



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade de Direito Administrativo e Administração Pública

Orientador Professor Doutor Cláudio Ramos Monteiro

A força normativa do facto no Direito do Urbanismo português

Márcia Andreia Marques Tavares

Dissertação de Mestrado

Lisboa, 2018

Só a educação liberta.

– Epicteto

ÍNDICE¹

AGRADECIMENTOS.....	5
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	6
RESUMO	8
PALAVRAS-CHAVE.....	8
<i>ABSTRACT</i>	9
<i>KEYWORDS</i>	9
I – INTRODUÇÃO	10
II – O FACTO ENQUANTO FONTE DE DIREITO	15
2.1. – No Direito Privado, onde tudo o que não é proibido é permitido	15
2.1.1. – Primeira aproximação à questão. Do costume, praxe e factos jurídicos.....	15
2.1.2. – Da posse e usucapião.....	17
2.1.2.1. – Introito: a propriedade enquanto o direito real por excelência	17
2.1.2.2. – Posse. A tutela de uma aparência fáctica do direito real	18
2.1.2.3. – Usucapião: expoente máximo da proteção da confiança e certeza jurídicas	23
2.1.3. – Da acessão	26
2.1.3.1. – Definição e classificações.....	26
2.1.3.2. – Aspectos do regime da acessão natural	28
2.1.3.3. – Aspectos do regime da acessão industrial imobiliária.....	32
2.1.3.4. – Modo de operar e objeto.....	35
2.2. – No Direito Público, onde é proibido tudo o que não é permitido.....	37

¹ A presente dissertação de mestrado será redigida de acordo com o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/91, de 23 de agosto de 1991 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 43/91, de 23 de agosto de 1991. Todavia, as transcrições de textos respeitantes da anterior ortografia serão mantidas.

2.2.1. – Da estrita vinculação ao princípio da legalidade?	37
2.2.2. – Da teoria dos agentes putativos e do interesse público.....	41
2.2.3. – Do regime da nulidade administrativa.....	44
2.2.3.1. – Introito – da clássica formulação dualista do sistema de invalidades.....	44
2.2.3.2. – A inexistência jurídica – a mais nula das nulidades?	47
2.2.3.3. – Do regime da nulidade do CPA de 1991 ao regime do CPA de 2015	49
III – O DIREITO DO URBANISMO PORTUGUÊS ENQUANTO RAMO ESPECIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO	53
3.1. – Conceito de urbanismo e breve resenha histórica: o urbanismo como facto social	53
3.2. – Dos princípios aos especiais interesses públicos salvaguardados	58
3.2.1. A natureza jurídica enquanto ramo especial.....	58
3.2.2. O Direito do Urbanismo e os princípios gerais da atividade administrativa. Problematização.	61
3.3. – Da nulidade enquanto vício regra.....	67
3.3.1. – O sistema de invalidades do Direito do Urbanismo	67
3.3.2. – As particularidades do regime: direito de ação e intervenção do Ministério Público	72
3.3.3. – <i>Quod nullum est, nullum producit effectum?</i>	76
IV – A FORÇA NORMATIVA DO FACTO NO DIREITO DO URBANISMO	81
4.1. – Da Teoria da “ <i>fuera normativa de lo fáctico</i> ” no Direito do Urbanismo Espanhol	81
4.2. – Dos planos de pormenor aos sistemas de perequação e outros institutos relevantes	84
4.3. – Das imposições da tutela da confiança, do princípio da proporcionalidade e da igualdade	87
4.4. – Dos interesses públicos difusos e outras dificuldades.....	90
4.5. – Em suma, da intolerável esquizofrenia da não aceitação do fáctico	92
V - CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a quem tudo, sem exceção, devo. Por viverem as minhas angústias com mais intensidade que eu própria, pelo amor incondicional e por serem o meu porto de abrigo.

À Vânia e ao Diogo, a quem tanto devo, por todo o apoio e o carinho incansável que sempre me dão. Por estarem sempre à distância de um telefonema.

Ao meu orientador, Professor Doutor Cláudio Monteiro, por ter traçado um rumo a este meu caminho, pela preciosa ajuda a nível bibliográfico e por me ter apresentado com um tema que me despertou um interesse suficiente para me convencer a perder-me nestas lides.

À Almeida D' Eça & Associados, na pessoa da Dr.^a Rita Almeida D' Eça e da Dr.^a Patrícia Raposo, por terem tornado possível o redigir desta dissertação paralelamente com o estágio na Ordem dos Advogados, por todo o carinho e compreensão. À Joana, pela genuína preocupação e pelo afeto que sempre demonstra.

Aos meus amigos, em particular à Francisca, à Sofia, ao Tiago, e ao João Paulo, por me perdoarem a negligência que têm sofrido este últimos largos meses. Por serem a família que escolhi e com quem posso ter as maiores discussões políticas, religiosas, e ideológicas; por me permitirem a problematização do Direito na esteira de um copo de vinho. Por, enfim, acreditarem em mim quando nem eu própria logro fazê-lo.

Por fim, *last but not least*, ao meu incontornável mestre – na verdadeira aceção da palavra, àquele que é o grande responsável pela minha paixão pelo Direito Administrativo, o Professor Doutor Colaço Antunes. Por tudo quanto me ensinou, pelo caminho que ajudou a traçar e, principalmente, por ser a prova inequívoca do ensinamento que ensejo cumprir, de que quem só de Direito sabe, nem de Direito sabe.

A todos, que de uma forma ou de outra – de um modo *Saint-Exupéryano*, passaram pela minha vida e contribuíram para o meu crescimento enquanto pessoa e jurista, e que me tornaram naquilo que sou hoje.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AUGI – Áreas Urbanas de Génese Ilegal

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

Cfr. - Confrontar

Constituição – Constituição da República Portuguesa

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código do Processo Civil

CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

Lei de Bases – Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo

LS – *Ley del Suelo*

LTFP – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

MP – Ministério Público

NCPA – Novo Código do Procedimento Administrativo

Op. Cit. – *opere citato* (da obra citada)

P. – página

PDM – Plano Diretor Municipal

PP. – páginas

RAN – Reserva Agrícola Nacional

REN – Reserva Ecológica Nacional

RERU – Regime Excecional de Reabilitação Urbana

RJIGT – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial

RJPIP – Regime Jurídico do Património Imobiliário Público

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

RESUMO

Subordinada ao tema “*A força normativa do facto no Direito do Urbanismo português*”, a presente dissertação visa analisar o atual quadro das invalidades do Direito do Urbanismo português. Considerando que a nulidade é o vício regra, pretende-se descortinar o porquê desta solução legal, e averiguar se se trata da solução que melhor protege os princípios jurídicos da proporcionalidade, proteção da confiança, igualdade e legalidade. Partindo da tese que o Direito serve para regular o facto e não pode ignorar a factualidade prática, começa por perceber de que forma o Direito Privado, designadamente os Direitos Reais, tratam das disfunções entre a realidade prática e o Direito, e que princípios invocam para reconhecer que a certeza e a segurança jurídica se sobrepõem à justiça em sentido estrito – à conformidade da realidade com a lei. Partindo, portanto, da força normativa que o facto tem – e que é reconhecida há centenas de anos – na dominialidade privada, tentaremos com a presente aplicar os mesmos princípios ao Direito do Urbanismo.

Para tal, primeiro será posto à prova o regime de invalidades do Direito Administrativo e, os especiais princípios que são tutelados por este tronco do Direito. Considerando as relevantes restrições impostas pelo princípio da legalidade, tentaremos perceber se o facto tem – e pode ter – a mesma força normativa no Direito Público que tem no Direito Privado. Mas como o Direito do Urbanismo é um ramo especial de Direito Administrativo, não nos esqueceremos que a sua substantividade própria impõe por soluções legais que poderão ser distintas – pelo que descortinaremos os princípios e exceções ao regime de invalidades do Direito Administrativo.

Concluimos, por fim, que o princípio de *quod nullum est, nullum producit effectum* está longe da realidade fáctica do Direito do Urbanismo. E que a lei, ao longo dos tempos, tem vindo a reconhecer e a adaptar-se a essa força normativa que o facto possui, bem como às expectativas jurídicas que visa proteger. Contudo, esses esforços estão longe de ser suficientes. Pelo que a presente dissertação advogava por uma reforma no sistema de invalidades do Direito do Urbanismo.

PALAVRAS-CHAVE

Urbanismo, nulidade, realidade fáctica, efeitos do tempo, expectativas jurídicas.

ABSTRACT

Entitled “*A força normativa do facto no Direito do Urbanismo português*”, this present dissertation aims to analyze the present state of the grounds of nullity and annulability in the Urban Law.

Considering the fact that nullity is nowadays the most employed antidote to an illegal behavior in the Urban Law, we intent to unveil the reason for this legal solution. And also to investigate whether it is the solution that best protects the principles of proportionality, natural justice and fairness, protection of trust, equality and legality. Based on the thesis that the law serves to regulate the fact and cannot ignore reality, it will begin by perceiving how Private Law, namely Property Law, deals with the dysfunctions between reality and the law, and which principles invokes to recognize that certainty should overlap justice in the strict sense. Therefore, based on the normative force that reality has - and that has been recognized for hundreds of years - in private domination, we will try to apply the same principles to the Urban Law. For this purpose, we will put the system of invalidities of the Administrative Law to the test and the special principles that are protected by this branch of Law. Considering the relevant restrictions imposed by the principle of legality, we will try to understand if the fact has - and should have - the same normative force in Public Law that has in the Private Law. But since the Urban Law is a special branch of Administrative Law, we will not forget that its own substantiality may impose different legal solutions. So, we will disclose the different principles and the exceptions to the regime of Administrative Law invalidities, in the Urban Law.

We finally conclude, that the principle of *quod nullum est, nullum producit effectum* is far from the reality of the Urban Law. And that the law, over time, has come to recognize and adapt to the reality and recognize the legitimate expectations that it seeks to protect. However, it is far from enough. So the present dissertation advocates for a reform in the system of invalidities of the Urban Law.

KEYWORDS

Urban law, time effects, nullity, reality, legitimate expectation.

I – INTRODUÇÃO

Se retrocedermos às primeiras aulas de Introdução ao Direito, com certeza lembrar-nos-emos de como nos foi ensinado que o Direito foi acompanhando a evolução da Humanidade, e que existiu desde que existiram as primeiras sociedades organizadas. Quiçá nos recordemos, inclusive, da referência a que o Direito só existe porque o Homem vive em sociedade e, conseqüentemente, torna-se necessário regular as suas relações intrapessoais e interpessoais. Em abstrato, numa espécie de *alegoria da caverna*, conseguimos conceber que se o Homem vivesse completamente isolado, não seria necessário Direito.

É, portanto, certo para qualquer jurista que o Direito parte do facto e existe para regular o fáctico. Nas palavras de J. BAPTISTA MACHADO, refere o ilustre Professor relativamente à teoria da força normativa dos factos: “*Esta teoria afirma que há factos que ditam as normas, designadamente factos que ditam mudanças de regimes legais. (...) Pelo que a indagação empírica exaustiva dos factos sociais poderia vir eventualmente a tornar supérfluas as decisões fundadas em juízos de valor: o direito deveria ser lido no facto social*”.² Há, contudo, que refrear este entendimento, continuando na esteira do Professor, tendo em conta dois limites: 1) que uma conduta generalizada na sociedade, só poderá influenciar o Direito vigente, se esta for tida pela sociedade como justa e correta; 2) no fundo, que esta conduta seja compatível o “*sistema normativo global*” institucionalizado, ou caso contrário, seja relevante ao ponto de mudar as concepções base deste sistema normativo.³

A este propósito, a Doutrina distingue os simples factos dos factos jurídicos. ANA PRATA define os factos jurídicos enquanto “*Qualquer facto, natural ou humano, que produz efeitos de direito. Em sentido estrito, facto jurídico, por contraposição a acto jurídico, é aquele que não consiste num acto de vontade humana*”.⁴ BAPTISTA MACHADO refere que “*o facto jurídico é na verdade o elemento dinâmico que produz alterações na vida jurídica ou no mundo do direito. É a tais factos que se referem as hipóteses ou facti-species legais*”. O Professor distingue igualmente os puros factos jurídicos –

² Cfr. MACHADO, J. Baptista – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. 4.^a reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. Pp. 44 e 45.

