundo alguns autores, um direito fundamental terá natureza análoga, para efeitos do art. 17.º da CRP, quando se consiga reconduzir a uma dessas subcategorias.²⁹

Contudo, esta analogia tem de ser completada por um critério material que proceda, igualmente, à delimitação da natureza dos direitos, liberdades e garantias.

Neste sentido, seguimos o critério material avançado por VIEIRA DE ANDRADE designado por *critério de determinabilidade* que, afastando-se da distinção tradicional entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais³⁰, determina que são direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais análogos “*aqueles [direitos] cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais*”³¹, distinguindo-se, assim, dos direitos fundamentais em que o conteúdo principal é determinado pelo legislador ordinário, por imposição constitucional. Assim sendo, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais análogos, o legislador ordinário “*não tem liberdade para optar quanto ao an ou ao quando*”, nem para “*decidir “livremente” sobre a titularidade do direito, sobre os pressupostos do seu exercício ou a extensão do seu*

²⁷GOMES CANOTILHO ET AL., *Os Fundamentos...*, p.107

²⁸O regime comum a todos os direitos fundamentais caracteriza-se pelos princípios da universalidade, igualdade e da proporcionalidade, pelos princípios da confiança jurídica, da eficácia e tutela jurídicas e da responsabilidade civil das entidades públicas. V. JORGE MIRANDA, *Manual...IV*, p.172 e pp.257-406.

²⁹GOMES CANOTILHO ET AL., *Os Fundamentos...*, p.124 e J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., 13.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p.403.

³⁰É comum definir-se os direitos, liberdades e garantias como os direitos que têm a “*função primária de defesa da autonomia pessoais*”, enquanto que os direitos sociais, económicos e culturais pressupõem prestações estaduais positivas que envolvam um custo social. V. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.174.

³¹VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.176.

conteúdo”³², tratando-se de direitos que valem por si só, independentemente de haver ou não uma lei conformadora.³³

O *critério de determinabilidade* é seguido, com algumas variações, pela generalidade da doutrina portuguesa. Assim, JORGE MIRANDA diz ser esse o critério que preside à distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais³⁴. REIS NOVAIS utiliza, a par do *critério de determinabilidade* anteriormente explicado, o *critério da natureza dos condicionamentos* ou *critério da accionabilidade*, concluindo que são direitos fundamentais de liberdade “os direitos fáctica e juridicamente realizáveis, cuja observância depende apenas do Estado” e não de “factores financeiros e materiais que o Estado não controla”.³⁵ Também AFONSO VAZ defende que um direito fundamental tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias quando goza de aplicabilidade direta, nos termos do art. 18.º, n.º 1 CRP, isto é, quando se trata de preceitos com “um conteúdo determinado (definido) ou determinável (definível) de que os cidadãos são os directos destinatários (titulares)”³⁶, pois só assim se cumprem os critérios de *determinabilidade* e de *fundamentalidade*.³⁷ Por último, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO baseia-se, igualmente, no *critério de determinabilidade* quando define os direitos, liberdades e garantias como uma “*espécie de direitos fundamentais positivados em normas constitucionais plenamente vinculativas que asseguram e garantem intencionalmente na esfera jurídica das pessoas um conteúdo efectivo juridicamente determinável de um bem jusfundamental, tendo como destinatário principal os poderes públicos, titulando as posições jurídicas activas onde é mais forte a protecção jurídica de interesses predominantemente individuais*” (sublinhado nosso).³⁸

Pelo exposto, é inequívoco³⁹ que o direito de propriedade privada, consagrado no art. 62.º da CRP, é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, na medida em que as faculdades constitucionalmente protegidas anteriormente enunciadas se concretizam por si só, isto é, pelo simples respeito por parte do Estado e de terceiros, ainda que

³²Idem, p.182.

³³Idem, p.183

³⁴JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, pp.104-105.

³⁵JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.147, e, recentemente, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp.295-296.

³⁶MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei. A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª Ed., Porto, Coimbra Editora, 2013, p.298.

³⁷MANUEL AFONSO VAZ/RAQUEL CARVALHO/CATARINA SANTOS BOTELHO/INÉS FOLHADELA/ANA TERESA RIBEIRO, *Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português*, 1.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012., pp.248-251.

³⁸JORGE DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Coimbra, Coleções Teses, Almedina, 2000, p.219.

³⁹Cfr, entre outros, GOMES CANOTILHO ET AL., *Constituição...I*, p.800; JORGE MIRANDA ET AL., *Constituição...I*, p.1252; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*p.375, AFONSO VAZ ET AL., *Direito Constitucional...*p.251.

por vezes se exija uma intervenção positiva do Estado⁴⁰, como sucede, por exemplo, com o direito de propriedade de habitação, nos termos do disposto no art. 65.º, n.º2 da CRP.

No entanto, o direito fundamental de propriedade privada compreende, igualmente, uma “*dimensão institucional e objectiva*”⁴¹, na medida em que se impõe ao Estado, na sua veste de legislador infraconstitucional, o respeito pelo “*princípio da capacidade patrimonial privada ou da susceptibilidade de, salvo algumas excepções, os particulares serem titulares de direitos patrimoniais*”^{42 43}.

O direito fundamental de propriedade privada está sob a alçada do regime jurídico próprio dos direitos, liberdades e garantias, previsto na CRP, ou seja, goza de aplicabilidade direta e vincula não só as entidades públicas, como as entidades privadas (artigo 18.º, n.º1 CRP).

Por sua vez, só pode sofrer restrições através de leis gerais e abstratas⁴⁴, sem efeitos retroativos e com respeito pelo princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente, bem como pelo conteúdo essencial do direito de propriedade, nos termos do disposto no art. 18.º, n.º2 e 3 CRP.

Apesar de se tratar de uma liberdade “*enfraquecida, diminuída, porque sujeita a um número de restrições bem superior ao que normalmente onera os demais comportamentos que a CRP qualificou como comportamentos livres*”⁴⁵, não se admitem restrições ao direito de propriedade que não sejam expressamente autorizadas e previstas pela Constituição (art. 18.º, n.º 2), em clara oposição com a posição defendida por REIS NOVAIS. Desde logo, o direito de propriedade privada pode ser restringido nos casos de requisição e de expropriação por utilidade pública, mediante o pagamento de uma justa indemnização, nos termos do disposto no art. 62.º, n.º 2 CRP.

Para além destes casos expressamente previstos, a Constituição permite, ainda, a existência de restrições implícitas ao direito de propriedade, ao estipular *limites imanes implícitos*, ou seja, ao proteger o bem jurídico de propriedade que, embora dê cobertura a uma determinada faculdade de exercício, não o faz “*sem condições nem reservas*”⁴⁶. Acreditamos ser esse o sentido a atribuir à expressão utilizada pelo art. 62.º, n.º 1 CRP: o direito de propriedade é garantido “*nos termos da Constituição*”, isto é, “*o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e com as restrições previstas e definidas noutros*

⁴⁰ANA LUÍSA SANTOS PINTO, *As Restrições...*, p.15.

⁴¹JORGE MIRANDA ET AL., *Constituição...I*, p.1244.

⁴²*Idem*, p.1245.

⁴³A dimensão institucional atribuída ao direito de propriedade privada não coincide com o conceito de garantias institucionais em sentido estrito defendido por MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Contributo Para a Compreensão da Figura das Garantias Institucionais*, Coimbra, Almedina, 2007, pp.200-202.

⁴⁴Para uma melhor compreensão sobre a exigência de leis restritivas gerais e abstratas, cfr. AFONSO VAZ, *Lei...*, pp.345-365.

⁴⁵MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, p.543.

⁴⁶VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.275. No mesmo sentido, AFONSO VAZ, *Lei...*, pp.313-315 e 323-327.

lugares da Constituição (e na lei, quando a Constituição possa ela remeter ou quando se trate de revelar limitações constitucionalmente implícitas) por razões ambientais, de ordenamento territorial e urbanístico, económicas, de segurança, de defesa nacional”.⁴⁷ Deste modo, afasta-se a ideia de uma “reserva geral imanente de ponderação e compatibilização dos direitos fundamentais com outros bens”⁴⁸ que, embora não esvaziando por completo a força normativa constitucional atribuída ao direito de propriedade, ignora o “sentido literal expresso”⁴⁹ do art. 18.º, n.º 2 e 3 CRP e os requisitos de constitucionalidade exigidos às leis que impõem restrições aos direitos, liberdades e garantias e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais de natureza análoga.

Por último, o direito de propriedade só pode ser suspenso em caso de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 19.º CRP) e goza de tutela jurisdicional efetiva, nos termos do disposto no art. 20.º da CRP, que se reflete numa proteção processual reforçada, nos termos dos arts 109.º a 111.º CPTA.⁵⁰ O respetivo titular do direito de propriedade tem, ainda, oportunidade de exercer o direito de resistência para evitar uma ofensa grave ao seu direito de propriedade (art. 21.º CRP).⁵¹

Contudo, importa esclarecer que o direito fundamental de propriedade privada só reveste natureza análoga no que respeita à sua “relação com o poder estadual”.⁵² Na verdade, nem todas as faculdades constitucionalmente protegidas pelo art. 62.º CRP são faculdades que se reconduzem à natureza dos direitos, liberdades e garantias, ou seja, nem todas as possibilidades de exercício conferidas aos titulares do direito de propriedade são suficientemente determinadas ou determináveis a nível constitucional, capazes de se imporem por si só, ao Estado e aos cidadãos. A essas faculdades não se aplica, naturalmente, o regime especial explicitado.

Desta forma, coloca-se o problema de saber quais são, afinal, as faculdades constitucionalmente protegidas pelo direito de propriedade que assumem a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Este problema é amplamente tratado por MIGUEL NOGUEIRA BRITO, expondo as diferentes teses defendidas, exposição para a qual agora remetemos.⁵³

⁴⁷GOMES CANOTILHO ET AL., *Constituição...I*, p.801.

⁴⁸REIS NOVAIS, *As Restrições...*, pp.575-576.

⁴⁹REIS NOVAIS, *As Restrições...*, p.582.

⁵⁰MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª Ed. Rev., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 720-721.

⁵¹ Neste contexto, discute-se se a reserva relativa de competência legislativa da AR prevista no art. 165.º, n.º 1, al. b) CRP, também se aplica aos direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Em sentido afirmativo, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.188, REIS NOVAIS, *As Restrições...*, p.146, AFONSO VAZ ET AL., *Direito Constitucional...*, p.252. Em sentido contrário, JORGE MIRANDA, *Manual...IV*, pp.180-183. Este problema não se coloca quanto à expropriação por utilidade pública por força do art. 165.º, n.º 1, al. l) CRP.

