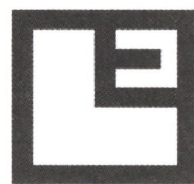


**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2018/2



LVIX

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIX – 2018/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)
Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)
Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)
Ken Pennington (Universidade Católica da América)
Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanović (Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)
Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Luís Menezes Leitão

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Dário Moura Vicente
Fernando Loureiro Bastos
Pedro Caridade de Freitas
Nuno Cunha Rodrigues

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Dezembro, 2018

- **Marcelo Rebelo de Sousa**
5-11 Lição de Jubilação
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
13-21 Os efeitos da insolvência em Portugal e no Brasil
The effects of insolvency in Portugal and Brazil
- **Fernando Loureiro Bastos**
23-42 Some notes about International Law in the Constitutions of the Lusophone African States
Algumas notas acerca do Direito Internacional nas Constituições dos Estados Africanos Lusófonos
- **Pedro Caridade de Freitas**
43-57 A Concepção do Estado na Época Pombalina
The conception of the State in the period of Pombal
- **Nuno Cunha Rodrigues**
59-82 A regulação da economia colaborativa pela União Europeia
The regulation of collaborative economy by the European Union
- **Paula de Castro Silveira e Luís Graça Rodrigues**
83-103 Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo?
Countertrade offsets in angolan public procurement – what’s new?
- **Rui Marques e Sara Ferreira Pinto**
105-136 A União Europeia e os novos desafios na integração fiscal: a troca de informações financeiras
European Union and the new challenges in tax integration: the exchange of financial information
- **Tiago Henrique Sousa**
137-168 Da Responsabilidade Civil dos Gerentes e Administradores das Sociedades Comerciais, Perante os Credores Sociais, por Violação de Normas de Protecção, no Direito Português
The civil liability of directors of commercial companies before company creditors by breach of protection standards in the portuguese law
- **Roberta Fernandes de Faria**
169-192 O Direito à Propriedade Privada e o Direito de Construir: o falso embate entre a Constituição e as Políticas de Ordenamento do Território
The right to private property and the right to build: the false clash between the Constitution and the territorial planning policies
- **Carolina de Freitas e Silva e António Luís Silva Baptista**
193-234 O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil
Dealing with unconstitutional omissions regarding fundamental social rights in Portugal and Brazil
- **Francisco Cuena Boy**
235-251 Recensão a Dário MOURA VICENTE, *Direito comparado*, vol. II: *Obrigações*. Almedina, Coimbra, 2017, 704 páginas; ISBN 978-972-40-7120-6.

O Direito à Propriedade Privada e o Direito de Construir: o falso embate entre a Constituição e as Políticas de Ordenamento do Território

The Right to Private Property and the Right to Build: the false clash between the Constitution and the Territorial Planning Policies

Roberta Fernandes de Faria*

Sumário: Com o desenvolvimento das cidades, fez-se necessária a criação de políticas públicas que ordenassem os espaços para a vida da comunidade, surgindo, assim, regras de ordenamento do território e do urbanismo. Com o surgimento do Estado Social, o âmbito do urbanismo com funções públicas ganhou um significativo incremento a partir do entendimento da função social da propriedade, que limitou o poder absoluto do proprietário sobre seu bem imóvel. O direito de construir é alvo de muitos debates, sendo objeto de diversos litígios judiciais, uma vez que existe a confusão em definir se este direito é uma faculdade intrínseca ao direito de propriedade ou se este direito de construir é apenas uma permissão concedida pela administração pública.

Palavras-chave: Urbanismo; Função social da propriedade; Direito de Construir; Estado Social; Propriedade privada

Abstract: With the development of cities, it became necessary to create public policies that would ordain the spaces for the life of the community, thus resulting in rules of land use and urban planning. With the emergence of the Social State, the scope of urbanism with public functions gained a significant increase from the understanding of the social function of property, which limited the owner's absolute power over his property. The right to build is the subject of many debates and is the subject of various legal disputes, since there is confusion in defining whether

* Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Doutoranda em Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra, Mestre em Direito do Urbanismo, do Território e do Ambiente pela Universidade de Coimbra, Advogada especialista em Direito Público e em Direito do Ambiente em Portugal e no Brasil. fariabeta@gmail.com – Universidade de Coimbra.

this right is an intrinsic right of ownership or whether this right to build is only a permit granted by the public administration.

Keywords: Urbanisme; Social function of property; Construction right; Social State; Private property

1 – Introdução

A preocupação com a organização dos aglomerados populacionais e a relação destes aglomerados com o correspondente espaço físico é inerente à todas as civilizações. Com o desenvolvimento das cidades, a população passou a reclamar a existência de uma política pública que ordenasse¹ os espaços para a vida da comunidade, surgindo, assim, as políticas urbanísticas². O direito do urbanismo³ remonta, historicamente, às normas edilícias, relativas à construção, que regulavam a edificação dos prédios e o estabelecimento das canalizações de esgoto na antiga Roma⁴ e a evolução destas normas levaram à ordenação do uso e ocupação do solo através dos planos urbanísticos.

Até meados do século XX, a atuação pública nas questões urbanísticas restringia-se ao controle da atividade de edificação e ao uso de técnicas da renovação e da expansão urbana⁵. Com o surgimento do Estado Social, o âmbito do urbanismo com funções públicas ganhou um significativo incremento⁶, pois coaduna com o novo

¹ Segundo João Caupers, a concretização da ideia de ordenamento do território passaria por “*atribuir aos espaços físicos funções económicas, sociais e culturais determinadas, de acordo com uma certa concepção global sobre o ambiente (habitat) humano*”. CAUPERS, João, *Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n° 3, Junho de 1995, p. 87

² AMARAL, Diogo Freitas do, *Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções*, in RJUA, n° 1, 1994, p. 18

³ A carta Europeia do Ordenamento do Território aprovada, aprovada em 20 de maio de 1983 pelo Conselho da Europa, define o ordenamento do território como “*uma disciplina científica, uma técnica administrativa e uma política, concebidas como uma abordagem interdisciplinar e global que visam desenvolver de modo equilibrado as regiões e organizar fisicamente o espaço, segundo uma concepção orientadora*”

⁴ Noções históricas dada por Sandra Cureau em: *Intervenção na Propriedade: zoneamento de uso do solo*. Revista Brasileira de Direito Ambiental, Editora Fiuza, ano 03, jul./set. 2005, pág. 139.