³ Para mais desenvolvimentos, *idem*, pp. 45 a 49.

⁴ Cfr. PRATA, Ana – Dicionário jurídico. 5.^a ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. Vol. I. P. 652.

independentes da vontade do Homem, quer os exteriores a ele, leia-se os factos naturais, quer os internos, como o conhecimento e a intenção; dos atos jurídicos – que são atos dependentes da vontade humana.⁵ Assim, o tempo é seguramente reconhecido enquanto o facto jurídico natural mais relevante. Os efeitos da sua passagem urgem adaptar do Direito à realidade, o que se traduziu em institutos como a prescrição ou a caducidade. Mas também levaram ao estudo da aplicação da lei no tempo, e ao desenvolver de princípios como o da não retroatividade ou da proteção da confiança e do existente. Com o evoluir do estudo do Direito, originaram inclusive o acautelar de situações *contra legem*, que se consideram consolidadas pela mera passagem do tempo – como a usucapião e a acessão; bem como, no Direito Público, da proteção dos direitos adquiridos, que não podem ser retirados, por via da tutela das expectativas jurídicas, e da confiança, criadas pela atuação da Administração, graças à passagem do tempo. Remetemo-nos, no fundo, às sempre sábias palavras de COLAÇO ANTUNES: “*O Direito transforma o tempo, porque tem necessidade de existir num presente que é passado*”.⁶

Na Filosofia do Direito, variadíssimas são as teses que, levando a teoria da eficácia normativa do facto ao seu expoente máximo, compreendem o Direito como uma qualquer ciência natural, resultante de um método indutivo. Vejam-se as palavras de MIGUEL RAELE a este propósito: “*(...) a questão se resumia no programa já enunciado por Augusto Comte ao vaticinar a substituição da «metafísica dos fazedores de leis» pela «ciência positiva dos descobridores de leis». Foi essa a direcção seguida por todas as formas de sociologismo jurídico, isto é, pelos naturalistas e realistas do direito (...). A essa luz, direito só pode ser o direito em sua eficácia social, do qual as regras jurídicas seriam signos, como sínteses explicativas de uma classe de resultados cientificamente previsíveis*”⁷. Claro está, também o autor defende o temperar destas posições, à luz de teses como a de HANS Kelsen, da Teoria Pura do Direito⁸, que aceita o que apelida como “*ser*” do fáctico, sempre na pressuposição de que o que realmente importa é o “*dever ser*”

⁵ Cfr. MACHADO, J. Baptista – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, *op. cit.* Pp.82 e 83.

⁶ Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço; colab. COUTINHO, Juliana Ferraz – A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais. Coimbra: Almedina, 2012. Pp. 356.

⁷ Cfr. RAELE, Miguel – Teoria Tridimensional do Direito: Teoria da Justiça, Fontes e Modelos de Direito, 5.ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003. Pp. 37 e seguintes.

⁸ Para mais desenvolvimentos: RAELE, Miguel – Teoria Tridimensional do Direito: Teoria da Justiça, Fontes e Modelos de Direito, *op. cit.* Pp. 39 e 55 e ss. e KAUFMANN, Arthur – Filosofia do Direito. Trad. CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Pp. 21 e seguintes.

da norma jurídica, da “pureza do método”, “que apenas se propõe assegurar um conhecimento dirigido ao direito e que quer excluir deste conhecimento tudo o que não pertença ao objecto determinado precisamente como direito.”⁹ Ou da Teoria Tridimensional do Direito, tornada célebre desde logo por MIGUEL RAELE, que ao facto e à norma, acrescenta o “valor”¹⁰, considerando que “A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialéctica, dada a «implicação-polaridade» existente entre facto e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (...).”¹¹

Ora, quer tenhamos uma posição mais ou menos radical, é inegável que o facto tem uma influência inquestionável no Direito. Ou não servisse o Direito para regular o facto, e não nos poderíamos bastar pela procura do “belo sonho da humanidade” que é a justiça nas palavras de Kelsen¹² – pois sendo esta o *álpha* e o *ômega*, o princípio e o fim do Direito, a obsessão da sua procura, sem mais e desprovida do sentido prático da regulação da vida em sociedade, consubstanciará, em si mesmo, uma injustiça.

É, portanto, neste contexto que apresentamos a presente dissertação. De entre as várias questões que visa responder, e que enunciaremos com mais detalhe de seguida, destacamos, desde já, as mais perentórias de todas: que influência tem o facto no Direito do Urbanismo português na atualidade? Quais são os seus efeitos no regime de invalidades do Direito do Urbanismo?

Assim, o segundo capítulo será dedicado ao escrutínio da influência que o facto tem, em geral, no Direito. Partindo da *summa divisio*, principiaremos com o Direito Privado, onde tudo o que não é proibido é permitido. Compreender-se-á, contudo, que face às limitações práticas a que estamos sujeitos, serão tão-só destacados alguns exemplos que se nos afiguram como mais relevantes. O critério escolhido foi o da identidade normativa, ou seja, dos institutos que são transversais a qualquer ramo do Direito – como o costume, ou dos que estão *paredes meias* com o ramo do Direito do Urbanismo – como a acessão, a posse e a usucapião – institutos de Direitos Reais que

⁹ Cfr. KAUFMANN, Arthur – Filosofia do Direito, *op. cit.* P. 22.

¹⁰ Embora o autor defenda que a teoria de Kelsen apresenta também uma tridimensionalidade. Cfr. RAELE, Miguel – Teoria Tridimensional do Direito: Teoria da Justiça, Fontes e Modelos de Direito, *op. cit.*, Pp. 39, 55 e seguintes.

¹¹ *Idem*, pp. 67 e seguintes.

¹² Cfr. KAUFMANN, Arthur – Filosofia do Direito, *op. cit.* P. 22.

regulam, em parte, as mesmas realidades, de um ponto de vista *privatístico*, que são reguladas de um ponto de vista *publicista*, pelo Direito do Urbanismo.

Para o resultado que nos propomos obter, e pelas razões de ordem prática que sempre nos restringem, vamos escusar-nos, aqui, ao desenvolvimento dos caracteres da posse, das suas formas de aquisição e de uma exposição completa e extensiva do seu regime. Ao invés, vamos levantar o véu à problemática das razões de ordem da posse, da sua natureza e importância, através de uma análise mais pontual e cirúrgica do seu regime. Ou seja, procurando entender a sua génese, tal como a génese dos restantes institutos de aquisição prescritiva por mero efeito do tempo – para (tentarmos) encontrar respostas às nossas questões de base. Na acessão, desenvolveremos apenas a acessão imobiliária, em termos de regime, precisamente por ser o instituto que maior identidade normativa tem com o Direito do Urbanismo. Em suma, descobriremos porque se protege o facto e a aparência fáctica, e porque se dá, e de que modo, relevância à passagem do tempo.

Seguiremos com a influência do facto, em geral, no Direito Público, especialmente no Direito Administrativo. *Mutatis mutandis*, versaremos apenas sobre alguns aspetos que consideramos mais importantes. Já na lógica de que é proibido tudo o que não é expressamente permitido, testaremos as diferenças de aplicação de alguns dos *supra* referidos institutos gerais, a este ramo do Direito Público. Iremos retroceder à teoria dos agentes putativos, que esteve na base do primeiro reconhecimento da influência que o facto tem, nos efeitos jurídicos da nulidade. Versaremos sobre algumas decisões jurisprudenciais neste sentido, cominando com o *status quo* atual, à luz das alterações legislativas ao Código do Procedimento Administrativo. Assim, tentaremos voltar a testar a génese desta proteção de efeitos de facto no regime da nulidade, para entender os fundamentos que lhe estão subjacentes.

Por seu lado, o capítulo terceiro será dedicado a uma compreensão insipiente e breve do ramo Direito do Urbanismo. Aqui, procuraremos perceber se se justifica e porquê o seu regime legal distinto, começando por uma introdução, com uma noção de Direito de Urbanismo, conseguida através de uma breve resenha histórica. Testaremos a teoria do Urbanismo enquanto facto social *ex libris*. Continuaremos com a análise dos princípios aos especiais interesses públicos salvaguardados por este ramo do Direito, pondo à prova alguns dos que são os princípios mais basilares do Direito Público em geral: legalidade, proporcionalidade e igualdade, e a sua aplicação a este ramo especial do Direito. Culminaremos com a análise do regime das invalidades no Direito do

Urbanismo. Desta feita, tentaremos perceber porque a nulidade é o regime regra, e de que forma se encontra prevista. Seguiremos com a análise das exceções à regra de que um ato nulo não produz efeitos, e das particularidades legais do regime de invalidades deste ramo do Direito.

Por fim, o quarto e último capítulo será dedicado à análise da força normativa do facto no Direito do Urbanismo. Começará com a exposição da teoria espanhola da “*la fuerza normativa de lo fáctico*”. Apesar de se tratar de um regime que não tem paralelo em Portugal, é uma forma muito interessante que os tribunais espanhóis têm encontrado de reconhecer que a realidade fáctica não pode ser ignorada pelo Direito, e de que o facto, em suma, se impõe ao Direito do Urbanismo. Seguiremos com o apontar de alguns casos em que já é reconhecida, em Portugal, a eficácia do facto neste ramo do Direito. De entre os vários exemplos, escolhemos alguns dos que se nos afiguram como mais expressivos: nomeadamente os regimes excepcionais que visam subverter as normas e *standards* urbanísticos em vigor, para legalizar e adaptar o edificado existente à lei. Continuaremos, com o regresso aos efeitos práticos da nulidade e ao seu reconhecimento pelo Direito: para pôr em cheque os prós e os contras da questão. Assim, por um lado, vamos avançar quais são as imposições que os princípios gerais do Direito, designadamente do Direito Administrativo, têm nesta questão. Mas também, versaremos o outro lado da problemática: as dificuldades que são trazidas pelos interesses públicos difusos, pelos especiais e importantíssimos bens jurídicos salvaguardados pelo Direito do Urbanismo e pela ausência da prevenção geral de que qualquer entorse ao regime legal comporta. Por fim, o último subcapítulo será a sùmula de tudo quanto fomos avançando ao longo da presente dissertação. Vamos formular a nossa tese, a solução que consideramos mais correta para as questões que fomos avançando. Para tal, vamos conjugar todos os princípios, todas as razões de ser dos institutos, as dificuldades e os regimes excepcionais, numa problematização do regime.

Em suma, embora não possamos deixar de reconhecer que se trata de uma *empreitada* complexa, procuraremos pôr em cheque o regime das nulidades do Direito do Urbanismo. Iremos perceber se, de facto, a nulidade é o regime regra, se um ato nulo não produz quaisquer efeitos e se a tutela do fáctico, da confiança e da proporcionalidade ensejam por outra solução legislativa diversa.

II – O FACTO ENQUANTO FONTE DE DIREITO

2.1. – No Direito Privado, onde tudo o que não é proibido é permitido

2.1.1. – Primeira aproximação à questão. Do costume, praxe e factos jurídicos

O Direito Privado, conforme avançámos *supra* na introdução, é pacificamente aceite como um espaço de liberdade, devido à pretensa paridade dos sujeitos das relações jurídicas reguladas. Desta feita, o seu princípio mais estruturante e paradigmático é, sem sombra de dúvida, o do artigo 405.º do Código Civil – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, sucessivamente alterado¹³ e doravante designado por CC – da liberdade contratual, entendida enquanto liberdade para celebrar contratos, para escolher as partes contratantes e o clausulado contratual.