⁵²VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, p.187.

⁵³MIGUEL NOGUEIRA BRITO, *A Justificação...*, pp.658-664.

Consideramos, no entanto, não ser possível formular um juízo favorável em relação a nenhuma delas. Na verdade, a determinação das faculdades que se reconduzem à categoria de direito fundamental de natureza análoga revela-se uma tarefa difícil, cabendo aos agentes de Direito fazer uma análise da situação concreta, tendo em atenção a ordem constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana que sustenta o sistema unitário dos direitos fundamentais. Pelo que, apenas é possível determinar, de forma abstrata e *a priori*, algumas das faculdades de exercício que se excluem em definitivo do âmbito do direito fundamental de propriedade privada de natureza análoga.

Assim, independentemente de se considerar o *ius aedificandi* uma faculdade constitucionalmente protegida ou uma atribuição jurídico-pública – questão que adiante se abordará – sempre se dirá, seguindo de perto a jurisprudência do TC, que apenas a dimensão essencial do direito de propriedade privada tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, não se incluindo “*nessa dimensão essencial os direitos de urbanizar, lotear e edificar, pois ainda quando estes direitos assumam a natureza de faculdades inerentes ao direito de propriedade do solo, não se trata de faculdades que façam sempre parte da essência do direito de propriedade, tal como ele é garantido pela Constituição: é que essas faculdades, salvo, porventura quando esteja em causa a salvaguarda do direito a habitação própria, já não são essenciais à realização do Homem como pessoa*”.⁵⁴

II – *Ius aedificandi* como componente essencial do direito de propriedade ou como atribuição jurídico-pública?

Pelo que ficou dito anteriormente, conclui-se que a Constituição consagra um verdadeiro direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias de propriedade, não se limitando a garantir o direito à propriedade dos bens e o direito à sua livre transmissibilidade.⁵⁵

Ao proteger tanto um direito à propriedade, como um direito de propriedade⁵⁶, a doutrina portuguesa tem feito várias tentativas no sentido de determinar quais as faculdades que integram o respetivo conteúdo constitucionalmente protegido. Uma vez que o direito tem sofrido fortes limitações pelas normas urbanísticas e de ordenamento do território em vigor e o seu exercício está inegavelmente condicionado a uma atuação administrativa, coloca-se a questão de saber se o *ius aedificandi* integra essas faculdades, ou se, pelo contrário, se trata de uma faculdade conferida pelo poder público, segundo as normas urbanísticas. Em consequência,

⁵⁴Cfr. Ac. TC n.º 329/99, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

⁵⁵Em sentido contrário, ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982, pp.192-193.

⁵⁶RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, p.266.

a resposta afirmativa dada à segunda posição acarreta um outro problema: saber se essa faculdade jurídico-pública advém da lei e dos instrumentos de planeamento do território, especificamente previstos no art. 65.º, n.º 4 CRP, e/ou se advém dos atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas, que assim assumem a natureza de atos constitutivos.⁵⁷

O *ius aedificandi* pode ser definido como “a faculdade de construir [e] a de levar a cabo os atos jurídicos e as operações que possam ser necessárias à construção”⁵⁸, incluindo-se, aqui, o direito de construir, de urbanizar, de edificar e de lotear.

Deste modo, o problema de saber se o *ius aedificandi* constitui ou não faculdade constitucionalmente protegida pelo direito de propriedade, coloca-se inevitavelmente quando tidas em conta as normas de direito do urbanismo e de ordenamento de território, que impedem o proprietário de decidir em relação à tipologia, ao volume e à própria possibilidade de realizar a edificação⁵⁹, estando sujeito à “discricionariedade administrativa”⁶⁰.

Este problema é igualmente inevitável se atendermos às características específicas do direito de propriedade dos solos, isto é, à sua escassez e irreprodutibilidade, tratando-se de “um instrumento indispensável à satisfação de necessidades básicas do homem”.⁶¹

Os argumentos utilizados para sustentar uma e outra tese já foram devidamente explanados e analisados por vários autores, para os quais agora remetemos.⁶²

Assim, a tese que propugna pela inserção do *ius aedificandi* no conteúdo constitucionalmente protegido é comumente designada de tese privatista⁶³, porquanto se socorre das normas do CC para justificar a inserção do *ius aedificandi* nas faculdades do direito de propriedade, designadamente do art. 1305.º CC, que prevê um feixe de poderes que cabe ao titular de um bem. Dentro do poder de disposição aí previsto inclui-se, tradicionalmente, o poder material de transformação que, segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, “engloba abstractamente o poder de construir”⁶⁴, pelo que “o direito de construir é um atributo natural da propriedade imóvel”, ainda que “genericamente sujeito a limitações.”⁶⁵ Também MIGUEL NOGUEIRA BRITO

⁵⁷MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas Nucleares*, Coimbra, Almedina, 2012, pp.136-137.

⁵⁸RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, pp.72-73.

⁵⁹CLAUDIO MONTEIRO, *A Discricionariedade Administrativa nos Actos de Licenciamento Urbanístico*, Relatório de Mestrado de Direito Administrativo, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1992, pp.26-28.

⁶⁰JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Urbanismo e o Direito de Propriedade” in *Direito do Urbanismo (Comunicações apresentadas no curso realizado no Instituto Nacional da Administração)*, Diogo Freitas de Amaral (coord.), 1989, p.322.

⁶¹FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, p.816.

⁶²V., por todos, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.832-856 e CLAUDIO MONTEIRO, *O Domínio...*, pp.127-166 e 185-188.

⁶³JORGE REIS NOVAIS, “Ainda Sobre o Jus Aedificandi (...Mas Agora Como Problema de Direitos Fundamentais)” in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.493.

⁶⁴OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Urbanismo...*, p.320.

⁶⁵*Idem*, p.322.

diz que “a posição jurídica de um proprietário é determinada pelas normas do direito civil”, nomeadamente as normas constantes dos arts 1305.º, 1339.º e 1344.º, n.º1 CC, e pelas normas de direito público, concluindo que “a liberdade de construir é incluída no âmbito de protecção da garantia constitucional da propriedade”.⁶⁶ Posição que é igualmente partilhada por JOÃO CAUPERS, que considera o *ius aedificandi* “uma faculdade incluída no direito de propriedade (cfr. artigo 1344.º, n.º 1 do Código Civil), mas condicionada e modulada por uma intervenção administrativa favorável, que a harmonize com as exigências da função social da propriedade do solo”.⁶⁷

Ainda no âmbito da tese privatista, FREITAS DO AMARAL considera que o *ius aedificandi* constitui uma faculdade privada pertencente ao particular proprietário, em virtude do disposto nos arts 1524.º e ss. CC, acerca do direito de superfície.⁶⁸ Na apreciação feita à obra de FERNANDO ALVES CORREIA, diz aquele autor o seguinte: “se o proprietário do solo pode ceder [nos termos do Código Civil] a outrem o direito de construir sobre o próprio terreno, é porque, como proprietário, dispõe desse direito”⁶⁹, acrescentando que, o facto de o proprietário não decidir quando e como pode construir, apenas significa “que o “*jus aedificandi*” inerente ao direito de propriedade só pode ser exercido se e nos termos em que isso for permitido por autorização ou licença administrativa”.⁷⁰

Por sua vez, há ainda quem defenda que o problema não tem uma resposta universal, sendo antes preciso ter em atenção as circunstâncias do caso concreto.⁷¹

Afastando esta visão civilista, mas acabando por chegar à mesma conclusão, dizendo que se trata de um problema relacionado com a teoria constitucional dos direitos fundamentais, REIS NOVAIS defende que não se pode rejeitar a natureza jusfundamental do *ius aedificandi*, por força da “associação natural e histórica à propriedade privada do solo e, conseqüentemente, ao direito de propriedade privada”⁷², fazendo corresponder a tese publicista à teoria interna dos limites aos direitos fundamentais.^{73 74} Nessa linha de pensamento, RUI MEDEIROS diz que o proprietário tem “um interesse legítimo em poder construir”⁷⁵ constitucionalmente protegido

⁶⁶MIGUEL NOGUEIRA BRITO, *A Justificação...*, p.740.

⁶⁷JOÃO CAUPERS, “Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade” in *RJUA*, n.º 3, Junho 1995, p. 109. Ao longo do texto volta a mencionar a sua posição na p. 112.

⁶⁸DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia “O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXII, 1991, pp. 91-105.

⁶⁹*Idem*, p.99.

⁷⁰*Idem*, p.100.

⁷¹RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p.74, que justifica a sua posição na impossibilidade de se construir um conceito único e estático de direito de propriedade.

⁷²REIS NOVAIS, *Ainda sobre...*, p.496.

⁷³*Idem*, p.502.

⁷⁴Apesar de defender que se trata de um problema primeiramente constitucional, REIS NOVAIS acaba por recorrer à tradicional fórmula dos poderes reconhecidos aos proprietários denominados *ius utendi, fruendi e abutendi* em *Ainda sobre...*, p.497. Também neste sentido, CLAUDIO MONTEIRO, *O Domínio...*, p.185.

⁷⁵RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, p.268.

pelo direito de propriedade privada⁷⁶, podendo dar lugar à responsabilidade do Estado por atos legislativos lícitos quando estes abalem significativamente o conteúdo constitucionalmente protegido do direito de propriedade.⁷⁷

Por conseguinte, a denominada tese publicista defende genericamente que o *ius aedificandi* corresponde a uma atribuição jurídico-pública atribuída pela autoridade pública, segundo as regras e pressupostos de Direito Público.⁷⁸

A doutrina portuguesa dominante, encabeçada por FERNANDO ALVES CORREIA⁷⁹, defende que o *ius aedificandi* “é um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário, nos termos e nas condições definidos pelas normas jurídico-urbanísticas, em particular pelos planos dotados de eficácia plurisubjectiva”.^{80 81} Este pensamento é igualmente perfilhado por CLAUDIO MONTEIRO, que apela ao denominado princípio de reserva do plano, ínsito no artigo 65.º, n.º4 CRP, para justificar a sua posição⁸² e por MARIA GLÓRIA GARCIA, para quem a consagração de novos valores constitucionais, a par do direito de propriedade dos solos, impõem uma redefinição do direito de propriedade, conferindo, inevitavelmente, natureza pública do *ius aedificandi*, resultante dos planos urbanísticos.⁸³ Neste mesmo sentido, ANTÓNIO CORDEIRO adere à tese de FERNANDO ALVES CORREIA, na medida em que, ao prever-se a “*planificação integral do território*” português de forma obrigatória, “*todas as propriedades privadas passam (...) a estar sujeitas às prescrições dos planos, inquestionavelmente funcionalizantes da propriedade imóvel*”⁸⁴, surgindo “*uma multiplicidade de diversos regimes, tantos quantos forem determinados pela variedade dos planos existentes*”.⁸⁵ A ideia de que a capacidade edificatória da propriedade está limitada pelas normas de direito público, já não se incluindo no domínio constitucional do direito de propriedade, sai reforçada quando se tem em atenção as normas jurídico-urbanísticas que consagram “*uma obrigatoriedade de construir*”⁸⁶, como acontece, por exemplo, no âmbito da reabilitação urbana.