⁵ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, 4ª edição, Coimbra, 2008, p. 39-40

⁶ MIRANDA, João, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra, 2012, p. 46

entendimento acerca do direito de propriedade privada. Tradicionalmente, o direito de propriedade era tido como um direito subjetivo ao qual correspondia um dever jurídico oponível *erga omnes*. Porém, a partir do surgimento de valores como a função social da propriedade e o princípio da prossecução do interesse público, a propriedade imobiliária passa a assumir uma nova concepção, oferecendo os contornos de uma propriedade urbanística mediante a qual não se deixa exclusivamente à livre conveniência dos proprietários do solo a decisão de construir ou não.

O ordenamento do território assume uma transversalidade que passa além do domínio econômico e social⁷. As políticas urbanísticas são integradoras, procedendo à síntese de outras políticas públicas que asseguram um desenvolvimento que contribuem para a melhoria de vida dos cidadãos que vivem nas cidades, preservando os recursos naturais e proporcionando o bem estar social e econômico, influenciando, por vezes, em direitos como da propriedade privada e o direito de construir.

O direito de construir é alvo de muitos debates, sendo objeto de diversos litígios judiciais, uma vez que existe a confusão em definir se este direito é uma faculdade intrínseca ao direito de propriedade ou se este direito de construir é apenas uma permissão concedida pela administração pública. Assim, vamos ressaltar a influência dos planos urbanísticos sobre a propriedade a partir das normas constitucionais, infraconstitucionais e a partir de algumas decisões do Tribunal Constitucional.

2 – O direito à propriedade privada

Antigamente, a propriedade era sujeita à vontade do proprietário, que detinha caráter exclusivo sobre a coisa, ou seja, o *jus utendi, fruendi et abutendi* (os poderes de usar, gozar e dispor da coisa)⁸. O direito de propriedade privada, positivado no artigo 62º da Constituição da República Portuguesa, está longe da concepção constitucional liberal-burguesa, “*que fazia do direito de propriedade o primeiro dos direitos fundamentais, porque supostamente era condição de todos os outros, a*

⁷ Fernanda Paula Oliveira alude que o ordenamento do território traduz a “*aplicação de todas as políticas públicas, designadamente económicas – sociais, urbanísticas e ambientais, visado a localização, organização e gestão correcta das atividades humanas, de forma a alcançar um desenvolvimento regional harmonioso e equilibrado*”. OLIVEIRA, Fernanda Paula, in *Portugal: Território e Ordenamento*, Edições Almedina, fevereiro, 2009, p. 9

⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de., *Curso de direito administrativo*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1026

começar pela liberdade”⁹, estando disposto no espaço da Constituição destinado aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A posição do direito de propriedade como um direito fundamental também pode ser baseada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que, em seu artigo 17º, assim é disposto: “*Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.*” Como se pode observar, esta norma visa enunciar um princípio geral de respeito pela propriedade e confere ao titular um conjunto de direitos de usar, fruir e dispor do bem¹⁰

Além dos diplomas acima mencionados, existe outro dispositivo fundamental sobre a propriedade, que é o artigo 1305^{o11} do Código Civil Português, que determina que o proprietário pode agir em relação a coisa como entender, desde que não se oponham a lei e direitos de terceiros. Tal dispositivo limita-se a explicar as faculdades do proprietário, sem trazer um conceito de propriedade.

Na verdade, os direitos de gozar e dispor do bem são poderes ínsitos à relação de propriedade. Mas em determinadas situações, tais características podem estar afastadas. Por isso é correto afirmar que tais faculdades não são essenciais ou típicas do direito de propriedade, pois podem sofrer limitações decorrentes da lei. Com isso, os direitos concedidos ao proprietário pelo Código Civil se justificam desde que a utilização da propriedade tenha o conteúdo previsto em lei. Diz respeito ao modo como o sujeito deve se apropriar e se relaciona com o objeto.

Com base no citado artigo 1305º do Código Civil, é possível estabelecer que a propriedade é composta dos direitos de uso, gozo e fruição, portanto, consiste em direito complexo. Foi, por muito tempo, considerada direito absoluto, pois oponível *erga omnes*. No entanto o uso da propriedade sofre limitações civis, administrativas e de interesse público. Um atributo da propriedade que pode ser observado a partir deste mesmo dispositivo legal é a exclusividade, ou seja, a possibilidade de excluir dos demais qualquer ação sobre o bem e também a sua utilização.

⁹ CANOTILHO, G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, 2007, pag. 800.

¹⁰ GONÇALVES, Luiz Couto/CARVALHO, Maria Miguel, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, ALMEDINA, 2013, pag. 224.

¹¹ Artigo 1305º do Código Civil Português: “*o proprietário goza, de modo pleno e exclusivo, dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei com observância das restrições por ela impostas.*”

2.1 – A garantia constitucional da propriedade privada e a faculdade de uso do bem

A propriedade, como objeto de garantia constitucional implica algumas consequências e nem sempre pode ser gozada ao livre arbítrio do proprietário. Desde logo, para se saber se uma determinada faculdade de uso ou disposição de um bem é objeto de garantia constitucional da propriedade, explica Miguel de Brito¹² que ela não pode ser tomada isoladamente, mas no contexto da concreta posição jurídica em que se insere. Neste sentido, o direito à propriedade privada têm um caráter marcadamente pluridimensional, ou seja, a posição jurídica que resulta da constituição de uma relação de propriedade (decorrente da aquisição da propriedade de um imóvel, nos termos do artigo 1316^{o13} do Código Civil Português) é caracterizada por uma posição comum aos direitos público e privado. De acordo com este pensamento, refere Jorge Miranda¹⁴ que, no tocante à propriedade consagrada no artigo 62º da Constituição, esta não é reconhecida aprioristicamente como independente e autossuficiente, mas sim reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a enformam.

Nos ditames de J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, “*o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e com as restrições previstas e definidas noutras lugares da Constituição (e na lei, quando a Constituição possa para ela remeter ou quando se trate de revelar limitações constitucionalmente implícitas) por razões ambientais, de ordenamento territorial, económicas, de segurança, de defesa nacional*”¹⁵. Desta maneira, pode-se dizer que o conteúdo do direito de propriedade privada não é de caráter absoluto, eis que este passa a estar dependente de uma pluralidade de leis ordinárias, que fixam conteúdos diversos e impõem limites de diferentes ordens aos diferentes tipos de propriedade privada. Desta feita, o conteúdo deste direito fundamental fica a critério do legislador, que pode ampliá-lo ou restringi-lo em função das concepções políticas, económicas e sociais do momento¹⁶.

¹² BRITO, Miguel Nogueira de, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Almedina, 2007, pag. 963.

¹³ Artigo 1316º do Código Civil Português: “*O direito de propriedade adquire-se por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei*”

¹⁴ MIRANDA, Jorge, *Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade das farmácias)*, Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais, 1ª edição, Principia, 2006, p. 127

¹⁵ CANOTILHO, G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, 2007, pag. 801.