O facto jurídico assume, conseqüentemente, uma importância inquestionável nos diversos ramos do Direito Privado. No domínio contratual, o princípio de que os contratos são para cumprir – *pacta sunt servanda* – é o reverso da moeda do princípio da liberdade contratual. Pois, tendo as partes a liberdade para não contratar, ao escolher fazê-lo, têm de honrar o compromisso celebrado, sob pena de sofrer as conseqüências jurídicas do incumprimento. Contudo, encontramos importantes válvulas de escape, que têm por base, nada mais nada menos, que um facto juridicamente relevante – veja-se o instituto da resolução ou modificação do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, dos artigos 437.º a 439.º, do CC. Mas também o regime da caducidade, enquanto facto

¹³ Pelos diplomas e retificações seguintes: Decretos-Lei n.º 67/75, de 19/02; n.º 261/75, de 27/05; n.º 561/76, de 17/07; n.º 605/76, de 24/07; n.º 293/77, de 20/07; n.º 496/77, de 25/11; n.º 200-C/80, de 24/06; n.º 236/80, de 18/07; Declaração de 12/08 de 1980; Decretos-Lei n.º 328/81, de 04/12; n.º 262/83, de 16/06; n.º 225/84, de 06/07; n.º 190/85, de 24/06; Lei n.º 46/85, de 20/09; Decreto-Lei n.º 379/86, de 11/11; Declaração de 31/12 de 1986; Lei n.º 24/89, de 01/08; Decretos-Lei n.º 321-B/90, de 15/10; n.º 257/91, de 18/07; n.º 423/91, de 30/10; n.º 185/93, de 22/05; n.º 227/94, de 08/09; n.º 267/94, de 25/10; n.º 163/95, de 13/07; Lei n.º 84/95, de 31/08; Decretos-Lei n.º 329-A/95, de 12/12; n.º 14/96, de 06/03; n.º 68/96, de 31/05; n.º 35/97, de 31/01; n.º 120/98, de 08/05; Lei n.º 21/98, de 12/05; Retificação n.º 11-C/98, de 30/06; Lei n.º 47/98, de 10/08; Decreto-Lei n.º 343/98, de 06/11; Leis n.º 59/99, de 30/06; n.º 16/2001, de 22/06; Decretos-Lei n.º 272/2001, de 13/10; n.º 273/2001, de 13/10; Retificação n.º 20-AS/2001, de 30/11; Decretos-Lei n.º 323/2001, de 17/12; n.º 38/2003, de 08/03; Lei n.º 31/2003, de 22/08; Decretos-Lei n.º 199/2003, de 10/09; n.º 59/2004, de 19/03; Lei n.º 6/2006, de 27/02; Retificação n.º 24/2006, de 17/04; Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23/07; Lei n.º 40/2007, de 24/08; Decretos-Lei n.º 324/2007, de 28/09; n.º 116/2008, de 04/07; Leis n.º 61/2008, de 31/10; n.º 14/2009, de 01/04; Decreto-Lei n.º 100/20/09, de 11/05; Leis n.º 29/2009, de 29/06; n.º 103/2009, de 11/09; n.º 9/2010, de 31/05; n.º 23/2010, de 30/08; n.º 24/2012, de 09/07; n.º 31/2012, de 14/08; n.º 32/2012, de 14/08; n.º 23/2013, de 05/03; n.º 79/2014, de 19/12; n.º 82/2014, de 30/12; n.º 111/2015, de 27/08; n.º 122/2015, de 01/09; n.º 137/2015, de 07/09; n.º 143/2015, de 08/09; n.º 150/2015, de 10/09; n.º 5/2017, de 02/03; n.º 8/2017, de 03/03; n.º 24/2017, de 24/05; e, por fim, n.º 43/2017, de 14/06.

extintivo da obrigação contratual, por factos para além o decurso do prazo – como a morte de uma das partes, a destruição ou perda do objeto do contrato, ou a verificação da condição ou termo a que as partes subordinaram o contrato, nos termos dos artigos 1051.º e 270.º e seguintes, do CC.

Por outro lado, o costume, enquanto fonte de Direito, assume igualmente uma relevância primordial. Tendo presente que o costume é uma prática reiterada com convicção geral de obrigatoriedade por quem a pratica, ao contrário da praxe, que se trata apenas de uma prática reiterada. Veja-se, neste sentido, o que nos ensina CASTANHEIRA NEVES: *“Todas estas características em que se evidencia a imediata «socialidade» do jurídico consuetudinário, e pela qual uma normatividade parece legitimar-se na sua mera subsistência real ou tão-só como socialmente factual (...) tem levado a compreender o costume jurídico como simples factum, identificando a sua normatividade com uma factualidade e reconhecendo nela comprovada a «força normativa do facto» (...): «facto normativo» que na sua própria factualidade se fundamentaria (...) e que, enquanto modo originário da constituição do direito, demonstraria inclusivamente que em último termo «o direito deriva do facto».”*¹⁴

Sendo certo, inclusive, que grande parte da Doutrina europeia aceita atualmente a validade de costumes *contra legem*. Deixamos o contributo de JOHN GILISSEN: *“O problema do costume contra legem foi muito controverso durante o séc. XIX, ainda o sendo hoje. Segundo a Escola da Exegese, bem como segundo o Gesetzespositivismus alemão, o costume não pode derrogar a lei, (...). Mas, desde o início do séc. XX, a doutrina tende a admitir cada vez mais o princípio de que o costume tem o mesmo valor que a lei como fonte de direito e que, conseqüentemente, pode derrogar uma disposição legislativa caída em desuso.”*¹⁵

¹⁴ Cfr. NEVES, A. Castanheira – Fontes do Direito: Contributo para a revisão do seu problema. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem aos Professores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz. Coimbra, 1985. Pp. 19 e 20.

¹⁵ Cfr. GILISSEN, JOHN – Introdução Histórica ao Direito. 8.ª ed. Trad. HESPANHA, António Manuel; MALHEIROS, Manuel Macaísta. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Pp. 487 e 488. Entre nós, relembre-se o paradigmático caso das touradas nas Festas de Agosto em Barrancos, Reguengos de Monsaraz, onde apesar de serem proibidos os touros de morte, desde o Decreto 15355, de 14 de abril, publicado no Diário do Governo n.º 85/1928, o costume *contra legem* continuou, acabando por levar à criação de um regime excepcional pelo legislador, que derroga este preceito legal. Inicialmente foi aprovada a Lei n.º 12-B/2000, de 8 de julho, que mantinha a proibição e alterava as coimas. Porém, dois anos depois, a Lei n.º 19/2002, de 31 de julho procede à primeira alteração à referida lei, prevendo no número 4 que: *“A realização de qualquer espectáculo com touros de morte é excepcionalmente autorizada no caso em que*

2.1.2. – Da posse e usucapião

2.1.2.1. – Introito: a propriedade enquanto o direito real por excelência

Na disciplina dos Direitos Reais, o direito de propriedade – Direito Humano proclamado desde a Revolução Francesa, embora com raízes anteriores¹⁶ – entre nós um Direito Fundamental, protegido pelo artigo 62.º, da Constituição da República Portuguesa (doravante Constituição), é a matriz de todos os direitos reais. Assim, recorrendo ao auxílio de RUI PINTO DUARTE, o direito de propriedade apresenta-se como “*o direito real máximo (...) a plena in re potestas. Os outros direitos reais, sejam de gozo, garantia ou aquisição, são frequentemente construídos ou representados como figuras parcelares do direito de propriedade e coexistentes com o direito de propriedade por elas comprimido; por isso, são vistos como iura in re aliena*”.¹⁷

O direito de propriedade possui, portanto, como direito real máximo, e à luz dos restantes direitos reais, duas características típicas: a sequela e a prevalência. A sequela é entendida como faculdade de acompanhar o direito, independentemente de onde este se encontre, e das vicissitudes que sofra. MENEZES CORDEIRO relembra a célebre “*Etiam si per mille manus ambulaverit*” – ainda que tivesse andado por mil mãos.¹⁸ Já a prevalência, a trata-se da faculdade do titular do direito real impor o seu direito em relação a um direito posterior, que incida sobre a mesma coisa. Ou seja, “*prior tempore, potior iure*” – primeiro no tempo, mais poderoso no Direito.¹⁹

Como um direito absoluto, é, ainda, universal pois impõe-se *erga omnes*, ou seja, pode ser aposto a todos, sem distinção – a obrigação passiva é universal²⁰. E, mesmo

sejam de atender tradições locais que se tenham mantido de forma ininterrupta, pelo menos, nos 50 anos anteriores à entrada em vigor do presente diploma, como expressão de cultura popular (...)”. Sob a autorização da Inspeção-Geral das Atividades Culturais, nos termos dos números 5 e 6, do referido artigo. Embora se trate de um lei geral e abstrata, sempre foi entendida como um fato à medida para as festas de Barrancos.

¹⁶ Embora a sua conceção enquanto Direito Fundamental do Homem, essencial e protegido pela sua condição humana, tenha a sua génese na Revolução Francesa, o direito à propriedade privada remonta à Antiguidade Clássica.

¹⁷ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. Cascais: Principia – Publicações Universitárias e Científicas, 2002. Pp. 19 e 20.

¹⁸ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. Vol. I. Pp. 440 e 441.

¹⁹ *Idem*, pp. 444 e 445.

²⁰ Para mais desenvolvimentos e críticas a esta solução, ver CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. I. Pp. 417 e seguintes.

assim, sofre relevantíssimas restrições derivadas da proteção do fáctico consubstanciada no regime da posse e, conseqüentemente, no instituto da usucapião; tal como no regime da acessão.

2.1.2.2. – Posse. A tutela de uma aparência fáctica do direito real

O legislador civil presenteia-nos, no artigo 1251.º, do CC, com a definição da posse enquanto “(...) o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.”

A tutela da posse tem a sua origem na Antiguidade Clássica, nomeadamente no Direito Romano, e tem os seus fundamentos em questões de ordem pública. Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO ensina que nos seus primórdios, estávamos perante um mero reflexo da defesa da paz social, enquanto a coisa não era restituída ao seu proprietário. Contudo, posteriormente, em defesa de outros interesses, foi criado um regime de tutela específico, onde a posse era entendida “como uma entidade fáctica – como uma relação de facto entre uma pessoa e uma coisa que se considerava, por determinadas razões, juridicamente relevante”.²¹ O Professor exclui, desde logo, os casos de posse de direitos – o objeto da posse, por razões de ordem material, só poderá ser coisas e nunca direitos.²²

Enquanto situação de facto, o possuidor pratica atos materiais idênticos aos de um proprietário – o *corpus*, mas, nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, enquanto uma relação social, ou seja, exteriorizados perante a sociedade.²³ A Doutrina divide-se, na esteira de Savigny (e as teorias objetivistas) e Ihering (e as teorias subjetivistas), se esse elemento objetivo – o *corpus*, tem de ser acompanhado pelo *animus*, ou seja, pelo elemento subjetivo – entendido como a intenção da prática daqueles atos, naquela qualidade de proprietário. Inclina-mo-nos, talvez por um defeito de escola, para a posição subjetivista, que é, aliás, maioritária na jurisprudência.²⁴

²¹ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira - Direitos Reais. Coimbra: Almedina, 1978. P. 235 e seguintes.

²² *Idem*, p. 242.

²³ Para mais desenvolvimentos da querela do que engloba verdadeiramente o *corpus*, veja-se ASCENSÃO, José de Oliveira - Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 243 e seguintes; DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *ob cit.* Pp. 268 e 269.

²⁴ Para mais desenvolvimentos dos argumentos esgrimidos por ambas as partes, veja-se, por exemplo, DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *ob cit.* Pp. 270 e seguintes; ASCENSÃO, José de Oliveira – Direito Civil – Reais. *op. cit.* Pp. 90 e seguintes; FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. Lisboa: Quid Juris? – Sociedade Editora, Lda., 1996. Pp. 238 e seguintes.

Importa fazer dois esclarecimentos: a posse que interessa ao propósito da nossa dissertação, e que vamos tratar neste capítulo, é a posse formal – aquela que existe na prática, embora não esteja acompanhada do direito real correspondente. Por contraposição à posse causal, aquela que acompanha o *ius fruendi* do direito real a que corresponde. Por outro lado, a posse distingue-se da mera detenção, prevista no artigo 1253.º, do CC, leia-se, dos possuidores que exercem esse poder com o consentimento e em nome do proprietário, sem intenção de obter o direito real sobre aquele imóvel. Esta distinção, na nossa opinião, trata-se do principal argumento a favor da tese subjetivista, sob pena de não fazer sentido distinguir o possuidor do mero detentor.