Por sua vez, uma variante da tese publicista considera que a natureza pública do *ius aedificandi* é conferida não só pelos planos urbanísticos, mas também pelos atos administrativos de controlo das operações urbanísticas. É o caso de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, que, em

⁷⁶Idem, p.267.

⁷⁷Idem, p.328.

⁷⁸REIS NOVAIS, *Ainda Sobre...*, p.493.

⁷⁹O presente problema foi tratado pelo autor, pela primeira vez, em *O Plano Urbanístico e o Princípio de Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, e, posteriormente, em “Regime Urbanístico da Propriedade dos Solos”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. Por estar mais actualizado, preferimos seguir FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.830 ss.

⁸⁰FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, p.847.

⁸¹Para uma definição de planos plurisubjetivos, cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.384-391.

⁸²CLAUDIO MONTEIRO, *O Domínio...*, p.219.

⁸³MARIA DA GLÓRIA GARCIA, “O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana”, in *RJUA*, n.º 13, pp.104-105.

⁸⁴ANTÓNIO CORDEIRO, *A Protecção de Terceiros em Face de Decisões Urbanísticas*, Coimbra, Almedina, 1995, p.27.

⁸⁵Idem, p.30.

⁸⁶Idem, p.36.

anotação ao Ac. STA (1.^a Secção), de 1.02.2001, diz ser inaceitável o “*reconhecimento às disposições dos planos de uma exclusiva capacidade definidora e atribuidora do direito de edificar*”⁸⁷, uma vez que as autarquias locais têm a possibilidade de indeferir os pedidos de licenciamento, mesmo que as disposições dos planos apontem para uma zona de edificação, sem que isso represente um direito de indemnização para proprietários.

Por último, cumpre fazer uma breve referência à jurisprudência portuguesa sobre o assunto. O TC tem optado por não se comprometer com uma solução definitiva. Nos Acs. n.ºs 329/99, 517/99 e 602/99 – estes dois últimos remetem para a jurisprudência firmada no primeiro ac. enunciado – o TC diz apenas que, quer se entenda que o direito de edificar se inclui no feixe de faculdades constitucionalmente protegidas pelo direito de propriedade privada, em especial do direito de propriedade dos solos, quer se entenda que esse direito é uma atribuição jurídico-pública, é forçoso concluir que os “*direitos de urbanizar, lotear e edificar*” nem sempre fazem parte “*da essência do direito de propriedade, tal como é garantido pela Constituição*”, isto é, ao direito de edificar não é possível atribuir natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

A inexistência de uma posição definitiva por parte do TC não se afigura vantajosa, na medida em que, soluções semelhantes têm decisões distintas, ainda que firmadas na mesma jurisprudência – veja-se os casos tratados nos referidos acórdãos mencionados – fazendo com que os autores “se agarrem” às mesmas decisões do TC, ora para fundamentar a tese privatista, ora para fundamentar a tese publicista.

Pelo contrário, o STA tem sido unânime em considerar que o direito de construir não integra o conteúdo constitucional do direito de propriedade privada, dizendo para o efeito que “*o poder de gozo sobre o bem objecto do direito (...) não inclui o direito de construir – visto que este, estando sujeito a limitações e condicionantes decorrentes do planeamento e do ordenamento do território e destas poderem impossibilitar a construção, depende de autorização administrativa – nem, tão pouco, quando ele é reconhecido, a construir aquilo que se quer, onde se quer e como se quer mas, apenas e tão só, a construir aquilo que as autoridades administrativas consentirem dentro das limitações e restrições assinaladas na legislação atinente.*”⁸⁸

1. Posição adotada

Chegados a este ponto, cumpre-nos tomar uma posição acerca do problema amplamente discutido pela doutrina portuguesa e que tem vindo a ser aqui abordado.

⁸⁷FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “O Direito de Edificar: Dado ou Simplesmente Admitido pelo Plano?, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.^a Secção) de 1.2.2001”, P. 46 825, *in CJA*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, p.53

⁸⁸Cfr. Ac. STA processo n.º 0633/08, de 8.01.2009. No mesmo sentido, Ac. STA processo n.º 041653, de 18.06.1998 e Ac. STA processo n.º 035723, de 16.11.1999, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Creemos, antes de mais, que este problema, ainda que comum a todos os direitos fundamentais⁸⁹, se revela com particular incidência no direito de propriedade, pois trata-se de um direito complexo, porquanto a CRP consagra vários sentidos de propriedade, fazendo corresponder, a cada um deles, um estatuto jurídico diferente. O conflito é ainda maior quando se tem em atenção as normas de direito privado e as normas de direito do urbanismo e de ordenamento do território que regulam o direito de propriedade dos solos.

Em primeiro lugar, consideramos que o feixe de faculdades constitucionalmente protegidas pelo direito de propriedade privada é dado pelo sistema constitucional, segundo uma interpretação dos valores e princípios da Constituição material, tratando-se, portanto, de um problema constitucional.⁹⁰ Neste sentido, dissemos já que seguimos de perto a conceção apresentada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA.

Deste modo, e para o que aqui nos interessa, consideramos que o direito de usar ou fruir dos bens imóveis, comumente designado pela faculdade de utilização em termos urbanísticos, goza geralmente de proteção constitucional, ainda que o seu exercício se encontre condicionado pela exigência de um ato administrativo prévio.

Porém, em relação ao direito de construir ou de edificar propriamente dito somos forçados a concluir pela sua não integração nas faculdades que compõem o conteúdo constitucional do direito de propriedade.

A CRP consagra o direito de propriedade de forma genérica logo no art. 62.º, n.º1, remetendo a sua conformação, no que respeita ao direito de propriedade dos solos, para as regras (infraconstitucionais) de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos (art. 65.º, n.º 4 CRP). Regras essas que se destinam “*a disciplinar as questões tradicionais do jus aedificandi (o direito de construir)*”.⁹¹ Apesar do art. 65.º, n.º 4 CRP se referir expressamente aos instrumentos de planeamento, não podemos concordar com os autores que daí extraem um princípio de reserva de plano, que significa a atribuição do *ius aedificandi* unicamente pelos planos urbanísticos plurisubjetivos.

Desde logo, este entendimento vai contra o sentido literal do referido art. 65.º, n.º 4, que se refere exemplificativamente àqueles instrumentos, não lhes reservando exclusivamente a tarefa de conformar o direito de propriedade dos solos e, em consequência, conferir ao particular o direito de construir.

Por sua vez, as normas de direito do urbanismo que regulam os atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas apontam para uma solução diferente daquela que é defendida pela maioria dos autores. Deste modo, para se dar uma resposta cabal à questão de saber se o *ius aedificandi*, enquanto atribuição jurídico-pública conferida ao particular segundo

⁸⁹ REIS NOVAIS, *Ainda sobre...*, p.500.

⁹⁰ *Idem*, pp.495-496.

⁹¹ GOMES CANOTILHO ET AL., *Constituição...I*, p.838.

as normas de direito público, advém única e exclusivamente dos planos de ordenamento do território, ou se, pelo contrário, pode ser igualmente conferida pelos atos de controlo prévio previstos no RJUE, designadamente pela licença urbanística, torna-se necessário analisar de que forma o direito do urbanismo conforma o direito de propriedade e, em especial, a licença urbanística, tentando descortinar qual a sua verdadeira natureza jurídica.

Contudo, a partir do momento em que o *ius aedificandi* é conferido ao particular e integra a sua esfera jurídica, as suas expectativas quanto à possibilidade de construir são legítimas e, por isso mesmo, devem ser indemnizadas quando essa faculdade lhe é retirada (art. 22.º CRP), condicionando, desta forma, atuação da Administração.⁹²

Por último, cumpre-nos apenas assinalar que rejeitamos as posições que dizem não ser possível dar uma resposta universal à questão em apreço, fazendo-a depender do caso concreto.⁹³ De facto, se, por vezes, se afigura difícil fixar, em termos rigorosos, o núcleo essencial do direito de propriedade fazendo-lhe corresponder determinadas faculdades pré-estabelecidas, a verdade é que se pode ir fazendo essa delimitação negativamente, excluindo à partida algumas dessas faculdades. E, analisadas as fortes limitações que atualmente se impõem ao direito de construir ou de edificar, seja através de outros valores constitucionais que também carecem de proteção, seja através das normas de urbanismo e de ordenamento do território, é imperioso concluir que aquele direito não integra o feixe de poderes constitucionalmente previstos no direito de propriedade.

⁹²Nos casos em que o *ius aedificandi* é atribuído ao particular através de planos, a Administração deixa de dispor livremente quanto ao momento da planificação (art. 143.º RJIGT). Cfr. SOFIA SERQUEIRA GALVÃO, “Jus Aedificandi, Natureza Versus Protecção Constitucional – Equívocos Reiterados”, in *CJA*, n.º 44, Março/Abril 2004, p.15.

⁹³RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p.74.