¹⁶ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4ª edição, Vol. I, Editora Almedina, p. 808.

Seguindo este raciocínio, imperioso se faz citar Vieira de Andrade¹⁷ que, por sua vez, ensina que os “*preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual*”.

O Tribunal Constitucional entendeu que o direito de propriedade só tem natureza análoga aos direitos fundamentais enquanto categoria abstrata, como suscetibilidade de aquisição de coisas e bens, onde se inclui o direito à sua livre fruição e disponibilidade, mas não como direito subjetivo de propriedade, entendido como poder direto, imediato e exclusivo sobre determinados bens¹⁸.

Novamente de acordo com os ensinamentos de J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, de uma forma geral, o projeto econômico, social e político da Constituição implica um estreitamento do âmbito dos poderes tradicionalmente associados à propriedade privada e a admissão de restrições (quer a favor do Estado e da coletividade, quer a favor de terceiros) das liberdades de uso, fruição e disposição. No entanto estas restrições associadas à propriedade privada estão sujeitas aos limites das leis restritivas de direitos, liberdades e garantia, dado o carácter análogo do direito de propriedade, que podem revelar-se injustificadas caso violem os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade.

Pode-se citar, a título de exemplo, como restrições constitucionais explícitas ao Direito de Propriedade os artigos 88º e 94º, sendo o primeiro relativo à possibilidade de serem expropriados os meios de produção em abandono, isto é, os bens que não estejam explorados em termos sociais úteis (nº1) e o segundo referente à possibilidade de expropriação e dimensionamento das unidades de exploração agrícola, que tenham dimensões excessivas, aos pequenos agricultores.

Ao citar a doutrina alemã, Alves Correia¹⁹ salienta que a garantia da propriedade em relação à possibilidade de limitação que o legislador pode dar não é a mesma em todos os casos, eis que estas limitações estão relacionadas com a particularidade e a função do objeto do direito de propriedade. Sendo assim, a competência

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Almedina, 2006, p. 115

¹⁸ Vide o Acórdão do Tribunal Constitucional de 02/07/96 (Recurso n.º 32459)

¹⁹ CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Editora Almedina, 2001, pág. 314

do legislador para determinar o conteúdo e limites da propriedade é tanto mais alargada quanto mais o objeto da propriedade estiver inserido em uma referência social em uma função social, mais precisamente quando a utilização e a decisão sobre o bem não estiverem circunscritos à esfera do proprietário, mas antes aos interesses de outros sujeitos de direito. Segundo o referido autor, na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade, o legislador está submetido à várias restrições, entre elas o dever de respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade (artigo 18º, nº 3 da Constituição da República Portuguesa) e o dever de observar os princípios constitucionais da proporcionalidade em sentido amplo (artigo 18º, nº 2) e da igualdade (art. 13º, nº 1)²⁰.

Por fim, cumpre esclarecer que, para além das numerosas normas de direito civil que regulam a posição do proprietário, existem também normas de direito público respeitantes ao ambiente, ao urbanismo e ao património cultural que disciplinam os direitos e poderes do proprietário.

2.2 – A função social da propriedade

Como visto acima, a propriedade não é um direito absoluto. Verificados certos limites, são possíveis restrições ao conteúdo do direito de propriedade em razão do interesse público. Assim, surge a chamada *função social* da propriedade, ou seja, uma espécie de “hipoteca social”²¹ em nome da realização do interesse comum. Certo é, no entanto, que a supremacia do interesse público não anula a existência do direito privado, mas o que se tem é uma predominância do primeiro sobre o segundo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no tocante à função social da propriedade urbana, busca o bem estar coletivo, onde o ambiente urbano em que se vive é capaz de assegurar a dignidade a todos.

A propriedade também pode ser entendida como expressão da liberdade pessoal e política. Neste sentido, a propriedade enquanto direito fundamental serve duas funções diferentes: uma função pessoal e privada assegurando uma zona de liberdade para o indivíduo na esfera da atividade econômica e uma função social e pública, no âmbito na qual, muito embora a propriedade seja individual e confira ao proprietário uma certa discricionariedade no que respeita ao seu uso, ela é orde-

²⁰ CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, obra citada, pág. 313.

²¹ GONÇALVES, Luiz Couto/CARVALHO, Maria Miguel, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, obra citada, pag. 225.

nada ao bem comum da sociedade que a reconhece²². Neste mesmo sentido, a manifestação de liberdade individual da propriedade é temperada pela ideia de o Estado poderem exercer um controlo justificado, razoável e proporcionado do uso, de modo a garantir a salvaguarda do interesse geral, legítimo e relevante.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 não menciona, expressamente, a função social como uma restrição ao direito da propriedade privada, mas deixa implícita, por exemplo, no artigo 61º, nº 1, quando este dispositivo refere-se que a iniciativa económica privada deve ser exercida “*tendo em conta o interesse geral*”. Jorge Miranda²³, por sua vez, entende que, por mais que a Constituição não tenha feito alusão expressa à função social da propriedade privada, isso não quer dizer que a tenha rejeitado, uma vez que este princípio resulta de outras normas constitucionais. Ele nega a necessidade de uma alusão expressa à função social do direito de propriedade deriva do fato de o nº 1 do artigo 62º se inserir num contexto mais vasto: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 1º); a realização da democracia económica, social e cultural (artigo 2º); a promoção da igualdade real entre os portugueses (artigo 9º, alínea “d”); a correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (artigos 81º, alínea “b”, 103º, nº 1 e 104º), bem como a propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse coletivo (artigo 80º, alínea “d”).

No que tange às leis ordinárias que concretizam a ideia de função social do direito de propriedade, podemos citar o Código Civil e a Lei 86/95 (Lei de Bases do Desenvolvimento Agrário). Assim, o artigo 334º²⁴ do Código Civil, que consagra a figura do abuso de direito, tem sido entendido como a consagração civilista da função social da propriedade, uma vez que um dos elementos constitutivos do abuso do direito é a ultrapassagem manifesta pelo titular do direito, no seu exercício, dos limites impostos pelo fim social ou económico deste direito. Já o artigo 14º da Lei nº 86/95 se refere expressamente à função social do solo rural, nos seguintes termos: “*A terra, como suporte físico fundamental da comunidade, é valor eminentemente nacional devendo respeitar a sua função social, no quadro dos constitucionalismos ecológicos, sociais e económicos do País*”.