Os apelidados pelo legislador como efeitos da posse – os direitos do possuidor sobre a coisa e perante o seu real proprietário – estão regulados nos artigos 1268.º, e seguintes, do CC. Importa, desde logo, sublinhar que o primeiro dos direitos do possuidor será o uso, que está implícito em todo o regime. Como refere RUI PINTO DUARTE, resulta aliás da própria definição de posse, do artigo 1251.º, do CC.²⁵

Por seu lado, o artigo 1268.º, prevê quiçá o mais paradigmático efeito da posse: “*O possuidor goza da presunção da titularidade do direito*”. Para MOTA PINTO, esta evidência fáctica consubstancia uma das razões de tutela da posse – o facilitar da prova do direito definitivo, visto que “*a aparência, a visibilidade exterior, que é o facto de as pessoas estarem a ocupar o prédio ou a comportar-se em face dele como proprietário, leva a que, provisoriamente, sejam tratados como proprietários.*”²⁶ Para MENEZES CORDEIRO, trata-se do efeito anatómico da posse, ou seja, enquanto um fator de publicidade dos direitos reais – assim, a posse tem “*efeitos presuntivos, efeitos constitutivos, efeitos consolidativos e efeitos enunciativos de direitos reais. É também uma constante normal do conteúdo dos direitos reais de gozo.*”²⁷

O artigo 1269.º, do CC, esclarece que o possuidor de boa-fé só responde pela perda ou deterioração da coisa, se tiver procedido com culpa. O artigo 1270.º, do mesmo diploma, atribui ao possuidor de boa-fé os frutos naturais e civis, percebidos até ao dia em que souber que está a lesar, com a sua posse, o direito de outrem (ou seja, que deixe de estar de boa-fé).

²⁵ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.* P. 275

²⁶ Cfr. PINTO, C. A. Mota - Direitos reais. *op. cit.* P. 193.

²⁷ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. Pp. 859 e 860.

Relativamente às benfeitorias, o número 1, do artigo 1273.º, atribui, tanto ao possuidor de boa-fé como ao possuidor de má-fé, o direito a serem indemnizados das benfeitorias necessárias que hajam feito, e, bem assim, a levantar as benfeitorias úteis realizadas na coisa, desde que tal não implique o detrimento da mesma. O número 2 salvaguarda a possibilidade de receber o valor delas, calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa, quando a separação implique a deterioração do bem. O possuidor de boa-fé tem, ainda, direito a levantar as benfeitorias voluptuárias, se não ocorrer o detrimento da coisa; no caso contrário, não poderá levantá-las, nem haver o valor delas, tudo nos termos do artigo 1275.º, do CC.

LUÍS CARVALHO FERNANDES chama ainda atenção para o direito a uma indemnização, nos termos do artigo 1284.º, do CC, quando o possuidor seja privado da posse.²⁸

Questão conexa é a de saber se o titular goza de sequela e de prevalência, no seu direito de posse. O que nos leva à querela doutrinal de saber se posse é um direito, designadamente um direito real, ou uma situação de facto com efeitos jurídicos. MOTA PINTO defende que sim, que o seu regime, que acabamos de ver, revela que a posse é um verdadeiro direito – um direito real “*negociável, susceptível de registo e que pode ser defendida, como vimos, por meios jurídicos*”. Considerando que está dotada de garantia jurídica, o Professor qualifica-a enquanto um direito especial, um direito real provisório.²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO não vai tão longe, considerando-a uma “*realidade jurídica*”, porque tem como pressuposto uma realidade, mas surge com autonomia em relação à mesma; apesar de ser dotada de meios de tutela judicial, mas não se trata de um verdadeiro direito real.³⁰ Também ORLANDO DE CARVALHO a considera apenas como “*o exercício de poderes de facto sobre uma coisa em termos de um direito real: (retius: do direito real correspondente a esse exercício)*.”³¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES considera que embora “*não se pode dizer, sem mais, que estamos perante uma qualificação legal da posse como direito subjetivo, muito menos real*”, tal não significa que a posse não possa ser entendida, após uma análise doutrinal do regime, como um verdadeiro direito real. O Professor

²⁸ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Lições de Direitos Reais. op. cit.* P. 253.

²⁹ Cfr. PINTO, C. A. Mota - *Direitos reais. op. cit.* Pp. 214 e 215.

³⁰ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil – Reais. op. cit.* Pp. 85 e 86.

³¹ Cfr. CARVALHO, Orlando de – *Direito das Coisas. Coord. FERNANDES, Francisco Liberal; GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 268.*

considera que se trata de um direito real de gozo, que se impõe *erga omnes* e é dotado de sequela.³² No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, após uma extensa análise dos argumentos de ambas as partes conclui dizendo: “*Seja como for, a posse é um direito real. E sendo um direito real, não oferece dúvidas a sua qualificação como direito real de gozo. O facto de a sua protecção sofrer especialidades não nos aflige: demonstra apenas que é um direito real autónomo, dotado de regime próprio.*”³³ Mais uma vez, por imposição da nossa formação, não podemos deixar de concordar com a posição mais temperada de OLIVEIRA ASCENSÃO, e de ORLANDO DE CARVALHO, que se nos afigura mais coerente com o princípio da tipicidade dos direitos reais, do artigo 1306.º, do CC (embora reconheçamos que o próprio princípio não é isento de querelas doutrinárias).

Igualmente relevantes são os meios de defesa da posse, de interferências externas, dos artigos 1276.º, e seguintes, do CC. Do qual se destaca a ação direta (1277.º), onde sem ser necessário o recurso a tribunal, o possuidor pode recuperar a posse de que foi esbulhado, cumpridos que estejam os requisitos do artigo 336.º, do CC.

Do ponto de vista judicial, o possuidor tem a hipótese de precaver uma eventual perturbação, de forma cautelar, havendo um justo receio que esta venha a acontecer, – por via da ação de prevenção do 1276.º, do CC. Se já houver ocorrido a perturbação da posse, ainda que sem ser por via de um efetivo esbulho, ou seja, sem ter ocorrido a perda da posse, tem o possuidor a faculdade da ação de manutenção da posse do 1278.º, do CC. Se por outro lado, já houver ocorrido efetivamente o esbulho, poderá propor uma ação de restituição da posse, igualmente nos termos do artigo 1278.º, do CC. Destaca-se a possibilidade do 1279.º, do CC, quando o esbulho tenha sido violento, do possuidor ser restituído provisoriamente na sua posse, mesmo sem audiência do esbulhador. A este propósito RUI PINTO DUARTE relembra que, não se tratando de esbulho violento, ou nos casos de mera perturbação da posse, sempre o possuidor pode deitar mão à providência cautelar comum não especificada do atual artigo 362.º e seguintes, do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, sucessivamente alterada, doravante CPC.³⁴ É igualmente relevante a possibilidade de deduzir embargos de terceiro, quando

³² Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 231, 234 a 237.

³³ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. Pp. 869 e seguintes.

³⁴ Pelos seguintes diplomas e retificações: Retificação n.º 36/2013, de 12 de agosto; Lei n.º 122/2015, de 01 de setembro; Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro; Lei n.º 8/2017, de 03 de março; Decreto-Lei n.º 68/2017, de 16 de junho; e pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

a penhora ou outra diligência ordenada judicialmente ofenda a sua posse, de acordo com o artigo 1285.º, do CC.

Qual é a razão de ser desta forte tutela da posse? RUI PINTO DUARTE considera que são várias: a defesa da paz pública, o valor de continuidade e a proteção da confiança. A primeira razão prende-se com a “*necessidade social de reagir contra todas as lesões às situações existentes*”, a segunda com a “*manutenção da ordem já não como um fim em si mesma, mas como veículo de confiança de valores*” e a terceira, com a proteção da confiança quer do possuidor, quer de terceiros.³⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO considera que a sua principal função é, desde logo, a primitiva função – “*a de exprimir a realidade de facto*”.³⁶ MOTA PINTO acrescenta o valor económico da posse, ou seja, enquanto “*elemento com importância do ponto de vista da produção e da economia em geral. (...) repercute aqui a ideia de que interessa mais à economia geral a exploração da coisa do que a propriedade inerte, passiva ou a inação*”.³⁷ MENEZES CORDEIRO destaca a mais recente Doutrina, que reconhece na posse um valor autónomo, que vai para lá da sua qualificação como instrumento ao serviço da propriedade, da segurança ou da vida social. No fundo, nas sábias palavras do Professor: “*A posse, pelo contrário, representa a verdade da relação pessoa-coisa no seu dia-a-dia. Daí que, subitamente, a Constituição Portuguesa de 1976 lance o tema da posse útil. A propriedade teórica, porque teórica, já não satisfaz. A posse, permitindo uma generalização apropriativa, desempenhando uma função social autónoma, tende, assim, a ser chamada à ordem do dia*”.³⁸ No mesmo sentido, ORLANDO DE CARVALHO considera que desempenha uma dupla função: “*estabelecer uma ordenação dominial provisória que evite o colapso da ordenação definitiva*”, ou seja “*cobre a lacuna*” e “*permite o trânsito para o direito novo, reconstituindo aquela ordenação*”. Assim, assegura a paz pública, e principalmente o “*valor continuidade*”, o “*valor organização*” e o “*valor de conhecimento*”³⁹

³⁵ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.* P. 269.

³⁶ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira - Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 237 e 238

³⁷ Cfr. PINTO, C. A. Mota - Direitos reais. [Texto policopiado]. Compil. MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. Coimbra: Almedina, 1984. Pp.194 e 195.

³⁸ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. Pp. 868 e 869.

³⁹ Cfr. CARVALHO, Orlando de – Direito das Coisas. *op. cit.* Pp. 262 e seguintes.

2.1.2.3. – Usucapião: expoente máximo da proteção da confiança e certeza jurídicas

Todos os efeitos da posse que acabámos de ver, ou seja, todas as formas de proteção deste instituto jurídico, são evidência da relevantíssima tutela que o Ordenamento Jurídico dá a uma situação de facto, pese embora esta seja incompatível com um direito real que incide sobre o mesmo objeto. Contudo, resta-nos tratar da mais radical de todas – a usucapião. Diz-nos o artigo 1287.º, do CC, que “*A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião.*”. Ou seja, a lei, desde os tempos do Império Romano⁴⁰, permite a aquisição originária de um direito por mero efeito da sua posse e da passagem do tempo. Esta aquisição, por ser originária, é independente do direito anterior. Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, “*não lhe podem ser opostas as exceções de que seria possível o direito daquele titular [anterior]*”.⁴¹ MENEZES CORDEIRO destaca, ainda, que dada a publicidade que a posse tem de revestir, os direitos constituídos por usucapião não têm de ser registados para ficar protegidos pelas presunções do registo, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea a), do Código do Registo Predial.^{42 43}

Pode ser usucapido, em princípio, tudo que possa ser objeto de posse, com as exclusões do artigo 1293.º, do CC – as servidões prediais não aparentes, e os direitos de uso e de habitação. Mas também os imóveis pertencentes ao domínio público, por força do artigo 19.º, do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (aprovado pelo

⁴⁰ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 1972. Vol. III (Artigos 1251.º a 1575.º). P. 55.

⁴¹ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira – Direitos Reais. *op. cit.* P. 337.

⁴² Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. Pp. 683 e 684.