Título II – Direito do urbanismo como conformação do direito de propriedade dos solos

I – No momento do planeamento

O direito do urbanismo assume-se, indiscutivelmente, como o principal mecanismo de conformação do direito de propriedade dos solos, isto é, cabe ao legislador urbanístico e à denominada organização administrativa do urbanismo⁹⁴, “disciplinar as questões urbanísticas tradicionais do *jus aedificandi* (o direito de construir) e do *jus utendi* (o direito de usar dos solos urbanos), mas também da mudança do destino do uso dos solos (residenciais, industriais, desportivos, religiosos, comerciais).”⁹⁵ Nessa medida, no âmbito da atividade urbanística impõe-se, por um lado, restrições ao direito de propriedade dos particulares, nos termos do disposto no art. 18.º, n.ºs 2 e 3 CRP, e, por outro, regulam-se as faculdades de exercício constitucionalmente protegidas pelo art. 62.º CRP, já anteriormente referidas.⁹⁶

O direito do urbanismo e a conseqüente conformação do direito de propriedade faz-se, maioritariamente, através da planificação urbanística. Na verdade, os instrumentos de planeamento urbanístico, definidos como os “instrumento[s] de programação e de coordenação de decisões administrativas individuais com incidência na ocupação dos solos”⁹⁷ assumem um papel de destaque na emissão de normas respeitantes à ocupação, uso e transformação dos solos (art. 65.º, n.º 4 CRP), pelo que, praticamente todo o território nacional se encontra abrangido por planos urbanísticos⁹⁸. COLAÇO ANTUNES utiliza mesmo a expressão *urbanoplanocracia* para caracterizar o direito do urbanismo português⁹⁹, afirmando que a planificação urbanística tornou-se na “fonte de direito de primeiríssimo relevo no que toca à definição do conteúdo do direito de propriedade e não apenas dos seus limites.”¹⁰⁰ No entanto, como afirma FREITAS DO AMARAL, o direito de propriedade afigura-se “como limite à liberdade de conformação do plano urbanístico”.¹⁰¹

Partilhando da posição de FERNANDO ALVES CORREIA de que os planos urbanísticos, e em especial os planos com eficácia plurisubjetiva, têm natureza normativa^{102 103}, a estes cabe a definição do regime jurídico do uso dos solos, que se repercute necessariamente no direito de

⁹⁴ Expressão avançada por FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, p.215.

⁹⁵ GOMES CANOTILHO ET AL., *Constituição...I*, p.838.

⁹⁶ AFONSO VAZ, *Lei...*, p.309.

⁹⁷ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, p.355.

⁹⁸ FERNANDO ALVES CORREIA, “Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal” in *Revista CEDOUA*, Ano I, n.º 2, pp.10-11.

⁹⁹ COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico...*, p.64.

¹⁰⁰ *Idem*, p.70

¹⁰¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito do Urbanismo (Sumários)*, Lisboa, 1993, p.109.

¹⁰² FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.639-643.

¹⁰³ Sobre esta matéria, v., por todos, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.602-643.

propriedade.¹⁰⁴ Na verdade, são os planos municipais de ordenamento do território que procedem à “*classificação e qualificação dos solos e (...) [à] identificação dos perímetros urbanos e a delimitação das várias categorias de solos em função do seu uso dominante*”^{105 106}, e que, por isso mesmo, impõem verdadeiras restrições ao direito de propriedade, como as designadas *expropriações do plano*” ou *expropriações de sacrifício*^{107 108}, e regulam o exercício daquelas faculdades constitucionalmente protegidas, sujeitando-as, por exemplo, a atos administrativos de controlo prévio como condição de exercício pelos particulares.

Acresce ainda que, as disposições dos planos territoriais têm de respeitar as “*normas legais que estabelecem um regime particular para certos tipos de solos*”¹⁰⁹, recebendo-as e consagrando-as no seu próprio corpo regulamentar¹¹⁰, como acontece, por exemplo, a RAN e a REN, que afetam determinadas áreas a restrições de utilidade pública e a um regime territorial especial, condicionando as operações urbanísticas que podem ser realizadas nessas áreas, por razões agrícolas ou ecológicas, respetivamente (art. 2.º RJRAN e art. 2.º RJREN). Estes regimes limitativos proibem a edificação (arts 20.º, n.º1 e 21.º RJRAN) ou sujeitam-na àqueles princípios especialmente protegidos (art. 20.º, n.º1 e 2 RJREN), sendo obrigatoriamente recebidos pelos vários planos municipais (art. 11.º RJRAN, art. 9.º, n.º1 RJREN e art. 73.º, n.º 2, al. a) e n.º4, al. c) RJIGT), conformando, deste modo, o direito de propriedade dos particulares, impedindo-os de realizarem determinadas operações urbanísticas ou de fruírem do solo como até aí tinham vindo a fruir.

Por último, atendendo à crescente importância da reabilitação urbana e à substituição de um *urbanismo de expansão* por um *urbanismo de reabilitação*¹¹¹, a atividade de reabilitação urbana revela-se, igualmente, um importante instrumento de conformação do direito de propriedade.

A reabilitação urbana – ou renovação urbana¹¹² - traduz-se na “*requalificação ou revitalização de áreas inseridas no interior das cidades, dotando-as das necessárias infraestruturas e outras condições que permitam uma sua ocupação sustentável, a melhoria do*

¹⁰⁴ *Idem*, pp.366-368.

¹⁰⁵ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo - De um Urbanismo de Expansão e de Segregação a um Urbanismo de Contenção, de Reabilitação Urbana e de Coesão Social*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp.28-29.

¹⁰⁶ E ainda, de entre os planos municipais de ordenamento do território, é no plano de pormenor que esta função é mais intensa. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas...*, p.31 e FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, p.368.

¹⁰⁷ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.764 ss. e FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, p.132.

¹⁰⁸ Trata-se de disposições dos planos territoriais que “*produzem danos especiais (singulares) e graves (anormais) no direito de propriedade do solo e, que, por isso, devem ser consideradas como tendo carácter expropriativo*” FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, p.764.

¹⁰⁹ *Idem*, p.261.

¹¹⁰ Para maior desenvolvimento desta matéria, vide FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.263-343.

¹¹¹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas...*, p.81.

¹¹² FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...I*, pp.41-47, para quem a expressão “*renovação urbana*” se revela mais ampla e adequada.

*respetivo ambiente urbano em geral e, ainda, de atratividade, centralidade e multifuncionalidade das mesmas*¹¹³, introduzindo restrições e limitações ao exercício do direito de propriedade dos particulares, tanto no momento da planificação urbanística, como no momento da execução dos planos.

Na verdade, o RJIGT prevê a elaboração de planos de pormenor de reabilitação urbana (art. 91.º-A, n.º2, al. b)), devendo ser complementado com o disposto nos arts. 2.º, al. h) e 16.º RJRU, que alude a um instrumento próprio de planificação no âmbito da reabilitação urbana.

As operações de reabilitação urbana, pelas quais os proprietários são os principais responsáveis (art. 4.º, al. a) e art. 6.º, n.º1 RJRU), conformam o direito de propriedade, agora já no designado momento de execução do planeamento, beneficiando de um regime próprio de controlo prévio das operações urbanísticas (arts 44.º a 53.º-G RJRU), podendo ainda conduzir à imposição de uma obrigação de reabilitação (art. 55.º RJRU), bem como, à expropriação (arts 61.º e 64.º RJRU) e à venda forçada (arts 62.º e 63.º RJRU)¹¹⁴, quer pela necessidade de realizar a operação de reabilitação urbana, quer pelo incumprimento da obrigação de reabilitação.

II – No momento da execução dos planos

A gestão urbanística abarca “*todas as actividades relacionadas com a ocupação, uso e transformação do solo, quer sejam realizadas directamente pela Administração, quer pelos particulares, sob a direcção, promoção, coordenação ou controlo daquela*”, mesmo que não correspondam à execução de determinado plano urbanístico.¹¹⁵

A gestão urbanística confunde-se com a execução dos planos, uma vez que o direito do urbanismo português é essencialmente um direito de planificação, não havendo “*gestão urbanística sem planos*”¹¹⁶, gozando, no entanto, dum carácter “*criador e integrador*”¹¹⁷, quer seja no âmbito de compensação, de cooperação ou mesmo de imposição administrativa.

Nesta medida, a gestão urbanística completa a conformação do direito de propriedade dos particulares, já iniciada pelos planos urbanísticos anteriormente explicitada.

Assim sendo, é no âmbito daquela atividade, que a Administração, de forma exclusiva e por sua iniciativa, ainda que expressamente autorizada por lei, procede, através de ato administrativo, à expropriação por utilidade pública ou expropriação acessória ao plano¹¹⁸, tal como regulada no CE. A expropriação por utilidade pública trata-se da restrição mais

¹¹³FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas...*, p.81.

¹¹⁴Sobre a (in)constitucionalidade da venda forçada, cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Regime Jurídico da Reabilitação Urbana e a Garantia do Direito de Propriedade”, in *RJUA*, n.º 31/34, 2009/2010, pp.138-143 e Ac. TC n.º 421/2009.

¹¹⁵FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...II*, p.21.

¹¹⁶*Idem*, p.57.

¹¹⁷FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas...*, p.58.

¹¹⁸FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...II*, p.131.

significativa do direito de propriedade privada, privando o seu titular do bem sobre a qual incide, pelo que lhe é atribuído um carácter subsidiário e de última *ratio* (art. 11.º CE). A par da expropriação por utilidade pública, a Administração dispõe, ainda, da faculdade de “*utilização de bens alheios por motivos de utilidade pública (requisição)*” e de “*introduzir especiais limitações ao uso de respectivos bens por parte dos administrados em função de um interesse público prevalecente (servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública)*”.¹¹⁹

A Administração pode, ainda, proceder ao reparcelamento do solo urbano, com vista à transformação de “*superfícies ainda não construídas em zonas aptas para edificação*” ou à preparação de uma “*área construída para uma mudança de utilização determinada no plano* (art. 131.º, n.º1 RJGT).

Por fim, a designada gestão urbanística tradicional corresponde aos atos de controlo prévio e aos atos de fiscalização das operações urbanísticas, genericamente regulados no RJUE. Trata-se de uma execução dispersa e casuística¹²⁰ que depende da iniciativa dos particulares, mas que, uma vez levada a cabo pela Administração, através do licenciamento, da comunicação prévia e da autorização de utilização, exerce também uma função conformadora do direito de propriedade.

Ora, é exatamente essa função conformadora que será objeto de desenvolvimento no capítulo subsequente. Na verdade, coloca-se a questão de saber em que medida a licença e a comunicação prévia, enquanto instrumentos de gestão urbanística e de controlo das operações urbanísticas de iniciativa particular, conformam o direito de propriedade privada constitucionalmente consagrado, conferindo, aos titulares daquele direito, a faculdade de construir segundo o preenchimento de determinados requisitos e/ou de determinadas condições.

¹¹⁹JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.ª Ed, Coimbra, Almedina, 2013, p.322.

¹²⁰FERNANDA OLIVEIRA PAULA, *Novas...*, p.59.

Título III – Atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas

I – Regime Jurídico de Edificação e Urbanização: licença e comunicação prévia

O regime jurídico dos atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas encontra-se regulado no RJUE, bem como nos diversos regulamentos municipais que o concretizam e que àquele estão subordinados.