²² BRITO, Miguel Nogueira de, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Almedina, 2007, pag. 723.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra Editora, 2000, pág. 526

²⁴ Artigo 334º do Código Civil: “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”

A função social da propriedade significa que o proprietário deve dar uma utilização socialmente justa ao objeto do direito de propriedade, onde o interesse geral tem prevalência sobre o interesse individual. Escribano Collado²⁵ diz que a função social introduziu na esfera interna do direito de propriedade um interesse que não pode coincidir com o do proprietário e que, em todo o caso, é alheio ao mesmo. Ainda segundo o mesmo autor, a função social constitui um princípio constitucional ordenador da propriedade privada, que vincula imediatamente o legislador que, na fixação do conteúdo e limites do direito de propriedade, é obrigado a estabelecer um regime socialmente justo do direito de propriedade, isto é, um regime em que a pertinência dos bens realize o objetivo de contribuir para o bem estar da sociedade.

Insta lembrar que a subordinação do direito de propriedade coloca dificuldades à Administração Pública no que respeita à determinação dos aspectos que tocam o núcleo essencial daquele direito, levando em conta a expropriação²⁶. Assim, as medidas administrativas devem ser acompanhadas de uma justa indenização (artigo 62º, nº 2 da Constituição), ao passo que as medidas legislativas não estão constitucionalmente submetidas a uma obrigação de indenização.

Por fim, cumpre aqui fazer um alerta: não se pode confundir as limitações à propriedade com a sua função social. A função social não diz respeito simplesmente à uma interferência no exercício do direito. Para Cristiane Derani²⁷, a ideia de função social da propriedade “*não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao atendimento de determinações de políticas públicas de bem estar coletivo. Esse comportamento decorre do entendimento de que a propriedade é uma relação com resultados individuais e sociais simultaneamente. Os meios empregados e os resultados alcançados devem estar condizentes com os objetivos jurídicos*”. Daí a necessidade de separar a estrutura do direito de propriedade, que está condicionada ao cumprimento de sua função social, do exercício do direito de propriedade, que pode ser limitado. Assim, as limitações são dirigidas ao proprietário e função social é condicionante da propriedade, dizendo respeito à configuração estrutural da propriedade²⁸.

²⁵ COLLADO, Pedro Escribano, *La Propiedad Privada Urbana (Enquadramiento y Regimen)*, Madrid, Montecorbo, 1979, p. 118

²⁶ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, Obra citada, p. 816

²⁷ DERANI, Cristiane. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”*. Revista de Direito Ambiental, volume 7, nº 27, jul.-set. 2002, pág. 63.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição, editora Malheiros, 1995, pág. 66.

3 – O ordenamento do território e o urbanismo

Primeiramente, faz-se crucial entender que existe uma diferenciação doutrinal entre ordenamento do território e urbanismo. Segundo a Carta Europeia de Ordenamento do Território, ordenamento do território é a tradução espacial das políticas económica, social, cultural e ecológica da sociedade, disciplinando o desenvolvimento equilibrado das regiões e a organização física do espaço segundo uma estratégia de conjunto. O conceito de ordenamento do território é amplo, e dá ênfase a uma repartição geográfica equitativa das atividades humanas, quer rurais, quer urbanas. Já o urbanismo²⁹ tem a ver com uma construção racional da cidade com vista ao correto ordenamento da ocupação, utilização e transformação dos solos para fins urbanísticos, isto é, para fins que excedam um aproveitamento agrícola, florestal, pecuário ou cinegético dos solos³⁰.

No que tange ao ordenamento do território e ao urbanismo, impende fazer referência aos planos territoriais. A Constituição faz referência aos planos territoriais no seu artigo 65º, n.º³¹ quando faz alusão aos instrumentos de planeamento que visam disciplinar o governo do território, designadamente os usos e destinos dos vários espaços territoriais. Na verdade, quando a Constituição fala em instrumentos de planeamento, diz de uma forma geral, eis que estes instrumentos podem ter âmbitos espaciais diversos, resultando diferentes competências para a definição da ocupação, uso e transformação dos solos urbanos. Desta forma, ao Estado compete os planos nacionais, como o programa nacional de política de ordenamento do território, às Regiões Autônomas compete os planos das regiões autônomas e às autarquias locais os planos diretores municipais, os planos de urbanização e os planos de pormenor.

Os planos territoriais surgem no papel de intermediário da política urbana que, para estipular a função social da propriedade, tem como objetivo atender às de-

²⁹ Para Diogo Freitas do Amaral, o Direito do Urbanismo “é o sistema das normas jurídicas que, no quadro de um conjunto de orientações em matéria de Ordenamento do Território, disciplinam a atuação da Administração Pública e dos particulares com vista a obter uma ordenação racional das cidades e da sua expansão” AMARAL, DIOGO FREITAS, Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente, Autonomia e Distinções, RJUA, 1994, n.º1, p. 17

³⁰ OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, Novas Tendências do Direito do Urbanismo, 2.ª edição, Almedina, 2012, pg. 12.

³¹ Artigo 65º, n.º 4 “O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística”.

terminações da política local de cada município. O Decreto-Lei 80/2015, que trata do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, regulamenta a política urbana que trata a Constituição e estabelece normas de ordem pública e interesse social a fim de regular o uso da propriedade urbana em benefício do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, atendendo ao seu fim social e à dignidade da pessoa humana.

Os planos intermunicipais e municipais são disciplinados no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – RJIGT (Decreto-Lei 80/2015), nos artigos 69º e seguintes e são instrumentos de natureza regulamentar que estabelecem o regime de uso do solo, definindo modelos de evolução previsível da ocupação humana e da organização das redes e sistemas urbanos, bem como parâmetros de aproveitamento do solo e da garantia de qualidade ambiental³². Estes planos definem o regime de uso dos solos, classificando-o como urbano ou rural e qualificando-o quando regulam o aproveitamento do solo em função da utilização dominante que nele pode ser instalada e desenvolvida, fixando os respectivos uso e a possível edificabilidade.

São planos municipais:

- a) Os planos diretores municipais (artigos 95º a 97º do RJIGT) – estabelece a estrutura espacial de todo o território municipal, constituindo uma síntese da estratégia de desenvolvimento e ordenamento local prosseguida, integrando opções de âmbito nacional e regional com incidência na respectiva área de intervenção. Além disso, define a organização espacial da parte determinada do território municipal, integrada no perímetro urbano, que exija uma intervenção integrada de planeamento e desenvolve e concretiza propostas de organização espacial de qualquer área específica do território municipal.
- b) Os planos de urbanização (artigos 98º a 100º do RJIGT) – concretiza, para uma determinada área do território municipal, a política de ordenamento do território e de urbanismo, fornecendo o quadro de referência para a aplicação das políticas urbanas e definindo a estrutura urbana, o regime de uso do solo e os critérios de transformação do território
- c) Os planos de pormenor (artigos 101º a 109º do RJIGT) – desenvolve e concretiza propostas de ocupação de qualquer área do território municipal, estabelecendo regras sobre a implantação das infra-estruturas e o desenho

³² Noções dada por Fernanda Paula Oliveira, em *Direito do Urbanismo*, 2ª edição, Manuais CEFA, 2004, p. 31.

dos espaços de utilização coletiva, a forma de edificação e a disciplina da sua integração na paisagem, a localização e inserção urbanística dos equipamentos de utilização coletiva. Além disso, pode desenvolver e concretizar programa de ação territorial.