⁴³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 06 de julho, com as seguintes alterações: Declaração de 31/08 de 1984; Declaração de 29/09 de 1984; Decretos-Lei n.º 355/85, de 02/09; n.º 60/90, de 14/02; Declaração de 31/03 de 1990; Decretos-Lei n.º 80/92, de 07/05; n.º 30/93, de 12/02; n.º 255/93, de 15/07; n.º 227/94, de 08/09; n.º 267/94, de 25/10; n.º 67/96, de 31/05; n.º 375-A/99, de 20/09; n.º 533/99, de 11/12; Retificação n.º 5-A/2000, de 29/02; Decretos-Lei n.º 273/2001, de 13/10; n.º 322-A/2001, de 14/12; n.º 323/2001, de 17/12; n.º 38/2003, de 08/03; n.º 194/2003, de 23/08; Lei n.º 6/2006, de 27/02; Decretos-Lei n.º 263-A/2007, de 23/07; n.º 34/2008, de 26/02; n.º 116/2008, de 04/07; Retificação n.º 47/2008, de 25/08; Decreto-Lei n.º 122/2009, de 21/05; Lei n.º 29/2009, de 29/06; Decretos-Lei n.º 185/2009, de 12/08; n.º 209/2012, de 19/09; Lei n.º 23/2013, de 05/03; Decretos-Lei n.º 125/2013, de 30/08; n.º 201/2015, de 17/09; Lei n.º 30/2017, de 30/05; e, por fim, Lei n.º 89/2017, de 21/08.

Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07 de agosto e sucessivamente alterado⁴⁴, doravante RJPIP); os terrenos baldios, por força número 3, do artigo 6.º, da Lei n.º 75/2017, de 17 de agosto; e o direito de autor, nos termos do artigo 55.º, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março (sucessivamente alterado⁴⁵). Relativamente aos bens do domínio privado da Administração, a Doutrina considera que será de relevar a Lei n.º 54, publicada no Diário do Governo n.º 164/1913, Série I de 1913-07-16, que determina “*que as prescrições contra a Fazenda Nacional só se completem quando, além dos prazos estabelecidos, tenha decorrido mais metade dos mesmos prazos*”.⁴⁶

Os prazos para que se considere possível a aquisição, pelo possuidor, do direito real correspondente ao seu exercício, variam consoante o bem seja móvel ou imóvel; se a posse é, ou não registada; e, se o possuidor está de boa ou má-fé. Assim, nos bens imóveis, de acordo com o artigo 1296.º, do CC, não existindo registo do título ou da mera posse, a usucapião só pode ocorrer após quinze anos, se a posse for de boa-fé, ou vinte anos, se a mesma for de má-fé. Se por outro lado, houver título de aquisição e registo do mesmo, a usucapião, para os casos de boa-fé, poderá ocorrer após dez anos; e nos casos de má-fé, de quinze anos, ambos contados desde a data do registo, nos termos do artigo 1294.º, do CC. Por fim, se houver registo da mera posse, a usucapião poderá ter lugar após cinco anos, se for de boa-fé; ou após dez anos, se for de má-fé, igualmente contados desde a data do registo, nos termos do artigo 1295.º, do CC. Se o bem for móvel e não estiver sujeito a registo, a usucapião poderá ocorrer após três anos, se o possuidor estiver de boa-fé e a mesma for fundada em justo título; ou, independentemente da boa-fé e do título, após seis anos, à luz do artigo 1299.º, do CC. Se a coisa for móvel e sujeita a registo, os prazos passam a ser de dois anos, se houver título de aquisição e registo deste, e boa-fé do possuidor; ou quatro anos, se o mesmo estiver de má-fé. Se não houver registo

⁴⁴ Pelos diplomas seguintes: Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro; Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro; Decreto-Lei n.º 36/2013, de 11 de março; Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro; e Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.

⁴⁵ Pelos diplomas seguintes: Declaração de 30 de abril de 1985; Lei n.º 45/85, de 17 de setembro; Lei n.º 114/91, de 03 de setembro; Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro; Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro; Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto; Lei n.º 24/2006, de 30 de junho; Lei n.º 16/2008, de 01 de abril; Lei n.º 65/2012, de 20 de dezembro; Lei n.º 82/2013, de 06 de dezembro; Lei n.º 32/2015, de 24 de abril; Lei n.º 49/2015, de 05 de junho; Lei n.º 36/2017, de 02 de junho; e por fim, Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23 de agosto.

⁴⁶ Por força no disposto no artigo 1303.º. Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direitos Reais. op. cit.* P. 339; FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Lições de Direitos Reais. op. cit.* P. 202.

do título de aquisição, o prazo aumenta para dez anos, independentemente da boa-fé do possuidor e da existência de título, tudo nos termos do artigo 1298.º, do CC. Importa destacar que para a contagem destes prazos, há que ter em conta o disposto nos artigos 1255.º, e 1256.º, do CC, de sucessão e acessão na posse, possibilitando ao possuidor que pretende invocar a usucapião, respetivamente, não só contabilizar a passagem de tempo da sua posse, mas dos anteriores possuidores, a que sucedeu ou acedeu na posse.

O artigo 1288.º, do CC, uma vez invocada a usucapião, atribui eficácia retroativa aos efeitos da usucapião à data do início da posse. Para RUI PINTO DUARTE, embora não se trate de uma solução necessária, é de facto a melhor solução, para o “*reforço da legitimação da conduta do possuidor*”.⁴⁷

A usucapião opera de forma automática, com a mera passagem do tempo? Da interpretação literal do regime legal, parece que não, sendo necessária a sua invocação pelo possuidor. Desde logo, porque a usucapião trata-se de uma faculdade (artigo 1287.º, do CC) e porque a própria lei refere-se à invocação (artigo 1288.º, do CC). Neste sentido, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de fevereiro de 1999, proferido no âmbito do processo n.º 98B1043, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, pode ler-se que: “*A usucapião considera-se invocada desde que se mostre alegado o complexo fáctico subjacente. Tal invocação pode pois ser implícita ou tácita, se os factos alegados integrarem, de modo manifesto, os respectivos elementos ou requisitos constitutivos e revelarem a intenção inequívoca de fundar o seu direito na usucapião*”. Esta invocação, que poderá ser extrajudicial, quando for judicial, tem a jurisprudência entendido que basta ao possuidor provar o *corpus*, que o *animus* se presume. O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de fevereiro de 2014, proferido no âmbito do processo n.º 1350/11.6TBGRD.C1, e disponível *on-line* em www.dgsi.pt, é bastante esclarecedor, ao referir que «*I – O legislador – sempre sensato no âmbito dos direitos reais - por entender que a prova do elemento intelectual da posse é, por vezes, difícil, estabeleceu, no n.º 2 do art.º 1252.º do C.Civil, uma presunção no sentido de que se presume a posse naquele que exerce o poder de facto, sem prejuízo do n.º 2 do art.º 1257.º do mesmo diploma. II - Desta forma, vem o Supremo Tribunal de Justiça decidindo, de forma pacífica, no sentido de que o detentor da coisa, ou seja o que tem o poder de facto, ou o “corpus”, está dispensado de provar que possui com intenção de agir como titular do direito real*

⁴⁷ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.* P. 284.

correspondente - em Acórdão de uniformização de jurisprudência de 14.05.96, publicado no DR II série, de 24.06.96, aplicou esta doutrina, ao extrair a seguinte conclusão: “Podem adquirir por usucapião, se a presunção de posse não for ilidida, os que exercem o poder de facto sobre uma coisa”. III - O animus exprime-se pelo poder de facto, logo a intenção de domínio não tem de explicitar-se e muito menos por palavras. O que importa é que se infira do próprio modo de actuação ou de utilização.» A este propósito, LUÍS CARVALHO FERNANDES considera que a posse não poderá ser invocada *ex officio* pelo tribunal, mas poderá sê-lo pelo Ministério Público, em representação dos incapazes, por via do artigo 303.º, aplicável *ex vi* artigo 1292.º, ambos do CC.⁴⁸

RUI PINTO DUARTE considera que a *ratio* da sua proteção é a mesma que a da posse – a defesa da paz pública, o valor de continuidade e a proteção da confiança. Ou seja, da “atribuição de um efeito aquisitivo do direito a cuja aparência ela corresponde.” Razão pela qual só é relevante a posse pública e pacífica, cominando os artigos 1277.º e 1300.º, do CC, que nos casos de posse constituída com violência ou oculta, os prazos para invocar a usucapião só começam a contar-se quando cessar a violência ou a posse se torne pública.⁴⁹

2.1.3. – Da acessão

2.1.3.1. – Definição e classificações

O artigo 1325.º, do CC, o primeiro da secção subordinada à epígrafe “Acessão”, começa por avançar uma definição deste instituto, estabelecendo que se dá a acessão: “quando com a coisa que é propriedade de alguém se une e incorpora outra coisa que lhe não pertencia.”. É, portanto, uma forma de aquisição originária do direito de propriedade.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA ensinam que estamos perante o princípio de que o direito de propriedade tem a virtualidade de absorver tudo o que se vier a incorporar no seu objeto – o *vi et potestate rei nostrae* –, que tem a sua génese (sem surpresa, diríamos), nada mais nada menos, que no Direito Romano. Destacam, ainda, que apesar

⁴⁸ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. *op. cit.* P. 206. No mesmo sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira – Direitos Reais. *op. cit.* P. 339, e LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* P. 56.

⁴⁹ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.* P. 280 a 282.

deste princípio estar presente em todas as legislações modernas, em algumas trata-se apenas de uma presunção em favor do proprietário, como é o caso de Itália.⁵⁰ Evidenciam, igualmente, os Professores, que a acessão trata-se de uma extensão do direito de propriedade a algo que antes não lhe pertencia – sendo, portanto, esta a característica que distingue a acessão dos frutos e das benfeitorias.

A primeira ilação que parece ser retirada da letra da lei é que só pode haver acessão no direito real de propriedade. Contudo, a este propósito, LUÍS CARVALHO FERNANDES relembra que, pese embora a acessão seja primordialmente qualificada como uma forma de aquisição do direito real de propriedade, esta pode ter influência noutros direitos reais.⁵¹ Designadamente, quanto à hipoteca, nos termos da alínea b), do número 1, do artigo 691.º, do CC; e ao usufruto, nos termos do artigo 1449.º, do CC. Embora não previsto de forma expressa na lei, na esteira de Menezes Cordeiro e Oliveira Ascensão⁵², o Professor admite ainda a acessão no direito de superfície e, inclusive, na propriedade horizontal.⁵³

O Professor entende, igualmente, que esta definição não é isenta de críticas. Por um lado, parece ser demasiado ampla, pois “*é indiferente a causa da união ou incorporação (...) nem [em] todos os casos a doutrina considera estarmos perante verdadeira acessão.*”⁵⁴ Por outro lado, considera que algumas das figuras presentes naquela secção não preenchem os requisitos presentes no referido preceito legal, pois “*não se verifica qualquer união ou incorporação de coisas em certas modalidades de acessão natural e na especificação*”.⁵⁵ RUI PINTO DUARTE acrescenta que há casos em que os objetos acrescidos nem sequer são coisas, e outros em que não há incorporação no direito de propriedade ou qualquer outro efeito jurídico, apesar de regulados dentro desta secção.⁵⁶

⁵⁰ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* P. 123.

⁵¹ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 283 e seguintes.

⁵² No seu já citado livro Direito Civil – Reais, p. 397, o Professor Oliveira Ascensão destaca que a acessão é regulada no capítulo dedicado à aquisição da propriedade. E pese embora possa ter repercussões noutros direitos reais, o Professor considera que não há razões suficientes para abandonar a visão que resulta da lei, da acessão como causa de aquisição específica do direito de propriedade.

⁵³ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. *op. cit.* P. 284.

⁵⁴ *Idem*, p. 284.

⁵⁵ *Idem*. No mesmo sentido, veja-se o exposto por DUARTE, Rui pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 50 e 51; ASCENSÃO, José de Oliveira – Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 302 e 303; e, por fim, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. P. 726 e seguintes.

⁵⁶ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.* P. 51. Para mais desenvolvimentos ver ainda ASCENSÃO, José de Oliveira – Direitos Reais. *op. cit.* Pp. 303 e 304; e, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. P. 726 e seguintes.

A acessão é classificada, no artigo 1326.º, do CC, como natural ou industrial; mobiliária ou imobiliária. A primeira categoria diz respeito ao modo de aquisição: se ocorrer por mero efeito da natureza, sem qualquer intervenção humana, dir-se-á natural; caso contrário, se for decorrente de um facto humano, ainda que só parcialmente, dir-se-á industrial. A segunda categoria reporta-se ao objeto da acessão. Se se tratar de um bem móvel, será mobiliária; se pelo contrário, ocorrer num bem imóvel, será imobiliária.