O RJUE foi aprovado pelo DL n.º 555/99, de 16 de Dezembro, tendo como função primordial a simplificação legislativa e procedimental, condensando num único diploma legislativo o regime jurídico do controlo prévio das operações urbanísticas, numa clara intenção de alcançar a futura “*codificação integral do direito do urbanismo*”.¹²¹ A unificação do regime jurídico dos atos de controlo prévio das operações urbanísticas revelou-se extremamente vantajosa, permitindo o alcance de soluções coerentes e uniformes para situações semelhantes.¹²²

As sucessivas alterações introduzidas no RJUE^{123 124}, traduziram-se na efetivação do princípio de simplificação procedimental e no reforço do controlo sucessivo das operações urbanísticas, em detrimento do controlo prévio. Para o efeito, criou-se o procedimento da comunicação prévia, que conduziu à “*quase extinção do procedimento de autorização – que ficou limitado à utilização dos edifícios ou suas fracções autónomas, bem como às alterações de utilização dos mesmos (n.º 4 do artigo 4.º em conjugação com o artigo 62.º) – e a sua substituição, praticamente na íntegra pelo procedimento de comunicação prévia*”¹²⁵, sujeitando-se cada vez mais operações urbanísticas àquele procedimento, quando comparado com o procedimento de licenciamento, consagrando-se como o procedimento supletivo (art. 4.º, n.º 4, al.h)).

O RJUE tem, então, por objeto o regime jurídico de todas as operações urbanísticas, tal como definidas no art. 2.º, al. j), englobando “*todos os usos artificiais do solo sujeitos a controlo prévio do município*”¹²⁶, estipulando as regras de controlo prévio e sucessivo que incidem sobre aquelas, bem como as regras respeitantes à conservação dos edifícios (arts.89.º a

¹²¹Cfr. Preâmbulo do DL n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

¹²²FERNANDA OLIVEIRA PAULA/MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES/FERNANDA MAÇÃS – *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3.ª Ed. Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2012, p.39.

¹²³ O RJUE foi alterado pelos seguintes diplomas: DL n.º 177/2001, de 4 de Junho, L. n.º 60/2007, de 4 de Setembro e DL. n.º 26/2010, de 30 de Março.

¹²⁴Para uma síntese das inovações introduzidas pelo RJUE, v. FERNANDO ALVES CORREIA, “Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal, em 2001, 2002 e 2003”, in *Revista CEDOUA*, n.º 12, Ano VI (2.2003), pp.10-11.

¹²⁵FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, p.100.

¹²⁶*Idem*, p.35.

92.º). A par do regime geral disposto no RJUE, existem ainda regimes especiais de atos de controlo prévio, como sucede no âmbito da reabilitação urbana (arts. 45.º a 53-G do RJRU).¹²⁷

Assim, cumpre-nos delimitar o âmbito de aplicação dos procedimentos de licenciamento e de comunicação prévia, bem como, as diferenças que se colocam em relação ao regime jurídico previsto para cada um dos procedimentos.

O âmbito de aplicação das operações urbanísticas sujeitas à licença e à comunicação prévia (art.4.º, n.ºs 2 e 4, respetivamente) assenta no critério-base já anteriormente utilizado pela versão originária do RJUE: em regra, a comunicação prévia aplica-se às “*operações urbanísticas que ocorr[em] em áreas para as quais os parâmetros aplicáveis se encontram previamente definidos com algum grau de precisão, quer em instrumento de gestão territorial (plano de pormenor com determinadas características); quer em ato administrativo (que tenha aprovado uma operação de loteamento ou uma informação prévia muito precisa) quer na situação fáctica existente (zona urbana consolidada)*”.^{128 129}

Por conseguinte, o procedimento de licença e o procedimento de comunicação prévia apresentam diferenças, quer a nível procedimental, quer a nível substantivo. Assim, desde logo, a competência para a emissão da licença cabe à Câmara Municipal (art. 5.º, n.º 1), enquanto que a admissão ou rejeição da comunicação prévia cabe ao Presidente da Câmara (art. 5.º, n.º 2), devendo articular-se estas normas com o disposto na LAL.¹³⁰

Tanto a licença como a comunicação prévia estão sujeitas às disposições gerais do procedimento dos atos de controlo prévio, previstas nos arts. 8.º a 13.º-A, podendo inclusive ser apreciados em conjunto, nos termos do disposto no art. 9.º, n.º 3. No entanto, no procedimento de licença é possível descortinar duas fases distintas, uma respeitante à avaliação e aprovação do projeto de arquitetura, e outra respeitante à apreciação dos projetos de especialidade, feita, geralmente, por entidades externas ao município. Ora, é exatamente, naquela primeira fase que o município exerce uma atividade de controlo prévio discricionária, como veremos ao diante.

Em relação aos fundamentos previstos de indeferimento das operações urbanísticas, verifica-se uma diferença significativa entre o regime jurídico previsto para a licença (arts. 24.º e 25.º) e o regime jurídico da comunicação prévia (arts. 36.º e 35.º, n.º 2). Em primeiro lugar, o art. 24.º assume uma natureza taxativa, na medida em que só as situações aí previstas podem motivar a decisão de indeferimento e, quando estas se verificarem, a Administração tem o dever de proferir uma decisão desfavorável¹³¹, a não ser que o interessado “*se comprometa a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução*”, art. 25.º). No

¹²⁷Porém, o presente trabalho cingir-se-á ao regime geral do RJUE, fazendo referência aos regimes especiais existentes quando tal seja relevante.

¹²⁸*Idem*, p.101.

¹²⁹O âmbito de aplicação da comunicação prévia não se afigura totalmente rigoroso. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...III*, pp.53-55 e FERNANDA PAULA OLIVEIRA *ET AL*, *Regime...*, pp.105-110.

¹³⁰FERNANDA PAULA OLIVEIRA *ET AL*., *Regime...*, p114.

¹³¹*Idem*, p.306.

entanto, e ao contrário do que dispõe o art. 36.º, n.º 1, determinando que a comunicação prévia deve ser rejeitada quando se “*verifique que a obra viola as normas legais e regulamentares aplicáveis, designadamente as constantes de plano municipal de ordenamento do território, do alvará de loteamento, as normas técnicas de construção em vigor, ou os termos de informação prévia existente*”, os fundamentos de indeferimento estatuídos no art. 24.º, n.º 2, als. a) e b), e n.ºs 4 e 5, exigem uma atuação discricionária por parte da Administração.

Outra diferença significativa prende-se com os efeitos do silêncio da Administração. Assim, segundo o disposto no art. 111.º, al. a), o silêncio da Administração nos procedimentos de licença, ou da sua alteração, apenas permite aos interessados recorrerem à ação de intimação judicial para prática do ato legalmente devido, regulada nos arts. 112.º a 114.º. Por sua vez, no âmbito da comunicação prévia, bem como nos demais procedimentos regulados pelo RJUE – autorização de utilização e pedido de informação prévia – o silêncio da Administração conduz à formação do deferimento tácito (art. 111.º, al. c)) que se assume, assim, como o regime-regra.¹³²

Por último, em relação à possibilidade de revogação (art. 73.º) e em relação ao desvalor jurídico dos atos administrativos contrários à lei, o RJUE não faz qualquer diferenciação entre a licença e a comunicação prévia, cominando-se, nos arts. 67.º e 68.º, com a nulidade “*as licenças, as admissões de comunicações prévias (...) que: a) violem o disposto em plano municipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, medidas preventivas ou licença ou comunicação prévia de loteamento em vigor; [ou] c) não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis, bem como quando não estejam em conformidade com esses pareceres, autorizações ou aprovações*”, à qual acresce os casos de nulidade previstos no art. 133.º do CPA e em legislação avulsa.^{133 134}

II – Natureza jurídica da licença urbanística: posição adotada

Como já tivemos oportunidade de referir, só é possível dar uma resposta cabal ao problema jurídico enunciado no presente trabalho depois de verificarmos qual a verdadeira natureza jurídica da licença urbanística, tal como é hoje consagrada no ordenamento jurídico

¹³²Este artigo não se aplica à comunicação prévia, uma vez que o art. 36.º-A, n.º 2, já prevê um regime específico para este ato administrativo de controlo prévio, havendo antes um “direito de veto” por parte da Administração e não um dever legal de decisão. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “Algumas Questões de Relevância no Âmbito do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação” in *Direito do Urbanismo e do Ambiente. Estudos Compilados*, Cátia Marques Cebola, Jorge Barros Mendes, Marisa Caetano Ferrão, Susana Almeida (coord.), Lisboa, Quid Juris, 2000, p. 167.

¹³³FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, pp.501-502.

¹³⁴MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Ed. Reimpressão, Lisboa, Publicações D. Quixote, 2009, p. 179; FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...III*, pp.310-320 e FIGUEIREDO DIAS ET AL., *Noções...*, pp.229 e 234-235, definem as invalidades urbanísticas como invalidades mistas, que introduzem alterações e derrogações ao regime geral previsto no CPA.

português.

Na verdade, a questão da natureza jurídica da licença urbanística está intimamente ligada com o problema de saber em que medida é que os atos de controlo prévio das operações urbanísticas, *maxime* a licença de construção, constituem ou não uma restrição ao direito de propriedade privada por contenderem com o *ius aedificandi*.¹³⁵ Como ficou exposto, consideramos que o *ius aedificandi* não constitui, segundo o sistema constitucional português, uma faculdade integrante do conteúdo constitucionalmente protegido pelo art. 62.º CRP, mas antes uma atribuição jurídico-pública dada ao particular-proprietário segundo as normas de direito público. Posto isto, é preciso saber o mecanismo através do qual é conferido o *ius aedificandi* ao particular: essa atribuição resulta unicamente dos planos de ordenamento do território ou, pelo contrário, pode também ser atribuída pelos atos de controlo prévio das operações urbanísticas, em especial, pela licença de construção?

A doutrina portuguesa é unânime quanto à forma de atuação levada a cabo pela Administração (municipal) no âmbito de um procedimento de licenciamento urbanístico. De facto, não há dúvidas que, apesar de se preverem cada vez mais formas alternativas de atuação, em especial no direito do urbanismo¹³⁶, a licença urbanística é um verdadeiro ato administrativo, quer se adote a conceção ampla de MARCELLO CAETANO¹³⁷, quer se adote a conceção restrita de ROGÉRIO SOARES.^{138 139}

Adotando uma posição intermédia¹⁴⁰, o art. 120.º CPA diz que são atos administrativos “*as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*”, podendo-se afirmar que a licença urbanística reúne todos os requisitos previstos.