São várias as funções que se pode apontar aos planos municipais. A primeira função consiste em inventariar a realidade existente, ou seja, todos os planos devem fazer um levantamento da situação existente e respectivas causas no que concerne à utilização do território a que se aplica. Devem, os planos, também, fazer caracterizações dos solos, dos subsolos e dos recursos hídricos; o estudo dos aspectos de caráter econômico, a análise social dos aglomerados urbanos e da rede urbana da área em causa. Alves Correia³³ entende que esta função é de extrema importância, eis que confere um certo grau de realismo aos objetivos do plano e sem ela o plano poderia transformar-se “numa mera expressão de ideias e dos desejos do seu autor ou autores”. Esta função decorre do artigo 4º do RJGT ao definir que os instrumentos de gestão territorial devem explicitar os fundamentos das respectivas previsões. Neste sentido, Fernanda Paula Oliveira³⁴ acrescenta que os planos diretores municipais devem fornecer a caracterização econômica, social e biofísica da área de intervenção, bem como a identificação das redes urbanas, viária, de transporte, etc. (artigo 96º, alíneas “a” e “b”), deles constando uma planta de condicionantes que identifica as servidões e restrições de utilidade pública em vigor (artigo 97º). Já nos planos de urbanização e nos planos de pormenor deve conter uma planta de condicionantes (artigos 100º e 107º), devendo definir e caracterizar a área de intervenção, identificando valores culturais e naturais a proteger.

Outra função consiste na conformação do território do direito de propriedade. Tal função significa que o plano define os princípios e as regras respeitantes à organização do território e à racionalização da ocupação, uso e transformação do espaço³⁵. Trata-se de uma função “contratual” de todos os planos, já que todos eles pretendem programar, influenciar e organizar a ocupação e transformação do território³⁶. A função conformadora do direito de propriedade do solo significa que, nos ditames de Alves Correia, o plano tem como efeito o estabelecimento de prescrições que vão tocar a própria essência do direito de propriedade, por meio da

³³ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4ª edição, volume 1, editora Almedina, 2012, p. 364.

³⁴ OLIVEIRA, Fernanda Paula, em *Direito do Urbanismo*, 2ª edição, Manuais CEFA, 2004, p. 31.

³⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula, em *Direito do Urbanismo*, 2ª edição, Manuais CEFA, 2004, p. 33.

³⁶ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4ª edição, volume 1, editora Almedina, 2012, p. 366.

classificação do uso e destino do solo, da divisão do território em zonas e da definição dos parâmetros a que deve obedecer a ocupação, uso e transformação de cada um deles.

Uma última função dos planos consiste na gestão do território. Os planos urbanísticos se preocupam com o quando e o modo da sua concretização, encerrando disposições que têm a ver com o problema da execução concreta das suas previsões. Para isso, de acordo com Fernanda Oliveira³⁷, basta ver que os planos diretores municipais possuem um programa do qual constam as disposições indicativas sobre a execução das intervenções municipais previstas bem como sobre os meios de financiamento das mesmas (artigo 97º, nº 2, alínea “c”).

3.1 – A propriedade do solo

A ocupação, o uso e a transformação dos solos representam um complexo de atividades cujas regras se encontram definidas, sobretudo, na legislação que diz respeito ao ordenamento do território e nos instrumentos de planeamento territorial³⁸.

No Decreto-Lei 80/2015 (que disciplina o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – RJIGT) é possível extrair a definição de solo urbano, que, de acordo com o artigo 71º, é assim conceituado: “*aquele que está total ou parcialmente urbanizado ou edificado e, como tal, afeto em plano territorial à urbanização ou edificação*”.

No que tange ao direito de propriedade do solo, este está subordinado a um regime jurídico diferente do direito de propriedade que incide sobre outros bens móveis e imóveis, pois o solo é um instrumento indispensável à satisfação da necessidade básica do homem. Alves Correia³⁹, ao citar a doutrina e jurisprudência alemã, diz que estas vêm defendendo que a propriedade do solo está sujeita a uma vinculação social mais forte do que a propriedade que existe sobre os demais bens imóveis, haja vista a sua importância fundamental para o desenvolvimento da sociedade no seu conjunto e para as necessidades das instituições de utilidade pública.

³⁷ OLIVEIRA, Fernanda Paula, em *Direito do Urbanismo*, 2ª edição, Manuais CEFA, 2004, p. 37.

³⁸ CANOTILHO, G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, 2007, p. 838.

³⁹ CORREIA, Fernando Alves, *Separata de Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003, p. 514.

Importante destacar a vinculação social da propriedade do solo como forma de limitação da disposição indiscriminada da propriedade. Segundo o artigo 13º, da Lei 31/2014 (Lei de Bases Gerais da política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo), “*Os proprietários do solo têm o direito a utilizar o solo de acordo com a sua natureza, e com observância do previsto nos programas e planos territoriais*”. Neste mesmo sentido, a jurisprudência alemã⁴⁰ também é firme na questão da obrigação social do solo, nos seguintes termos: “*O fato de o solo ser indispensável e de não ser multiplicável impede que a sua utilização seja abandonada completamente ao jogo não controlável da livre iniciativa e à vontade do particular; uma ordem social e jurídica justa exige, pelo contrário, que os interesses gerais sejam salientados no caso do solo numa medida mais forte do que nos outros bens econômicos [...] A obrigação da utilização socialmente justa não é apenas uma ordem para o comportamento concreto do proprietário, é também em primeira linha uma directiva para o legislador, para este tomar em consideração o interesse público na regulamentação do conteúdo da propriedade. Nisto reside a recusa de um ordenamento da propriedade, no qual o interesse individual tenha uma preferência incondicional perante o interesse geral*”. Assim, a citada doutrina alemã tem uma relevância prática de grande alcance, eis que legitima que a lei e a Administração estabeleçam restrições ou limitações às faculdades de uso ou utilização do solo, sem que se verifique numa obrigação de indenização.

Assim, convém reconhecer que o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade privada do solo, sendo uma prerrogativa que a Administração Pública concede aos proprietários⁴¹.