Estas duas categorias, porém, não são estanques, mas sobrepõem-se. Assim, como podemos observar pelos artigos 1327.º a 1332.º, do CC, a acessão natural é sempre imobiliária – note-se que, passando o pleonismo, pela própria natureza das coisas, nunca poderia ser de outra forma. Relembrando que estamos perante institutos que absorvem e normativizam a realidade fáctica, dificilmente conseguimos conceber caso em que a natureza – sozinha – una ou incorpore duas coisas móveis numa só. Consequentemente, a acessão industrial poderá ser mobiliária (regulada nos artigos 1339.º a 1345.º, do CC), ou imobiliária (regulada pelos artigos 1333.º a 1338.º, do Código Civil). Desenvolveremos apenas a acessão imobiliária, em termos de regime, por ser o instituto que maior identidade normativa tem com o Direito do Urbanismo.

2.1.3.2. – Aspetos do regime da acessão natural

Começa o artigo 1327.º, do CC, por declarar que “*Pertence ao dono da coisa tudo o que a esta crescer por efeito da natureza.*”. Contudo, como podemos observar de seguida, o concreto regime da acessão natural diverge consoante o fenómeno natural que lhe dá causa: o aluvião (*alluvio*), a avulsão (*avulsio*), a mudança de leito de águas (*alveus derelictus*), ou a formação de ilhas e mouchões (*insula in flumine nata*).⁵⁷

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a este propósito, destacam que o artigo 1327.º tem uma razão de ser e interesse acrescido⁵⁸: o de ser “*um princípio geral de expansão do direito de propriedade por causas estranhas à vontade e à acção do proprietário,*

⁵⁷ Todas estas categorias já com tradição que remonta ao Direito Romano. Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, *op. cit.* P. 125.

⁵⁸ Destacando, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/07/1968, sobre a acessão do direito de edição das obras de Eça de Queirós. Questão interessantíssima que embora não possamos desenvolver, testa a afirmação de não poder existir acessão natural de coisas móveis.

capaz de interessar à interpretação doutros textos ou à regulamentação doutras situações”, leia-se, para além dos especificamente previstos nos artigos seguintes.⁵⁹

O regime mais favorável ao adquirente é, sem sombra de dúvida, o do aluvião. Nos termos do artigo 1328.º, do CC, a lei de forma automática e sem o decurso de qualquer prazo, permite a aquisição de tudo o que for arrastado pelas águas, de um terreno, para o terreno confiante, ainda que estes sejam separados por esse curso de água. O que justifica este imediatismo da aquisição é, nos termos da lei, a forma sucessiva e impercetível da deslocação. Ou seja, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA descrevem como “*uma actividade lenta e imperceptível*”⁶⁰, e LUÍS CARVALHO FERNANDES como algo “*muito difícil ou mesmo inviável de identificar as partes acrescidas.*”⁶¹

Aproveitamos, neste ponto, para fazer uma ingerência deveras interessante no Direito Administrativo, que comprova o que dissemos *supra* acerca da familiaridade de questões que são reguladas por estes dois ramos do Direito. O Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro, que estabelecia o regime jurídico do domínio público hídrico previa, no seu artigo 6.º, que: “*Os leitos dominiais que forem abandonados pelas águas, ou lhes forem conquistados, não crescem às parcelas privadas da margem que porventura lhes sejam contíguas, continuando integrados no domínio público, se não excederem as larguras fixadas no artigo 3.º, e entrando automaticamente no domínio privado do Estado, no caso contrário.*”. Logo a Doutrina⁶² se questionou se o referido artigo 1328.º, do CC, não estaria tacitamente revogado por esta norma – a Procuradoria-Geral da República chegou a pronunciar-se, a este propósito, num parecer datado de 09/07/1992. Este diploma sofreu entretanto várias alterações, encontrando-se, atualmente, parcialmente revogado pela Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro. Contudo, a questão mantém a sua total pertinência, uma vez que o artigo 13.º, da referida lei, reproduz *ipsis verbis* o velho artigo 6.º. Ora parece-nos necessário distinguir duas situações: os terrenos que são leitos dominiais de águas, e por essa razão, são pertencentes ao domínio público; dos terrenos confinantes a cursos de água que não são domínio público, ou porque não estão abrangidos pelo referido diploma, ou porque os particulares adquiriram a

⁵⁹ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* Pp. 126 e 127.

⁶⁰ Cfr. *Idem*, p. 128.

⁶¹ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. *op. cit.* P. 285.

⁶² Veja-se o texto de Amaral, Diogo Freitas do; Fernandes, José Pedro – Comentário à Lei dos Terrenos do Domínio Hídrico. Coimbra: Coimbra Editora, 1978. Pp. 113 e seguintes.

propriedade sobre os mesmos. Assim, o artigo 1328.º, do CC, aplicar-se-á apenas quando as parcelas de terreno arrastadas sejam originárias de um terreno privado, podendo o terreno que beneficia da acessão ser privado ou público. Se porventura, a parcela de terreno arrastada for pública, aplicar-se-á o artigo 13.º, do referido diploma, e não ocorrerá a acessão. Em suma, consideramos que o artigo 1328.º, do CC, não foi totalmente revogado, e continua a ter aplicação prática, mas terá de ser conjugado com este diploma e a dominialidade pública dos leitos das águas.

Embora não tão tratado pela Doutrina, consideramos igualmente relevantíssimo o artigo 14.º, da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro (que corresponde ao revogado artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de novembro). O número 1 prevê uma solução muitíssimo semelhante à do artigo 1328.º, do CC, acrescentando apenas que não há lugar a indemnização, “*Quando haja parcelas privadas contíguas a leitos dominiais, as porções de terreno corroídas lenta e sucessivamente pelas águas consideram-se automaticamente integradas no domínio público*”. Contudo, o número 2 prevê o reverso da medalha: quando são as parcelas privadas contíguas a leitos dominiais públicos a serem invadidas pelas águas – permite-se que o particular conserve igualmente o seu direito de propriedade. Todavia, permite-se logo que o Estado exproprie essas parcelas de terreno – algo que (diríamos) já seria possível à luz do regime legal das expropriações, uma vez verificados que estivessem os requisitos legais. Contudo, esta norma parece avançar uma espécie de permissão geral e abstrata, de uma expropriação quase *ope legis*, facilitando a ação do Estado a este propósito, nomeadamente em certos pressupostos impostos pelo Código das Expropriações, como a fundamentação da declaração de utilidade pública de expropriação.

A avulsão é regulada no artigo seguinte, o 1329.º, do CC. O facto natural que lhe está na base é o mesmo: a ação das águas; porém, aqui, a ação já não é sucessiva e impercetível, mas sim “*natural e violenta*”. Como é já possível ao dono do prédio reconhecer esta ação, é-lhe dado o prazo de seis meses para exigir a restituição de tudo o quanto foi arrastado (n.º 1), sob pena de o proprietário do prédio rústico vizinho adquirir essas coisas por acessão, nos termos do aluvião (n.º 2). Pode ainda o proprietário do terreno vizinho exigir judicialmente que sejam retiradas as coisas do seu terreno (n.º 1), caso em que não há igualmente lugar à acessão.

Por seu lado, a mudança de leito, regulada no artigo 1330.º, do CC, é avançada pela Doutrina como um dos casos em que não há verdadeiramente acessão. Nos termos

do número 1, se a corrente das águas muda de direção, nada muda relativamente à propriedade – os proprietários do rústico anteriormente invadido pelas águas conservam a sua propriedade, nos mesmos termos, tal como os proprietários do rústico agora invadido pelas águas. Igualmente, no número 2, quando a corrente se divide em dois braços, sem que o leito da água seja abandonado, os proprietários conservam a sua propriedade, nos exatos limites que detinham anteriormente. Se verdadeiramente não ocorre qualquer acessão, qual a relevância deste artigo? PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA são bastante claros: “*Porque a corrente desviada pode não vir a passar precisamente pela linha divisória de dois prédios particulares, e ocupar maior extensão de um deles. A divisão do leito ao meio como se prescreve nesse número [número 3, do artigo 1387.º, do CC], equivalia a conceder a um dos proprietários terreno que pertencia ao outro, sem qualquer indemnização. E não é esse o intuito da lei, ao deixar tudo como estava. A solução adoptada pelo novo Código foi, portanto, a de não fazer derivar da mudança da corrente qualquer alteração quanto à propriedade do solo*”.⁶³ Aliás, no Código Civil de 1867, a solução era inversa e amplamente criticada pela Doutrina.⁶⁴ Mais uma vez, estas situações dão lugar a interpretações sistemáticas que chamam à colação regimes dominiais de Direito Administrativo. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA denotam que esta disposição não se aplica ao leito das correntes navegáveis ou fluviáveis, uma vez que pertencem ao domínio público do Estado, nos termos do artigo 1.º do Decreto 5787-III, de 10 de maio, publicado no Diário do Governo n.º 98/1919 (artigo entretanto igualmente revogado, pela *supra* citada Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que todavia mantém a dominialidade pública, na alínea a), do seu artigo 5.º). Afirmam os Professores que “*não cabe à lei civil fixar o regime das coisas dominiais [públicas]*.”⁶⁵

Por fim, a formação de ilhas e mouchões é regulada pelo artigo 1331.º, do CC. De acordo com o disposto no número 1, se a formação destes fenómenos fáticos naturais ocorrer por aluvião, este será o regime aplicável – (“*pertencem ao dono da parte do leito ocupado*”). Nos termos do número 2, se se formarem por avulsão, aplica-se o regime do artigo 1329.º, do CC, da avulsão.

⁶³ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* Pp. 131 e 132.

⁶⁴ Para mais desenvolvimentos: LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* P. 132.

⁶⁵ *Idem*, p. 131.

Resta-nos notar que o artigo 1332.º manda aplicar, *mutatis mutandis*, as disposições anteriores aos lagos e lagoas, quando neles ocorram factos análogos.⁶⁶

2.1.3.3. – Aspetos do regime da acessão industrial imobiliária

Das classificações que avançamos *supra*, resta-nos tratar da acessão industrial imobiliária, cujo regime está vertido nos artigos 1339.º a 1343.º, do CC. O regime é indistinto quer estejamos perante um imóvel rústico e os materiais empregues sejam sementes e plantas; quer estejamos perante um imóvel rústico ou urbano e sejam empregues materiais de construção – pelo que nos referiremos, de seguida, de forma igualmente indistinta ao tipo de imóvel e aos materiais.

Podemos começar por dividir esta subsecção em três realidades diferentes: quando a acessão é feita por recurso a materiais próprios mas num imóvel de propriedade alheia (artigos 1340.º a 1341.º); quando tanto os materiais como o imóvel objeto de acessão são de propriedade alheia (artigo 1342.º); e quando a acessão é feita com materiais alheios, mas num imóvel da propriedade do autor da acessão (artigo 1339.º).