Por conseguinte, as posições divergentes surgem quanto à classificação tipológica que se deve atribuir à licença urbanística, tendo em atenção a natureza dos efeitos jurídicos que produz na ordem jurídica.¹⁴¹

Adiantamos, desde já, que a nossa opinião tende a considerar a licença urbanística como um ato administrativo constitutivo de direitos para o particular, nomeadamente do *ius aedificandi*, na medida em que, cria *ex novo* um poder jurídico na esfera jurídica do

¹³⁵Neste mesmo sentido, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “O Novo Regime de Urbanização e Edificação – A Visão de Um Jurista” in *Revista CEDOUA*, Ano IV, 2.2001, n.º 8, p.36.

¹³⁶FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Comentário...*, p.319.

¹³⁷Segundo MARCELLO CAETANO, o ato administrativo é a “*conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos na lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto*”. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Ed., 7.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001, p.428.

¹³⁸ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, p.76.

¹³⁹Para uma melhor compreensão destas posições, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas Reflexões a Propósito da Sobrevivência do Conceito de “Acto Administrativo” no Nosso Tempo”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 1191-1193.

¹⁴⁰MÁRIO DE ALMEIDA, *Teoria...*, p.114.

¹⁴¹MÁRIO DE ALMEIDA, *Teoria...*, p.135.

particular¹⁴². A licença urbanística insere-se, assim, nos atos permissivos positivos¹⁴³, por conferir situações jurídicas vantajosas para o particular e por “constitu[ir] direitos em favor dos particulares em áreas de actuação sujeitas pela lei a proibição preventiva”¹⁴⁴, distinguindo-se, assim, das autorizações-permissivas, isto é, “[d]os atos administrativos através dos quais a Administração vai permitir o exercício pelos particulares de actividades correspondentes a um direito pré-existente, condicionado pela lei”¹⁴⁵. A distinção entre licença-autorização e autorização-permissiva está precisamente no facto de o particular ainda não ser titular de qualquer direito, sendo esse direito conferido pela Administração, consoante o caso concreto; ao invés, na autorização-permissiva, o particular já é titular do direito, mas o seu exercício encontra-se condicionado a um ato prévio da Administração, justificado pela necessidade de harmonização de interesses público e privados.¹⁴⁶

Consideramos, no entanto, que a natureza (constitutiva) da licença de construção há de resultar do regime jurídico do licenciamento urbano, designadamente pela natureza dos poderes exercidos pela Administração.^{147 148}

Desde logo, e principalmente, o exercício de poderes discricionários por parte da Administração no âmbito da licença urbanística é suficiente para atribuir àquela natureza constitutiva. Ao contrário do que acontece com a comunicação prévia – ato de controlo prévio que contende igualmente com o *ius aedificandi* do proprietário, ao admitir ou não a realização de determinada operação urbanística – o legislador conferiu poderes discricionários à Administração no âmbito do procedimento de licenciamento urbanístico, em virtude da impossibilidade de prever todas as situações que possam ter expressão na vida real e concreta¹⁴⁹, atribuindo ao agente administrativo a função de avaliar e harmonizar todos os interesses em presença^{150 151}, a que acresce um especial dever de fundamentação, segundo o art. 124.º, n.º 1

¹⁴²MARCELLO CAETANO, *Manual...I* p.453, MÁRIO DE ALMEIDA, *Teoria...*, p.136, SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, Editora Danubio, 1982, p.457.

¹⁴³MARCELLO CAETANO, *Manual...I*, p.459.

¹⁴⁴FIGUEIREDO DIAS *ET AL.*, *Noções...*, p.187.

¹⁴⁵*Idem*, p.196.

¹⁴⁶MARCELLO CAETANO, *Manual...I*, p.111, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª Ed., Cascais, Almedina, 2011, pp.288-289, ROGÉRIO SOARES, *Direito...*, pp.114-116, MARCELO REBELO DE SOUSA *ET AL.*, *Direito Administrativo...III*, p.106, SÉRVULO CORREIA, *Noções...I*, pp.460-461.

¹⁴⁷FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros” in *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp.992-993; Ana Pereira de Sousa, “A Natureza Jurídica do Acto de Licenciamento Urbanístico. Contributo para um Estudo da Natureza Jurídica da Licença Urbanística”, in *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Fernanda Paula Oliveira (coord.), Coimbra, Almedina, 2010, pp.187-188.

¹⁴⁸Em sentido contrário, cfr., entre outros, FERNANDO ALVES CORREIA que define a licença como o “acto administrativo autorizativo por meio do qual a Administração realiza um controlo prévio da actividade dos administrados”, *Manual...III*, p.47.

¹⁴⁹MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2.ª Ed., Lisboa, D. Quixote, 2006, p.181, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “As Licenças...” p.999.

¹⁵⁰RAQUEL CARVALHO, “O Deferimento Tácito em Direito do Urbanismo e do Ambiente. Breves Reflexões.” in *RJUA*, n.º 31/34, Jan/Dez 2009/2010, p.405.

¹⁵¹DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...II*, pp.95-98 sobre os motivos da atribuição de poderes discricionários.

CPA.

Assim sendo, nos termos do art. 20.º, cabe à Administração, aquando da apreciação e aprovação do projeto de arquitetura, indagar sobre a conformidade do mesmo com a “*inserção urbana e paisagística das edificações, bem como sobre o uso proposto*” (n.º 1), segundo uma “*perspectiva formal e funcional, tendo em atenção o edificado existente, bem como o espaço público envolvente e as infra-estruturas existentes e previstas*” (n.º 2). Também em relação à apreciação e consequente aprovação do projeto de arquitetura das operações de loteamento, das obras de urbanização e trabalhos de remodelação de terrenos, a Administração exerce poderes discricionários ao apreciar “*o uso e a integração urbana e paisagística*”, de acordo com o art. 21.º. Na verdade, apesar de se introduzirem “*aqui elementos de vinculação, não resultam dúvidas de que é deixada à Administração um espaço de apreciação própria que se reconduz, indubitavelmente, ao domínio de discricionariedade administrativa*”.¹⁵²

Por sua vez, no âmbito do indeferimento do pedido de licenciamento, o exercício de poderes discricionários é especialmente visível. Desde logo, à Administração é dada a possibilidade de optar por indeferir ou deferir a licença urbanística requerida quando, estando perante uma das operações urbanísticas referidas no art. 4.º, n.º 2, als a) a e), “*a operação urbanística afectar negativamente o património arqueológico, histórico, cultural ou paisagístico, natural ou edificado*”¹⁵³ ou “*constituir, comprovadamente, uma sobrecarga inoportável para as infra-estruturas ou serviços gerais existentes*” (art. 24.º, n.º 2, als a) e b)), mesmo vigorando o denominado *princípio da taxatividade do indeferimento*.¹⁵⁴ Quando o pedido de licenciamento recair sobre uma das operações urbanísticas previstas no art. 4.º, n.º 2, als c) e d), a Administração pode, ainda, decidir negativa ou positivamente, se a obra em causa “*seja susceptível de manifestamente afectar o acesso e a utilização de imóveis classificados de interesse nacional ou interesse público, a estética das povoações, a sua adequada inserção no ambiente urbano ou a beleza das paisagens*”, de acordo com o art. 24.º, n.º 4.

Desta forma, ao mesmo tempo que se permite à Administração optar por uma decisão de indeferimento ou de deferimento do pedido de licenciamento apresentado, quando verificadas determinadas circunstâncias, utilizam-se *conceitos indeterminados-tipo*, isto é, “*conceitos elásticos (...) que (...) expressam de modo difuso factos ou valores nos quais as situações concretas da vida não se podem encaixar com rigor*”¹⁵⁵, que cabe à Administração preencher e aplicar ao caso concreto, segundo os critérios indicados na lei.¹⁵⁶

Pelo exposto, é forçoso concluir que são atribuídos à Administração amplos poderes

¹⁵²FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, p.284.

¹⁵³Art. 24.º, n.º 2, al. a) RJUE.

¹⁵⁴FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, pp.306-307, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...III*, p.146.

¹⁵⁵FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...III*, pp.148-149.

¹⁵⁶Para uma melhor compreensão dos fundamentos de indeferimento do pedido de licenciamento que pressupõem o exercício de poderes discricionários, v. quadro informativo de FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, pp.309-310.

discricionários no âmbito do licenciamento urbanístico¹⁵⁷, cabendo-lhe “*determin[ar] [d]os factos e interesses relevantes para a decisão*” e/ou “*determin[ar] o conteúdo concreto da decisão a tomar*”, designadamente, através do preenchimento de conceitos indeterminados utilizados pelo legislador que pressupõem, quer uma valoração objetiva, quer subjetiva, do “*órgão administrativo aplicador do Direito*”.¹⁵⁸

Assim sendo, e em contradição com o atual regime jurídico previsto para a comunicação prévia, que, como vimos, não confere poderes discricionários à Administração¹⁵⁹, havendo apenas uma simples comunicação por parte do particular à Administração de que vai proceder à realização de determinada obra, podemos afirmar que a licença urbanística é um verdadeiro ato administrativo constitutivo do direito de construir. Na verdade, cabe à Administração, tendo em conta as opções tomadas a nível de planeamento territorial, avaliar os interesses em jogo, através do exercício de poderes discricionários, próprios dos atos administrativos constitutivos.¹⁶⁰

A tese aqui expendida sai ainda reforçada se atendermos a outros aspetos do regime do licenciamento, que divergem, em grande medida, com o disposto para os outros atos de controlo prévio também regulados pelo RJUE, designadamente, da comunicação prévia.

Desde logo, em consonância com as características normalmente apontadas como expressão do uso de poderes discricionários¹⁶¹, o legislador permite a aposição de cláusulas acessórias quando há uma proposta de indeferimento do pedido de licenciamento. Diz, então, o art. 25.º, n.º 1, que, estando em causa “*os fundamentos [de indeferimento] referidos na alínea b) do n.º 2 e no n.º 5 do artigo anterior, pode haver deferimento do pedido, desde que o requerente, na audiência prévia, se comprometa a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução, bem como os encargos de funcionamento das infraestruturas por um período mínimo de 10 anos”*, acrescentando-se, no n.º 4 do mesmo preceito, que “*a prestação da caução (...) bem como a execução ou manutenção das obras de urbanização que o interessado se compromete a realizar ou a câmara municipal entenda indispensáveis devem ser mencionadas expressamente como condição do deferimento*” (sublinhado nosso).

Desta forma, permite-se a assunção de obrigações estranhas ao pedido de licenciamento pelo particular, quer através da celebração de um contrato entre a Administração e o particular, quer através da aposição de uma cláusula modal no ato administrativo proferido, para que, desse

¹⁵⁷ RAQUEL CARVALHO, “*O Deferimento Tácito...*”, p.405., FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “*As Licenças...*”, p.994.