Por derradeiro, cumpre fazer uma breve análise do princípio da vinculação situacional, que, contidos nos planos urbanísticos, também serve como forma de limitação da propriedade do solo. Tal princípio segue no sentido de que “*cada terreno é caracterizado pela sua situação e pela sua qualidade, bem como pela sua inserção na natureza e na paisagem. Ora, da especial situação factual do terreno, nomeadamente da sua localização, numa área de proteção da natureza, ou numa área industrial densamente ocupada, pode resultar para o respectivo proprietário a obrigação de não realizar ou de renunciar determinadas utilizações, que seriam,*

⁴⁰ Tribunal Constitucional Alemão, em 12 de janeiro de 1967, in CORREIA, Fernando Alves, *Separata de Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003, pag. 514.

⁴¹ MONTEIRO, Claudio. *O domínio da cidade. A propriedade à prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 16

*em princípio, admissíveis, como por exemplo a edificação*⁴². Assim, os planos urbanísticos podem proibir a realização de construções em terrenos declivosos ou situados em linhas de água, as quais limitam a expressar a situação particular e as qualidades específicas dos mesmos. Este princípio possui importância em vários domínios, como o da problemática do acompanhamento, ou não, de indenização das proibições, restrições e condicionamentos ao uso, ocupação e transformação do solo.

3.2 – A influência dos planos municipais sobre a propriedade do solo

Os planos municipais definem o regime de uso do solo através da qualificação e classificação. Os planos municipais, ao classificarem o solo, determinam a distinção fundamental entre solo rural e solo urbano. No sentido da qualificação do solo, os planos regulam o aproveitamento do em função da utilização dominante que nele pode ser instalada ou desenvolvida, deixando claro os respectivos uso e a edificabilidade. Como o direito de propriedade está conformado pelo conteúdo dos planos, torna-se *“singularmente importante o dever de planejar corretamente o uso do nosso solo”* e *“assegurar um equilíbrio apropriado entre todos os tipos de procura de solo, de tal modo que o solo se utilize do interesse de todos”*⁴³

Alves Correia⁴⁴ alerta para o fato de que o plano urbanístico não é algo que se situe numa posição extrínseca em relação ao direito de propriedade do solo, mas um instrumento que faz parte integrante dele. Assim, o planeamento do solo não é um adversário, mas um meio de conformação da propriedade imobiliária. Além disso, pode-se dizer que o solo abrangido por um plano urbanístico assumem um significado e importância que os solos não abrangidos por planos urbanísticos não possuem, eis que os planos definem aquilo com que os proprietários poderão contar e estabelece regras e princípios que deve ser observados pela Administração. Neste sentido, o “o objeto do direito de propriedade já não é hoje mais o solo em si, mas, em certo sentido, o solo “planificado””. Além das vantagens citadas, o solo planificado possui uma valorização imobiliária maior do que os não planificados.

⁴² CORREIA, Fernando Alves, *Separata de Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003, pag. 516.*

⁴³ FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Manual de Derecho Urbanístico*, 15ª edição, Madrid, 2000, p. 16 e 17.

⁴⁴ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4ª edição, volume 1, editora Almedina, 2012, p. 824-825.

A partir das explanações acima, é de se suscitar se a influência dos planos urbanísticos na propriedade do solo possui de natureza restritiva ou conformativa.

Conforme salientado anteriormente, os planos municipais de ordenamento do território são instrumentos que definem os limites do direito de propriedade do solo. No entanto, este modo de entender os planos urbanísticos como limitadores do direito de propriedade do solo deve levar em consideração uma dignidade expropriativa, conforme o artigo 62º, nº 2 da Constituição.

Desta feita, existe outro entendimento doutrinário que qualifica a influencia dos planos na propriedade do solo como sendo de natureza ambivalente⁴⁵, ou seja, tem um efeito conformados do conteúdo e limites do direito de propriedade do solo, enquanto outra assume uma dignidade expropriativa.

A partir destas posições, Alves Correia entende que o plano urbanístico constitui, na sua essência, um instrumento de conformação de propriedade do solo e, sendo assim, não pode ser entendido como instrumento de intervenção, além de ser extremamente simplista as posições que encaram o plano urbanístico como um instrumento “contra a esfera jurídico-privada” ou contra a “propriedade do solo”.

Ora, se considerarmos que, junto ao direito fundamental de propriedade, previsto e garantido no regime jurídico-constitucional, estão alguns deveres urbanísticos relacionados à função social da propriedade do solo, chega-se à conclusão que, na verdade, não há qualquer conflito entre o direito de propriedade do solo e os planos urbanísticos. Muito pelo contrário: isso faz com que os planos urbanísticos estejam inseridos no regime jurídico da propriedade do solo. Diante do exposto, a tensão, quando há, está no exercício do direito de propriedade do solo, e não no direito em si.

3.3 – O Direito de Construir

No Estado de Direito Social, as decisões sobre a urbanização do território deixam de pertencer ao proprietário dos terrenos e passam a ser de responsabilidade da Administração, a quem cabe a função de planejamento, gestão e controle das atividades dos particulares que têm reflexos na ocupação, uso e transformação do solo⁴⁶. Como delineado anteriormente, os tipos de utilização de um terreno, designadamente para

⁴⁵ E. SCHMIDT-ASSMANN, citado por Fernando Alves Correia em *Manual de Direito do Urbanismo*, obra citada p. 827.

⁴⁶ OLIVEIRA, Fernanda Paula, *O papel dos privados no planejamento: que formas de intervenção?*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, Almedina editora, nº 20, dezembro de 2003, p.44.

fins de construção, deixaram de estar dependentes da vontade ou da liberdade do proprietário para serem uma consequência do plano de ordenamento do território.

O direito de construção pode ser definido como “o conjunto de normas e instituições jurídicas respeitantes à construção, manutenção, alteração, utilização e demolição de edifícios”⁴⁷. Além disso, o direito de construir não se insere no direito de propriedade, sendo uma atribuição pública, que depende do ordenamento e do planeamento do território, conforme alínea e) do art.º 9.º e na alínea b) do n.º 2 do art.º 66.º da Constituição, bem como das regras relativas à ocupação, ao uso e à transformação dos solos urbanos (n.º 4 do art.º 65.º da Constituição).

Em verdade, como salientado anteriormente no tópico referente aos planos municipais de ordenamento do território, bem como pode ser observado nos artigos 9º da Lei de Bases da Política do Ordenamento do Território e do Urbanismo – LBPOUT e 70º a 74º do RJGT, são os planos municipais que definem o regime de uso do solo através da qualificação e classificação do mesmo. Assim, se a escolha do destino e dos modos de utilização do solo foi transferida para o plano urbanístico, o atual direito dos solos passou a ser regido por um novo princípio: o da repartição do poder sobre o solo entre o município e o proprietário⁴⁸.