Para este último caso, prevê o referido artigo 1339.º, que o autor da acessão adquire os materiais que utilizou, estando, contudo, obrigado a pagar o seu valor, acrescido de uma indemnização ao proprietário dos mesmos. Ora, aqui não se prevê qualquer diferença de regime quer o autor esteja de boa ou de má-fé. Não obstante, parece-nos relativamente líquido afirmar que o *quantum* indemnizatório deverá ser distinto consoante haja ou não boa-fé, desde logo, face ao diferente grau de culpa – caso haja dolo ou negligência do autor da acessão. Em abstrato, podemos conceber, inclusive, que quando não exista sequer uma situação de mera culpa, falhando por completo este pressuposto da responsabilidade civil, não pode haver lugar a qualquer indemnização, mas apenas ao ressarcir do valor dos bens. Parece uma interpretação que tem acolhimento na letra da lei, uma vez que esta refere-se à indemnização “*a que haja lugar*”. A este propósito, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA defendem que a indemnização deverá ser atribuída nos termos do artigo 483.º, do CC, só havendo lugar à mesma, se houver culpa do autor. Nas palavras dos Professores: “*Não pode dizer-se, na verdade, que a simples*

⁶⁶ Para os possíveis obstáculos e dificuldades a esta analogia, tal como a questão da dominialidade pública dos lagos, ver: LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* Pp. 134 e 135.

referência que é feita à indemnização possa refletir um caso excepcional de responsabilidade objectiva". Destacam ainda os autores, que o Código Civil italiano exige, para estes efeitos, a existência de culpa grave.⁶⁷

Diferente solução é adotada pelo legislador nos artigos 1340.º e 1341.º, de CC, onde é apresentado um regime distinto consoante haja boa ou má-fé do autor da acessão. Assim, no caso do artigo 1340.º, podemos, desde logo, destacar uma interessante diferença face ao que foi exposto até agora: é apresentada uma definição de boa-fé, no número 4, enquanto: “*se o autor da obra, sementeira ou plantação desconhecia que o terreno era alheio, ou se foi autorizada a incorporação pelo dono do terreno.*”. Ora, em termos de regime, imperam os mesmos princípios da acessão mobiliária de boa-fé: se o valor resultante da acessão for superior ao valor originário do imóvel, o autor da acessão adquire a propriedade do bem, estando sujeito ao pagamento ao primitivo proprietário do valor que o prédio tinha antes da acessão (n.º 1). Se por outro lado, o valor das obras for igual ao valor do imóvel, abrir-se-á licitação entre ambos, da forma estabelecida para a acessão imobiliária (n.º 2). Por fim, se for menor o valor das obras, estas passarão a ser da propriedade do dono do terreno, tendo este a obrigação de indemnizar o autor da acessão, pelo valor das obras (n.º 3).

Nos casos de má-fé do artigo 1341.º, do CC, a punição do autor da acessão é clara: o dono do imóvel pode optar pelo direito de exigir que seja desfeita a obra e que o terreno seja restituído ao seu primitivo estado, sendo o autor da acessão responsável pelos custos que tal acarretar; ou o direito de ficar com a obra, devendo neste caso restituir ao autor da acessão o seu valor, segundo as regras do enriquecimento sem causa.

Por fim, quando tanto os materiais como o terreno são alheios, o artigo 1342.º, do CC, estabelece dois regimes distintos. O número 1 dispõe que ao proprietário dos materiais utilizados, que não tem culpa na acessão, são atribuídos os mesmos direitos que ao autor da acessão de boa-fé – ou seja, adquirir o imóvel, ser indemnizado pelo valor dos seus materiais ou abrir licitação com o dono do imóvel (consoante o valor do imóvel e dos materiais, nos termos expressos *supra*) – independentemente da boa ou má-fé do autor da acessão. Já o número 2 prevê, relativamente ao proprietário dos materiais que teve culpa na existência da acessão, que este tem os ónus que o autor da acessão de má-fé

⁶⁷ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* P. 145.

possui – desfazer a obra e restituir o imóvel ao seu primitivo estado, a expensas suas; ou caso o proprietário do terreno opte por conservar a obra, o direito a ser restituído no seu valor, segundo as regras do enriquecimento sem causa. Note-se que aqui já não é indiferente a boa ou má-fé do autor da acessão – se este estiver de má-fé, os ónus referidos são divididos de forma solidária, e a compensação pelo enriquecimento sem causa é devida em proporção do valor dos materiais e da mão-de-obra. E se o autor da acessão estiver de boa-fé? PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA defendem, independentemente da culpa do proprietário dos materiais, que “*este mantém integralmente o direito de indemnização correspondente ao seu trabalho, seja qual for a opção feita pelo dono do terreno*”.⁶⁸

Resta-nos referir o regime que, quiçá, tem maior relevância para a nossa dissertação – o do artigo 1343.º, com a epígrafe “*Prolongamento de edifício por terreno alheio*”. Nos termos do número 1, aqui é só relevante o autor da acessão que esteja de boa-fé. Assim, se este construir numa parcela de terreno alheio, pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, apenas três meses depois do início da ocupação, se não existir oposição por parte do proprietário. Devendo pagar, contudo, o valor do terreno adquirido e reparar o prejuízo causado, designadamente a eventual depreciação do restante terreno. No entendimento de PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, esta aquisição não terá de se restringir a uma parcela de terreno alheio. Numa interpretação extensiva e baseada na Doutrina italiana, os autores defendem que se a construção ocupar todo o terreno, a aquisição far-se-á na totalidade do terreno.⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, na esteira de OLIVEIRA ASCENSÃO, discorda, fazendo uma interpretação literal do artigo – “*parcela*”, impõe que não seja todo o prédio, caso em que se deverá reger pelo regime geral da acessão do artigo 1340.º, do CC.⁷⁰

O número 2, do mesmo artigo, manda aplicar este regime a qualquer direito real de um terceiro que exista sobre o terreno ocupado. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA destacam uma interessante questão – esta analogia não se estende apenas ao direito a uma

⁶⁸ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. *op. cit.* P. 152.

⁶⁹ *Idem*, p. 154.

⁷⁰ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. *op. cit.* Vol. II. P. 721.

indenização do titular do direito real *in casu*, mas também à possibilidade de este se opor à acessão, embora não seja proprietário do terreno.⁷¹

E se o autor da acessão estiver de má-fé ou o proprietário do imóvel se opuser? Parece que, *a contrario sensu*, o autor da acessão não adquirirá essa parcela de terreno, em ambos os casos. Não podemos, contudo, deixar de destacar o absurdo do proprietário só ter conhecimento da construção um ou dois anos depois e já nada poder fazer. O artigo tem apenas como pressuposto a passagem do tempo, parecendo, numa interpretação literal, ser irrelevante o conhecimento ou desconhecimento do proprietário. Regressando ao auxílio dos Professores PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, estes destacam, defendendo esta interpretação, e na esteira da Doutrina italiana, que a solução é justificada por um novo “*conceito de propriedade*”, que impõe ao proprietário obrigações, designadamente a de vigilância dos bens da sua propriedade.⁷²

Por fim, os Professores evidenciam que o artigo utiliza a expressão “*pode*” – ou seja, trata-se de uma faculdade, de um direito potestativo do autor da acessão. E não, como ocorre no caso artigo 1340.º, uma aquisição por força da lei; só existindo, portanto, a acessão nos termos do artigo 1341.º, do CC, no momento do pagamento da indenização.⁷³

2.1.3.4. – Modo de operar e objeto

Aqui chegados, impõe-se a questão de saber se acessão opera de forma automática ou está dependente de uma declaração negocial. Em princípio a questão só se colocará face à acessão industrial, uma vez que a acessão natural, quer por aluvião, quer por avulsão, será sempre automática (nos termos da lei, e no último caso, uma vez decorrido o prazo legal de seis meses). A Doutrina diverge, contudo, relativamente à forma de operar da acessão industrial. Vejamos os argumentos esgrimidos por ambas as partes.

Por um lado, a tese que à partida e em abstrato parece ter maior acolhimento legal, da aquisição *ipso facto*, é desde logo defendida por MENEZES CORDEIRO, que chama à atenção da letra da lei – “*adquirir pagando (artigos 1339.º e 1340.º, n.º 1), adquirir após*

⁷¹ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado, *op. cit.* P. 154.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Idem*, p. 153.

licitação (artigo 1340.º, n.º 2), ter o direito de adquirir ou de exigir a demolição (artigo 1341.º) ou de adquirir pagando após três meses (artigo 1343.º, n.º1).” Embora o Professor considere que não é automática, pela simples acessão, também não depende de qualquer declaração negocial, basta a verificação dos factos indicados *supra*.⁷⁴

Por outro lado, LUÍS CARVALHO FERNANDES destaca que a letra da lei é enganadora, pois vários são os pontos do regime da acessão que desmentem este entendimento. O Professor começa por destacar o facto da lei claramente atribuir às pessoas envolvidas *“a faculdade de adquirir ou não adquirir, deixando mesmo em aberto, por vezes em alternativa, outras faculdades.”* No fundo, o Professor entende que existe um direito potestativo atribuído ao beneficiário da acessão pela lei, e que este pode ou não escolher exercê-lo. Até porque, seria desproporcional obrigar o beneficiário a exercer o direito potestativo de aquisição da coisa, *“tanto mais quanto é certo ser ela em regra acompanhada da obrigação de pagar uma indemnização à outra parte”*. Aproveitando este último argumento, o Professor relembra que nos casos em que existe uma obrigação de indemnização, a lei estabelece *“uma correlação entre a aquisição do direito e o pagamento”*, pelo que a eficácia da aquisição está condicionada pelo pagamento, não operando antes do mesmo ser efetuado.⁷⁵ No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO configura a acessão enquanto um direito potestativo do seu titular beneficiário, que se justifica pelos inúmeros interesses em causa. Por um lado, se assim não fosse, impor-se-ia ao beneficiário da acessão, em certos casos, o pagamento de uma indemnização que este poderia não ter capacidade económica para satisfazer imediatamente. E também, o proprietário originário poderia perder de imediato a sua propriedade, enquanto o pagamento da indemnização a que tinha direito só se verificaria posteriormente. O risco, em suma, correria automaticamente sobre o beneficiário da acessão, independentemente do conhecimento que este tivesse da mesma; e impediria a justa composição do facto pelas partes, por acordo, podendo alterar as suas posições. Nas palavras do Professor, no fundo, *“A situação não é anómala para a ordem jurídica portuguesa, nem para a acessão imobiliária, que de várias maneiras se afasta da regra rígida de que tudo o que está dentro dos limites verticais do prédio deve pertencer ao mesmo proprietário”*.⁷⁶

⁷⁴ Cfr. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Direitos Reais*. *op. cit.* Vol. II. Pp. 722 e 723.

⁷⁵ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Lições de Direitos Reais*. *op. cit.* Pp. 292 e 293.

⁷⁶ Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil – Reais*. *op. cit.* P. 401 e seguintes.

Por outro lado, importa igualmente referir a querela Doutrinal e Jurisprudencial acerca do objeto da acessão – se deverá ser todo o prédio ou só a parte do terreno onde a obra foi feita. RUI PINTO DUARTE defende que a posição atualmente maioritária nos tribunais, de ser apenas a parcela do terreno onde foi construída, não é a mais correta. Avança dois argumentos: um literal – “*Contra ela joga não só a letra da lei («adquire a propriedade dele» - prédio)*”, e outro mais substantivo – “*mas também as considerações de que ela prejudica os proprietários e favorece a fragmentação dos prédios – contra aquilo que parece ser a orientação da nossa ordem jurídica no seu todo.*”⁷⁷ Neste sentido, faz uma interessante ingerência em matéria de Direito Administrativo, ao chamar à colação o regime administrativo do fracionamento dos prédios. Tentando não desenvolver em demasia a questão, os tribunais têm permitido a acessão e a usucapião de partes de imóveis que não respeitam o disposto da proibição de fracionamento dos prédios rústicos, ou do regime do loteamento urbano. Permitindo uma fraude à lei pública, por via de institutos de Direito Privado, que possibilitam aos particulares adquirir por via da acessão ou da usucapião, algo que nunca poderiam ter por via de uma operação de loteamento urbano ou de um licenciamento.⁷⁸

2.2. – No Direito Público, onde é proibido tudo o que não é permitido

2.2.1. – Da estrita vinculação ao princípio da legalidade?

O Direito Público, designadamente o Direito Administrativo, é pacificamente reconhecido como um espaço com duras amarras ao princípio da legalidade. Historicamente, esse facto é facilmente compreensível quando o Direito Administrativo surge como uma forma de reação ao Estado de Absoluto, e à ideia que só o poder político (e público) estava acima da lei. Assim, a atuação da Administração Pública é de tal modo restrita a este princípio, que este é apresentado em diversas frentes: preferência de lei –

⁷⁷ Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. *op. cit.*. Pp. 89 e 90.