¹⁵⁸ FREITAS DO AMARAL, *Curso...II*, pp. 104-105 e 120.

¹⁵⁹ JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, texto policopiado, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2011, p.484.

¹⁶⁰ MÁRIO DE ALMEIDA, *Teoria...*, p.136.

¹⁶¹ FILIPA URBANO CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo*, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p.68.

modo, a licença seja deferida.¹⁶² Na verdade, apesar do legislador fazer referência a uma condição, consideramos, à semelhança de FERNANDA OLIVEIRA PAULA *ET AL.*¹⁶³ e FILIPA CALVÃO¹⁶⁴, que se trata de um verdadeiro modo, na medida em que contende com o “*equilíbrio interno do ato administrativo*”¹⁶⁵, permitindo “*contornar obstáculos legais e materiais que, de outra forma, levariam ao indeferimento da pretensão do particular (...), em que o “não” é substituído pelo “sim, mas”*”.¹⁶⁶

Por outro lado, estabelece-se um regime excepcional para os casos de silêncio da Administração, no âmbito dos procedimentos de licenciamento. Em contradição com o regime-regra disposto para os demais procedimentos regulados pelo RJUE¹⁶⁷, bem como, com as soluções legais ultimamente adotadas no âmbito do direito do urbanismo e do ambiente¹⁶⁸, o art. 111.º, al. a) determina que “*tratando-se de ato que devesse ser praticado por qualquer órgão municipal no âmbito do procedimento de licenciamento, o interessado pode recorrer ao processo regulado no artigo 112.º*”, conferindo apenas um interesse em agir em juízo no âmbito do processo de intimação judicial para prática de ato legalmente devido, quando a Administração, tendo obrigação a fazê-lo, não decide o pedido de licenciamento apresentado pelo particular no prazo previsto para o efeito.¹⁶⁹ Na verdade, por estarmos perante um ato administrativo constitutivo de direitos, *maxime* do *ius aedificandi*, que implica o exercício de amplos poderes discricionários por parte do órgão decisor e a intervenção de titulares de vários interesses divergentes^{170 171}, o legislador sentiu necessidade de acautelar a atividade de apreciação e valoração próprias da licença urbanística, prevendo um regime excepcional ao deferimento tácito nos casos em que a Administração não pratique um ato dentro do prazo estabelecido para o efeito. Partilhamos, assim, a tese defendida por MÁRIO DE ALMEIDA que, a propósito do art. 108.º, n.º 1 do CPA, afirma que é “*sobretudo nos domínios das autorizações permissivas do exercício de direitos, em que a intervenção limitativa da Administração é legalmente configurada com traços de excepcionalidade, por se tratar de domínios de restrição excepcional da esfera jurídica dos particulares (...), que a lei [especial] tenderá a associar à*

¹⁶²MARCELO REBELO DE SOUSA *ET AL.*, *Direito Administrativo...III*, p.100, consideram que nestes casos existe apenas um deferimento parcial.

¹⁶³FERNANDA PAULA OLIVEIRA *ET AL.*, *Regime...*, p.321.

¹⁶⁴FILIPA CALVÃO, *Os Actos...*, p.133. A observação de Filipa Calvão foi feita propósito do DL n.º 445/91, mas é perfeitamente aplicável ao atual art. 25.º, n.º 4 RJUE, uma vez que as formulações legais são idênticas.

¹⁶⁵FIGUEIREDO DIAS *ET AL.*, *Noções...*, p.239.

¹⁶⁶FILIPA CALVÃO, *Os Actos...*, p.66.

¹⁶⁷Art. 111.º, al. c) RJUE.

¹⁶⁸Para uma breve resenha das soluções, cada vez mais frequentes, de deferimento tácito, *vide* RAQUEL CARVALHO, “*O Deferimento...*”, p.397-404.

¹⁶⁹FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...III*, p.329.

¹⁷⁰Veja-se, a título de exemplo, os artigos dedicados à consulta de entidades externas (arts. 13.º a 13.º-B e 42.º) e à consulta pública (art. 22.º) do RJUE.

¹⁷¹Neste sentido, propugnando pela incompatibilidade do deferimento tácito nestes casos, *vide* RAQUEL CARVALHO, “*O Deferimento...*”, p.415.

inércia da Administração uma presunção de assentimento”.¹⁷²

Após a análise cuidada do regime jurídico da licença urbanística, bem como das várias disposições que regulam o procedimento da comunicação prévia, podemos concluir que o *ius aedificandi* constitui uma atribuição jurídico-pública conferida ao proprietário, quer através dos planos de ordenamento do território com eficácia plurisubjetiva, quer através das licenças urbanísticas proferidas pelos órgãos municipais¹⁷³, que, desta forma, assumem a natureza de ato administrativo constitutivo de direitos.^{174 175}

De facto, como tivemos oportunidade de expor, as autarquias locais têm autonomia para indeferir os pedidos de licenciamento, mesmo que o pedido esteja conforme com as disposições do plano, nos termos do art. 24.º daquele diploma legal¹⁷⁶, sendo-lhe igualmente exigido a formulação de juízos valorativos, mediante o preenchimento de conceitos indeterminados insertos em diversas disposições legais. As autarquias locais gozam, então, de verdadeiros poderes discricionários, emitindo atos com conteúdo inovatório que regulam a situação jurídica do proprietário.

Porém, quando estamos perante operações urbanísticas sujeitas ao procedimento de comunicação prévia, segundo os termos do disposto no art. 4.º, n.º 4, o *ius aedificandi* já não é atribuído pelo ato administrativo *stricto sensu*, mas antes pelos planos urbanísticos. De facto, as operações urbanísticas que compõem o objeto da comunicação prévia pressupõem uma regulamentação planificatória mais densa que fixe “*os parâmetros e os critérios aplicáveis [àquelas] operações urbanísticas*”, não se prevendo o exercício de poderes discricionários por parte do órgão administrativo, tratando-se, antes, de um ato de conteúdo vinculado.¹⁷⁷ Pelo que, o legislador urbanístico criou uma rígida distinção entre o licenciamento e a comunicação prévia que não pode ser descurada, determinando, assim a existência de dois tipos de atos administrativos com naturezas jurídicas distintas.¹⁷⁸

Deste modo, ao contrário do que se passa quando estamos perante uma operação urbanística sujeita a comunicação prévia, em que o particular tem o direito a exigir a sua

¹⁷²MÁRIO DE ALMEIDA, *Teoria...*, p.153.

¹⁷³Neste mesmo sentido, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “*O Direito de Edificar...*”, p.53

¹⁷⁴Em sentido contrário, a maioria da doutrina denominada publicista considera que o *ius aedificandi* é uma atribuição jurídica-pública segundo as normas de Direito Público, conferida exclusivamente pelas disposições dos planos de ordenamento do território. Cfr. supra Título I, II. Também CLAUDIO MONTEIRO, “A Fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p.422.”

¹⁷⁵Em sentido idêntico, embora sem extrair a consequência referida, FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, p.326, definindo a licença urbanística “*como uma autorização constitutiva de direitos, pela qual a Administração constitui direitos em favores dos particulares, em áreas que, salvo a prática deste acto administrativo, se lhes encontram vedadas por se considerar, em abstracto, que a sua atribuição lesaria o interesse público*”.

¹⁷⁶Esta questão é igualmente formulada por FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *O Direito de Edificar...*, p.52.

¹⁷⁷FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, pp.345.

¹⁷⁸JOÃO MIRANDA, *A Função...*, p.487. Em sentido contrário, dizendo que, em virtude das sucessivas alterações do RJUE, já não faz sentido proceder-se à distinção entre licença e autorização, FERNANDA PAULA OLIVEIRA ET AL., *Regime...*, p.98.

admissão quando cumpra a totalidade dos requisitos legais previstos, não cabe ao particular “*um direito à licença*”¹⁷⁹ urbanística.

Por fim, sempre se dirá que a natureza constitutiva da licença urbanística verifica-se em relação a todas as operações urbanísticas sujeitas a esse procedimento¹⁸⁰, uma vez que as características enunciadas, que lhe conferem natureza constitutiva, verificam-se independentemente da operação em causa, não havendo razões para se proceder a qualquer distinção.

¹⁷⁹FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “*As Licenças...*”, p.994.

¹⁸⁰Em sentido contrário, ANA PEREIRA DE SOUSA, “*A natureza...*”, pp.188-190.

Conclusões

Da tese expendida ao longo do presente trabalho, podemos assinalar as seguintes conclusões:

1. O direito de propriedade privada, tal como consagrado no art. 62.º CRP, constitui um direito fundamental, na medida em que se trata de uma posição jurídica subjetiva fundada no sistema unitário constitucional norteado pelo princípio da dignidade humana, subordinado a uma forte dimensão social, que encerra em si diversas faculdades, a saber: faculdade de adquirir bens, faculdade de se transmitir livremente os bens de que se é proprietário, faculdade de não se ser privado dos bens, bem como, a faculdade de usar e fruir.
2. Em virtude do critério de determinabilidade, avançado pela maioria da doutrina, podemos concluir que o direito de propriedade goza de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, uma vez que o seu conteúdo constitucional é determinado e determinável pelas opções constitucionais vertidas, valendo por si só, ainda que, por vezes, se exija a intervenção positiva do Estado, gozando, assim, do regime jurídico especial previsto para os direitos, liberdades e garantias, de acordo com o art. 17.º CRP.
3. No entanto, o direito de propriedade privada só reveste natureza análoga em relação àquelas faculdades constitucionalmente protegidas que se revelam suficientemente determináveis a nível constitucional, cabendo aos agentes aplicadores do Direito fazer uma análise concreta no sentido de averiguar quais as faculdades que aí se incluem, sendo certo que é possível, desde logo, excluir o *ius aedificandi*.
4. A doutrina portuguesa divide-se em relação à questão de saber se o *ius aedificandi* faz parte do conteúdo constitucionalmente protegido do direito de propriedade privada, ou se, pelo contrário, constitui uma atribuição jurídico-pública ditada pelas normas de direito público, *maxime* de direito do urbanismo e de ordenamento do território, sendo, desde logo, possível descortinar uma conceção privatista e uma conceção publicista. A conceção privatista defende que o *ius aedificandi* constitui uma faculdade integrante do conteúdo constitucional do direito de propriedade, embora sujeito a um ato administrativo prévio como condição do seu exercício, socorrendo-se das normas de direito privado que regulam os poderes do proprietário para sustentar a sua tese. Por outro lado, a conceção publicista rejeita esse entendimento, apoiando-se no contexto urbanístico atual que condiciona fortemente o *ius aedificandi*.
5. O supracitado problema é, ao contrário do que vários autores defendem, um problema constitucional, que deverá ser solucionado com recurso à unidade normativa do sistema constitucional, assente no princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, rejeitando a tese que julga impossível dar uma resposta definitiva e geral ao problema, consideramos que o *ius aedificandi* não faz parte daquelas faculdades enunciadas, na medida em que a Constituição

(art. 65.º, n.º 4) remete a sua conformação para o legislador ordinário, designadamente para as normas de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos.