O direito disposto no artigo 65º, nº1 da Constituição da República Portuguesa de 1976, qual seja, o direito a uma habitação “*de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar*”, obriga, a ter presente três realidades: de um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, base da República Portuguesa (artigo 1º da Constituição); de outro, a natureza condicional da realização deste direito enquanto direito social ou “*sob condição do possível*”; de outro ainda, a necessidade de conformar a legislação urbanística da construção segundo parâmetros de qualidade⁴⁹.

Neste passo, o direito da construção deve possibilitar e garantir uma liberdade, sem o que não será um direito. As regras a que toda a construção deve obedecer não devem, por isso, afetar esse núcleo essencial de liberdade enquanto realidade em potência que tem de ser atualizada. O interesse individual do proprietário do direito à construção precisa ser compatível com o interesse da comunidade a um desenvolvimento urbanístico harmonioso, a uma construção segura e sem perigos.

⁴⁷ CORREIA, Fernando Alves, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, obra citada, p. 88.

⁴⁸ CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4ª edição, volume 1, editora Almedina, 2012, p. 824.

⁴⁹ GARCIA, Maria da Glória F.P.D., *O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº 13, 2000, p. 104.

No entanto, a faculdade de construir, em razão de uma liberdade limitada por normas legais, não deve ser entendida como uma faculdade inerente ao direito de propriedade do solo. A evolução cultural das últimas décadas, ao qualificar certos bens, como o ambiente e o património cultural, como bens de natureza jurídico-constitucional, demandando uma particular proteção e valorização, no mesmo plano do direito de propriedade, alterou o conteúdo deste direito, que, por isso mesmo, vê garantida na Constituição a faculdade de transmitir em vida ou por morte, a impossibilidade dela ser arbitrariamente desapossado, mas não vê garantida a faculdade de a usar e fruir (artigo 62º)⁵⁰.

Por força dos artigos 65º e 66º da Constituição, não se pode defender que o proprietário do solo tem pleno direito de construir. A defesa do ambiente e do património cultural, implica uma reconstrução do conteúdo da propriedade dos solos, particularmente no que se refere à faculdade de neles construir, que passou a ser de natureza pública, atribuída pelos planos urbanísticos, em razão do peso constitucional dos valores que através do solo se procuram salvaguardar.

Por sua vez, jurisprudências⁵¹ do Tribunal Constitucional têm entendido de modo uniforme que a Constituição da República Portuguesa não tutela o direito à edificação como um elemento do direito de propriedade e que a necessidade de obtenção de licenciamento e ou autorização não viola o direito de propriedade consignado no artigo 62.º da Lei maior. O direito de construir e a sua dependência de regras relativas à necessidade de obtenção de licenciamento não integra o núcleo do direito de propriedade, não gozando do regime da tutela dos direitos, liberdades e garantias⁵². Logo, o direito de construir deve ser exercido dentro dos parâmetros urbanísticos em voga, em ordem a que sejam respeitados outros direitos e deveres, também eles constitucionalmente consagrados.

⁵⁰GARCIA, Maria da Glória F.P.D., *O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana* obra citada, p. 105

⁵¹ Acórdãos do Tribunal Constitucional de 09/10/08 (Recurso n.º 523/07); de 01/04/04 (Recurso n.º 1550/03); de 16/01/2003 (Recurso n.º 1316/02); de 31/03/04 (Recurso n.º 35338); de 02/12/01 (Recurso n.º 34981); e de 02/07/96 (Recurso n.º 32459).

⁵² LINO, Joana Roque, *O direito de propriedade e o direito de construir*, in *Malha Urbana – Revista Lusófona de Urbanismo*, n.º 12, 2012, p. 144 acesso em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/malhaurbana/article/view/2891/2199>

4 – Os princípios a que obedecem as restrições à propriedade

António Pereira da Costa, ao discorrer sobre os direitos dos solos e da construção, faz referencia a certos princípios relativos às restrições da propriedade⁵³. Dentre os princípios destacados por este autor estão o princípio da legalidade, da utilidade pública, da proporcionalidade e o princípio da indenização.

No que diz respeito ao princípio da legalidade, os órgãos e os agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (artigos 2º e 266º, nº 2, da Constituição). Já o artigo 62º da lei maior, como explicado anteriormente, garante à todos o direito de propriedade privada e, de acordo com o disposto nos artigos 17º e 18º, nº 3, as leis restritivas à propriedade têm de revestir carácter geral e abstrato. Deve, assim, a intervenção sobre a propriedade ter necessariamente a sua fonte na lei. Insta salientar que, em alguns casos, embora previstas a lei, para que as limitações se imponham, é necessário um ato da Administração, sendo a lei, apenas, a fonte mediata. Assim, o princípio da legalidade abrange a tipificação da ingerência da Administração sobre a propriedade, as regras do procedimento e as do seu exercício.

A partir do princípio da utilidade pública, a Administração visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigos 266º, nº 1 da Constituição e 4º do Código de Procedimentos Administrativos). No entanto isso não significa que os beneficiários da intervenção da Administração sejam entes públicos, haja vista o artigo 14º, nº 5 do Código das Expropriações, onde é disposta a possibilidade e expropriar-se por utilidade pública os imóveis necessários à instalação, ampliação, reorganização ou reconvenção de unidades industriais ou dos respectivos acessos, sendo o reconhecimento do interesse público reconhecido pelas empresas interessadas. Cumpre lembrar que a utilidade pública precisa ser concreta e atual, ou seja, tem de existir na altura da sua declaração, devendo ser indicado o fim concreto a atingir e determinados os bens necessários para esse efeito, do que constitui exceção a expropriação para satisfazer necessidades futuras (artigo 3º, nº 1, do Código das Expropriações – Lei 168/99).

Junto ao princípio de utilidade pública, caminha o princípio da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, mas isso não quer dizer que a Administração Pública não possa violar direitos e interesses dos particulares, como no caso do direito de propriedade privada. Neste caso, a Administração Pública não pode prejudicar direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares fora do âmbito de competências de sua atuação, definida por lei.

⁵³ COSTA, António Periera da, *Os Direitos dos Solos e da Construção*, livraria Minho, 2000, p. 12-22.

Já o princípio da proporcionalidade, ainda de acordo com os ensinamentos do mesmo autor, é disposto no artigo 226º, nº 2 da Constituição, ao estabelecer que os órgãos e agentes administrativos devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelo princípio da proporcionalidade. Corroborando com a Constituição, o artigo 5º, nº 2 do Código de procedimentos Administrativos estipula que as decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições em termos adequados e proporcionais aos objetivos a realizar. Esta é a consagração do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o qual se desdobra nos sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com o sub-princípio da adequação, as decisões administrativas só podem afetar os direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares em termos adequados, ou seja, devem ser aptas para se atingir a satisfação da utilidade pública pretendida. O sub-princípio da adequação pode ser vislumbrado nos artigos 1º, 4º, 8º, nº 2 e 15º, nº 1 da Lei dos Solos quando se diz que a aprovação pela Administração da alteração do uso ou da ocupação dos solos visa o adequado ordenamento do território, que a Administração procederá à aquisição de terrenos pelos meios mais adequados, que as medidas preventivas abrangerão apenas os atos com interesse para os objetivos a atingir, que as zonas de defesa e controlo urbano terão a extensão que se mostre adequada em cada caso para a satisfação dos fins a que se destina.

No que se refere ao sub-princípio da necessidade, a intervenção da Administração sobre a propriedade só se legitima quando é imprescindível para alcançar os fins propostos, e na medida em que o seja. Tal princípio encontra-se consagrado no artigo 65º, nº 4 da Constituição, relativamente às expropriações urbanísticas.

Com o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, visa-se estabelecer um equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado,. Tal princípio é previsto no artigo 7º da Lei dos Solos, onde se estipula que o recurso às medidas preventivas deve ser limitado aos casos em que, fundadamente, se receie que os prejuízos resultantes da possível alteração das circunstâncias locais sejam socialmente mais relevantes do que os inerentes à adoção das medidas.

Por fim, no que tange ao princípio da indenização e de acordo com a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo, a equidade deve ser assegurada através da justa repartição do encargos e benefícios decorrentes da aplicação dos instrumentos de gestão territorial e obriga a que estes, quando vinculativos dos particulares, prevejam mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios daqueles resultantes, e determina que, quando a compensação não possa ser conseguida, nos termos do artigo 18º, nº 1, existe o dever de indenizar sempre que

os mesmos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem, sobre direitos do uso do solo preexistente, restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação (artigo 18º, nº 20).

5 – Conclusão

A Constituição da República Portuguesa consagra a garantia do direito de propriedade, bem como a sua transmissão em vida ou por morte, constituindo o direito de propriedade uma garantia institucional e um direito fundamental. Embora se fale em função social da propriedade, não há uma subordinação absoluta dos interesses do proprietário aos interesses da coletividade, pois a conformação legal da propriedade tem de ser feita de acordo com os valores previstos na Constituição, e implica na síntese entre a utilidade social e a utilidade individual dos bens apropriados.

Como visto, o direito de construir não é uma manifestação da liberdade de uso e fruição da propriedade, não sendo protegido pela garantia constitucional da proteção dos direitos fundamentais e, sendo assim, o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade privada, mas sim dos planos de ordenamento do território.

O direito de construir está, no entanto, pressuposto no estatuto constitucional da propriedade imobiliária urbana, onde a vocação para a edificação é decidida por meio de instrumentos de planeamento, criando no titular o interesse de poder realizar construir ou fazer o aproveitamento urbanístico da sua propriedade. Logo, podemos concluir que o proprietário não tem um direito de natureza patrimonial até que o plano atribua vocação urbana ao seu terreno e defina o conteúdo do aproveitamento urbanístico.

O proprietário não possui direito adquirido de construir, pois a faculdade de edificar tem como origem a propriedade do solo e este não pode ser edificado sem a concessão de licença. De acordo com um posicionamento publicista, concluímos que o indeferimento de uma licença para construção não nega o direito à propriedade privada, cujas faculdades do titular são restringidas pelo ordenamento como um todo. No entanto, devemos ter em mente que quando a restrição à propriedade for configurada como uma expropriação, nasce um direito de indenização.

Concordando com Claudio Monteiro, a propriedade é um espaço de autonomia individual, mas não de soberania privada⁵⁴. Logo, o que importa é avaliar se o di-

⁵⁴ MONTEIRO, Claudio. *O domínio da cidade. A propriedade à prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, Lisboa, 201, p. 16

reito de propriedade privada, como instrumento de urbanização, tem um objeto e uma estrutura adequados às exigências do urbanismo moderno, que compatibiliza a sua função individual com a sua função social.

Referências bibliográficas

- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções*, in RJUA, n° 1, 1994
- JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição*, Almedina, 2006
- EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Almedina, 2007
- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional de conflitos e protecção dos direitos fundamentais*, RLJ, n° 3815;
– *Direito Constitucional*, 6ª edição, 1993;
- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, 2007;
- JOÃO CAUPERS, *Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n° 3, Junho de 1995
- PEDRO ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana (Enquadramiente y Regimen)*, Madrid, Montecorbo, 1979
- FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4ª edição, volume 1, editora Almedina, 2012, pág. 364.
– *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Editora Almedina, 2001
– *Separata de Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso*, Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003,
- ANTONIO PEREIRA DA COSTA, *Os Direitos dos Solos e da Construção*, livraria Minho, 2000

- SANDRA CUREAU, *Intervenção na Propriedade: zoneamento de uso do solo*. Revista Brasileira de Direito Ambiental, Editora Fiuza, ano 03, jul./set. 2005
- CRISTIANE DERANI, *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”*. Revista de Direito Ambiental, volume 7, nº 27, jul.-set. 2002
- TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 15ª edição, Madrid, 2000
- MARIA ELIZABETH FERNANDEZ, *Direito ao ambiente e propriedade privada: aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das leis-reserva portadoras de vínculos ambientais*, Coimbra, 2001
- MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, *O Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº 13, 2000
- LUIZ COUTO GONÇALVES/MARIA MIGUEL CARVALHO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, ALMEDINA, 2013
- PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexó causal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- JOANA ROQUE LINO, *O direito de propriedade e o direito de construir*, in *Malha Urbana – Revista Lusófona de Urbanismo*, nº 12, 2012 disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/malhaurbana/article/view/2891/2199>
- JORGE MIRANDA, *Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade das farmácias)*, Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais, 1ª edição, Principia, 2006
- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, Coimbra Editora, 2000
- JOÃO MIRANDA, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra, 2012
- CLAUDIO MONTEIRO, *O domínio da cidade. A propriedade à prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, Lisboa, 2013
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *O papel dos privados no planeamento: que formas de intervenção?*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Almedina editora, nº 20, dezembro de 2003
- *Direito do Urbanismo*, 2ª edição, Manuais CEFA, 2004,
- *Portugal: Território e Ordenamento*, Edições Almedina, fevereiro, 2009, p. 9

– *Novas Tendências do Direito do Urbanismo*, 2.^a edição, Almedina, 2012

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2^a edição, editora Malheiros, 1995