6. Por conseguinte, a questão de saber se o *ius aedificandi*, enquanto atribuição jurídico-pública, advém única e exclusivamente dos planos urbanísticos com eficácia plurisubjetiva, ou se pode igualmente advir dos atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas, só pode ser respondida depois de descoberta a natureza jurídica da licença urbanística.

7. O direito do urbanismo assume-se como o principal mecanismo de conformação do direito de propriedade, na medida em que, quer no momento do planeamento, quer no momento da execução dos planos, interfere com o direito de propriedade dos particulares, impondo restrições, devidamente autorizadas pela Constituição, e regulando as faculdades constitucionalmente protegidas pelo art. 62.º CRP. Assim sendo, no momento do planeamento, temos os planos urbanísticos com eficácia plurisubjetiva que definem o regime jurídico do uso dos solos e que podem conter verdadeiras expropriações, os regimes jurídicos da RAN e da REN que estipulam um regime territorial especial, segundo os fins específicos que visam prosseguir, e, por último, os planos de pormenor de reabilitação urbana. Por sua vez, no momento da execução dos planos, ou, mais amplamente, na atividade de gestão urbanística, salientam-se os atos de expropriação por utilidade pública, em que a Administração, autorizada pelo legislador, restringe em absoluto o direito de propriedade, os atos de parcelamento dos solos urbanos e os atos que estabelecem servidões administrativas.

8. No entanto, a atividade conformadora exercida pelo direito do urbanismo é especialmente visível nos atos administrativos de controlo prévio das operações urbanísticas, regulados no RJUE.

9. Na verdade, o procedimento de licenciamento e o procedimento de comunicação prévia contendem com o *ius aedificandi* dos proprietários, ao impedirem, admitirem ou condicionarem determinada operação urbanística. No entanto, o regime jurídico previsto para cada um desses atos urbanísticos de controlo prévio difere subjetiva e procedimentalmente, fazendo com que a natureza jurídica desses atos seja diferente.

10. Assim, a questão de saber se o *ius aedificandi* pode também ser conferido ao particular através da licença urbanística há de resultar da classificação dogmática que se atribua à licença urbanística que, por sua vez, resulta do tipo de poderes exercidos pela Administração no âmbito daquele procedimento de licenciamento. De facto, os autores que tendem a considerar o *ius aedificandi* como atribuição jurídico-pública conferida unicamente pelos planos urbanísticos com eficácia plurisubjetiva, negam natureza constitutiva à licença, conferindo-lhe apenas a natureza de autorização-permissiva.

11. É inequívoco que, no âmbito do procedimento de licenciamento, o legislador conferiu à Administração amplos poderes discricionários, tendo em vista a impossibilidade de prever todas as situações concretas que possam vir a ser submetidas à apreciação da Administração, quer no

momento de apreciação do projeto de arquitetura, quer no momento da decisão final, quer ainda na faculdade de apor cláusulas modais.

12. Por conseguinte, consciente dos vários interesses envolvidos e da necessidade de apreciação objetiva e subjetiva por parte da Administração, conseguida através do exercício de poderes discricionários, o legislador contemplou um regime excepcional ao regime-regra do deferimento tácito, no que respeita aos atos a praticar no procedimento de licenciamento.

13. Conclui-se, então, que a licença urbanística é um verdadeiro ato administrativo constitutivo de direitos, que, em concorrência com os planos urbanísticos, confere ao proprietário o *ius aedificandi*, o mesmo já não se passando com a comunicação prévia também regulada no RJUE. Na verdade, a Administração (municipal) goza de autonomia em relação aos planos urbanísticos, não se limitando a aplicar as suas disposições aos casos concretos, mas, outrossim, a criar atos de conteúdo inovatório, que podem ir além das disposições dos planos e, em última instância, podem indeferir pretensões previamente admitidas pelos planos.

Bibliografia

ALEXANDRINO, JORGE DE MELO – *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Coimbra, Coleções Teses, Almedina, 2000.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – *Teoria Geral do Direito Administrativo – Temas Nucleares*, Coimbra, Almedina, 2012.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.^a Ed. Rev., Coimbra, Almedina, 2010.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO - “Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia “O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXII, 1991, pp.91-105.

– *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a Ed., Cascais, Almedina, 2011.

– *Direito do Urbanismo (Sumários)*, Lisboa, 1993.

– “Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, Autonomia e Distinções” *in RJUA*, n.º 1, Junho/1994, pp. 11-22.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – “Algumas Reflexões a Propósito da Sobrevivência do Conceito de “Acto Administrativo” no Nosso Tempo” *in Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp.1189-1220.

– *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2012.

ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES – *Direito Urbanístico. Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-situacional*, Coimbra, Almedina, 2002.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – “O Urbanismo e o Direito de Propriedade” *in Direito do Urbanismo (Comunicações Apresentadas no Curso Realizado no Instituto Nacional da Administração)*, Diogo Freitas do Amaral (coord.), pp.319-344.

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA – *A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional*, texto policopiado, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

CAETANO, MARCELLO – *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a Ed., 7.^a Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2001.

CALVÃO, FILIPA URBANO – *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo*, Porto, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

CANOTILHO, J. J. GOMES – *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 7.^a Ed., 13.^a Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Ed. Rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

– *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, RAQUEL – “O Deferimento Tácito em Direito do Urbanismo e do Ambiente. Breves Reflexões.” in *RJUA*, n.º 31/34, Jan/Dez 2009/2010, pp.391-419.

CAUPERS, JOÃO – “Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade”, in *RJUA*, n.º 3, Junho 1995, pp.87-116.

CORDEIRO, ANTÓNIO – *A Protecção de Terceiros em Face de Decisões Urbanísticas*, Coimbra, Almedina, 1995.

CORREIA, FERNANDO ALVES – “Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal em 2001, 2002 e 2003, in *Revista CEDOUA*, n.º 12, Ano VI (2.2003), pp.9-22.

– *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2008.

– *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2010.

– *O Plano Urbanístico e o Princípio de Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989.

– “Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal, in *Revista CEDOUA*, Ano I, n.º 2, pp.9-32.

– “Regime Urbanístico da Propriedade dos Solos”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp.499-544.

CORREIA, MARIA LÚCIA C. A. AMARAL PINTO – *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

CORREIA, SÉRVULO – *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, Editora Danubio, 1982.

DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO / OLIVEIRA, FERNANDA PAULA – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2013.

- DUARTE, RUI PINTO – *Curso de Direitos Reais*, 2.^a Ed., Estoril, Príncipe Editora, 2007.
- GALVÃO, SOFIA SERQUEIRA – “Jus Aedificandi, Natureza Versus Protecção Constitucional – Equívocos Reiterados”, in *CJA*, n.º 44, Março/Abril 2004, pp.12-16.
- GARCIA, MARIA GLÓRIA – “Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana” in *RJUA*, n.º 13, pp. 97-113.
- LEITÃO, LUÍS MENEZES – “O Regime Jurídico da Reabilitação Urbana e a Garantia do Direito de Propriedade” in *RJUA*, n.º 31/34, 2009/2010, pp.135-143.
- MARTINS, MARIA D’ OLIVEIRA – *Contributo Para a Compreensão da Figura das Garantias Institucionais*, Coimbra, Almedina, 2007.
- MEDEIROS, RUI – *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- MIRANDA, JOÃO – *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, texto policopiado, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2011.
- MIRANDA, JORGE – *As Constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 5.^a Ed., Lisboa, Livraria Petrony, 2004.
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.^a Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a Ed. Versão Atualizada e Ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MONTEIRO, CLAUDIO – *A Discricionariedade Administrativa nos Actos de Licenciamento Urbanístico*, texto policopiado, Relatório de Mestrado de Direito Administrativo, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1992.
- “A Fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, JORGE REIS – “Ainda Sobre o Jus Aedificandi (... Mas Agora Como Problema dos Direitos Fundamentais)” in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Sousa Franco*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp.493-521.

– *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

– *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, FERNANDA PAULA – “Algumas Questões de Relevância no Âmbito do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação” in *Direito do Urbanismo e do Ambiente. Estudos Compilados*, Cátia Marques Cebola, Jorge Barros Mendes, Marisa Caetano Ferrão, Susana Almeida (coord.), Lisboa, Quid Juris, 2010, pp.147-183.

– “As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros” in *Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp.991-1048.

– “O Direito de Edificar: Dado ou Simplesmente Admitido pelo Plano? Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 1.2.2001, P. 46825”, in *CJA*, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, pp.49-57.

– “O Novo Regime de Urbanização e Edificação – A Visão de um Jurista” in *Revista CEDOUA*, Ano IV, n.º 8, pp.35-52.

– *Novas Tendências do Direito do Urbanismo – De um Urbanismo de Expansão e de Segregação a um Urbanismo de Contenção, de Reabilitação Urbana e de Coesão Social*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, FERNANDA PAULA / NEVES, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA / LOPES, DULCE / MAÇÃS, FERNANDA – *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3.ª Ed. Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2012.

PINTO, ANA LUÍSA SANTOS – *As Restrições ao Direito de Propriedade Não Expressamente Previstas na Constituição*, texto policopiado, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2003/2004.

PRATA, ANA – *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982.

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS / GONÇALVES, MARIA EDUARDA / MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO – *Direito Económico*, 5.ª Ed. Rev. e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2004.

SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT – *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978.

SOUSA, ANA PEREIRA DE – “A Natureza Jurídica do Acto de Licenciamento Urbanístico. Contributo para um Estudo da Natureza Jurídica da Licença Urbanística”, in *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Fernanda Paula Oliveira (coord.), Coimbra, Almedina, 2010, pp.167-190.

SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE – *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2.^a Ed., Lisboa, Publicações D. Quixote, 2006.

– *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.^a Ed. Reimpressão, Lisboa, Publicações D. Quixote, 2009.

VAZ, MANUEL AFONSO – *Lei e Reserva de Lei. A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a Ed., Porto, Coimbra Editora, 2013.

VAZ, MANUEL AFONSO / CARVALHO, RAQUEL / BOTELHO, ANA CATARINA / FOLHADELA, INÊS / RIBEIRO, ANA TERESA – *Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português*, 1.^a Ed., Porto, Coimbra Editora, 2012.