⁷⁸ Para mais desenvolvimento da questão, e análise da jurisprudência, ver COSTA, António Pereira da – Loteamento, acessão e usucapião: encontros e desencontros. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. N.º 11 Ano IV, 1.03 (2003). Pp. 91 a 105.

ou seja, são proibidas as atuações que contrariem a lei, prevalecendo sempre a lei sobre qualquer ato administrativo contrário; precedência de lei – a administração só pode atuar se houver uma habilitação legal que a permita (em último caso, a própria Constituição); e a reserva de lei, leia-se, qualquer restrição ou regulação de determinadas matérias mais sensíveis – como face aos direitos, liberdades e garantias, formas e atividade administrativa, só poderá ser feita por via de lei.⁷⁹

Em face desta realidade, poderá o costume ser uma fonte de Direito Administrativo? O incontornável nome nestas matérias, MARCELLO CAETANO, é perentório ao afirmar que sim. O Professor convida-nos a deixar de lado os preconceitos de escola e a reconhecer o valor normativo do costume, enquanto mais autêntico facto social e “*resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição*”. Assim, MARCELLO CAETANO reconhece que nos países continentais os preceitos administrativos por regra nascem da lei, e, quando começam a formar-se por natural consenso da Administração, são enformados na letra da lei. Contudo, tal não significa que não ocorram situações no Direito Público moderno, em que há uma revogação tácita das leis escritas, por serem incompatíveis com os hábitos e mentalidades da sociedade para que foram feitas.⁸⁰ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS consideram que embora não se deva excluir a sua admissibilidade enquanto fonte de Direito, a sua relevância é bastante reduzida na ordem jurídica administrativa portuguesa. Os Professores chamam à atenção ao facto do costume não poder ser fundamento da atuação administrativa, por força do princípio da legalidade. Contudo, não deixam de notar que se trata da ascendência do poder político do Estado sobre a sociedade civil, tal como o facto da “*frequente mistificação do direito legislado como fórmula quase mágica de resolução de problemas sociais, contrasta, paradoxalmente, como o menor enraizamento cultural da sua observância*”.⁸¹ Pelo contrário, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA repudia a possibilidade do costume ser fonte de Direito Administrativo, designadamente pelo crivo constitucional dos artigos 208.º, 267.º e 269.º, da Constituição;

⁷⁹ Para mais desenvolvimentos, SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais. 5.ª Ed. Reimp. Lisboa: D. Quixote, 2014. Tomo I. Pp. 160 e seguintes.

⁸⁰ Cfr. CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. 10.ª Ed., 10.ª Reimp.. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. I. Pp. 81 a 83.

⁸¹ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais. *op. cit.* Tomo I. Pp. 68 e 115.

advogando que o costume só poderá funcionar como fonte de Direito, nos casos em que a lei remeta expressamente para o mesmo. O Professor entende que nunca o costume poderá ser *contra legem*, ou considerar-se que derroga uma lei, pois para isso seriam necessárias duas condições, no seu entender, impossíveis de ocorrer: que a Administração deixasse de respeitar uma lei e esse desrespeito fosse legítimo, e que o tribunal concluísse que esse desrespeito seria legal, se fosse chamado a apreciar a conduta da Administração.⁸²

Questão distinta, mas quiçá de maior relevância, é a importância que a praxe tem no domínio do Direito Administrativo. De facto, muitas das regras de conduta dos órgãos administrativos e das relações dos mesmos com os particulares, resultam de um *modus operandi* que não passa de praxes administrativas – são condutas de rotina dos serviços, práticas por vezes seculares impressas no dia-a-dia dos serviços. Sem a convicção de obrigatoriedade associada, estas sempre poderão ser substituídas ou incumpridas pelos agentes, sem qualquer sanção associada. MARCELLO CAETANO considera, portanto, que não constituem Direito, são “*normas técnicas, meramente usuais ou de simples conveniência, desprovidas da opinio juris vet necessitatis característica do costume*”.⁸³ Também MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA admite esta possibilidade, embora, como referimos *supra*, apenas nos casos em que exista um espaço legislativo em branco criado pela lei, que permita o seu preenchimento pela prática comum.⁸⁴

Não obstante, a Administração Pública conserva sempre o seu *Fait du Prince* de entender que a realidade impera por outra previsão mais correta e adequada da situação jurídica, modificando-a unilateralmente. A este propósito é especialmente relevante o regime do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e sucessivamente alterado⁸⁵ (doravante CCP), dos artigos 311.º, número 2, 334.º e 335.º. Mas também, o regime da revogação de atos administrativos do artigo 165.º, do NCPA.

⁸² Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de – Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1980. Vol. I. Pp. 100 e 101.

⁸³ Cfr. CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. *op. cit.* Pp. 81 a 83.

⁸⁴ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de – Direito Administrativo. *op. cit.* Vol. I. P. 100.

⁸⁵ Alterado pelos seguintes diplomas e retificações: Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março; Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro; Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro; Decreto-Lei n.º 278/2009, de 02 de outubro; Lei n.º 3/2010, de 27 de abril; Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro; Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro; Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho; Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro; Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto; Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro; Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro; e Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de março.

O facto natural, que todavia, mais acuidade tem nesta área é, sem sombra de dúvida, o tempo. Veja-se o instituto do ato administrativo tácito, enquanto ficção legal da prática de um ato pela administração – seja ele de carácter positivo ou negativo – pelo mero decurso do tempo, por via do incumprimento da Administração do prazo a que estaria obrigada legalmente a decidir. Atualmente, este regime está vertido nos artigos 129.º e 130.º do NCPA, e a regra é o indeferimento tácito. Mas também, os casos de prazos de prescrição extintiva e aquisitiva, com especial relevância no domínio público, onde um bem pode deixar de pertencer ao domínio público por via de uma desafetação tácita – MARCELLO CAETANO chama-lhe, precisamente, desafetação de facto⁸⁶ – por a realidade fáctica demonstrar que se perderam os interesses públicos que estiveram na base da afetação daquele bem ao domínio público, nos termos do artigo 17.º, do RJPIP. E vice-versa, da afetação ao interesse público, por se verificar um interesse público atendível, tal como a aquisição por parte da Administração de um bem por via da usucapião. De um modo geral, por fim, nos casos de verificação do termo que foi apostado numa relação jurídica – veja-se o termo de um contrato de trabalho em funções públicas, nos termos dos artigos 56.º e seguintes, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, sucessivamente alterada⁸⁷, e doravante LTFP, a mero título de exemplo; mas também das licenças e concessões administrativas.

Ainda relativamente ao efeito do tempo nas relações jurídicas administrativas, PAULO OTERO, refere que o tempo tem *«um papel de facto gerador do “esquecimento” de situações jurídicas contrárias ou conformes à legalidade jurídico-positiva, modificando e invertendo o seu sentido ou os seus efeitos»*. Assim, o tempo permite a consolidação de posições contrárias à lei, por um lado; ea extinção posições jurídicas válidas pelo seu simples não exercício, por outro. Dentro dos vários exemplos avançados, destacamos os do direito sancionatório – da prescrição do direito à instauração o procedimento sancionatório, ou a aplicar uma sanção e executá-la; mas também da aquisição de direitos históricos ou imemoriais.⁸⁸ Em suma, nas palavras do Professor, a

⁸⁶ Cfr. CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo. op. cit.* Vol. I. Pp. 420 e 421.

⁸⁷ Pelas seguintes Leis e retificação: Retificação n.º 37-A/2014, de 19 de agosto; Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro; Lei n.º 84/2015, de 07 de agosto; Lei n.º 18/2016, de 20 de junho; Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro; Lei n.º 25/2017, de 30 de março; Lei n.º 70/2017, de 14 de agosto; e Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto.

⁸⁸ Como o direito a aproveitar os recursos naturais em águas arquipelágicas, nos termos do número 1, do artigo 51.º, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97, publicada na Série I-A, 1.º Suplemento, do Diário da República n.º

prescrição e a caducidade “*são emanações da procura de segurança e de certeza nas relações sociais, da tutela da confiança na aparência e de um certo entendimento de justiça que está subjacente a esses mesmos valores*”.

O Professor MARCELLO CAETANO chama, além disso, à atenção para a vontade normativa, ou seja, os casos em que as normas legais conferem a uma dada ação ou omissão, enquanto uma manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos, um determinado efeito, independente da verdadeira vontade psicológica do seu agente. Nas palavras do Professor, “*A norma está formulada segundo este tipo: «Se alguém se conduzir de tal modo, deve entender-se que quis tais efeitos jurídicos»*”. Sendo o Direito Administrativo característico pela atuação de pessoas coletivas, esta situação tem especial relevância, porque os órgãos das pessoas coletivas, nada mais nada menos, que são a expressão psicológica da vontade normativa das pessoas que representam.⁸⁹

2.2.2. – Da teoria dos agentes putativos e do interesse público

Aqui chegados, importa levantar o véu à questão da invalidade do ato administrativo, fazendo o contraponto com aquele que é, dos mais antigos e paradigmáticos casos de reconhecimento dos efeitos normativos do facto, no Direito Administrativo – a teoria dos agentes putativos.

Agentes putativos, na definição apresentada por MARCELLO CAETANO, são “*os indivíduos que em circunstâncias normais exercem funções administrativas de maneira a serem reputados em geral como agentes regulares, apesar de não estarem validamente providos nos respectivos cargos*”.⁹⁰ Ou seja, são agentes de facto – que exercem funções de facto, apesar da sua eleição, provimento ou contratação padecer de um vício. Distinguem-se, portanto, do que o Professor apelida como *agentes necessários*, porque atuam em circunstâncias normais e não em estado de necessidade ou no imperativo de

238/97, de 14 de outubro de 1997; ou o reconhecimento de propriedade privada de leitos ou margens de águas do mar, de acordo com o artigo 15.º, da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro. Para mais desenvolvimentos, vide OTERO, Paulo - Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. Pp. 1074 e 1075.

⁸⁹ Cfr. CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. *op. cit.* Vol. I. Pp. 424 e 425.

⁹⁰ Cfr. CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. 10.ª Ed., 10.ª Reimp.. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II. P. 664.

bem comum. Assim, exercem a sua função de forma pacífica e pública, e no interesse geral, apesar de terem sido investidos nas suas funções de forma irregular.⁹¹

O regime dos efeitos da sua atuação, para MARCELLO CAETANO, tem de ser visto de dois prismas: o da Administração Pública e o dos particulares.⁹²

Do ponto de vista da Administração, o Professor considera que não poderão ser destruídos completamente os efeitos da sua atuação, por uma clara impossibilidade prática – seria demasiado penoso para a própria Administração. Devendo-se temperar, portanto, esta solução com os seguintes critérios: a) a equidade; b) a negligência dos superiores hierárquicos; c) a boa-fé do agente de facto; e d) a importância do vício na sua investidura. Assim, se o ato de investidura for anulável, e a anulabilidade não for arguida, o decurso do prazo sana o ato, tornando-o válido, e a situação de facto converte-se numa situação de Direito. Se, por outro lado, for invocada a anulabilidade dentro do decurso do prazo, só serão de restituir, pelo agente de facto, os vencimentos que auferiu se, e até, o desconhecimento pelo mesmo do vício – de acordo com a solução do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de março de 1944. Caso distinto é o de o vício ser cominado com a nulidade ou inexistência – em princípio o ato de declaração da nulidade pode ser praticado a todo o tempo e por qualquer autoridade. Contudo, este entendimento tem de ser refreado com “*o decurso de longo tempo de exercício pacífico, contínuo e público das funções*”, considerando este que legitima a situação do agente putativo, tornando-o igualmente um agente de Direito – MARCELLO CAETANO fala numa aquisição por “*uma espécie de usucapião*”.⁹³

Este entendimento, de base jurisprudencial, utiliza o conceito indeterminado de “*um período longo tempo*” – Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 26 de abril de 1940 e de 19 de fevereiro de 1943. Considerando, de acordo com os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de junho de 1938, e de 3 de janeiro de 1947, que não bastarão três anos. O Professor MARCELLO CAETANO defende a aplicação do critério temporal do artigo 1298.º, do CC, de dez anos, relativo à aquisição por usucapião dos bens móveis, sem boa-fé, título aquisitivo e registo.⁹⁴

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Idem*, pp. 645 e seguintes. Os Acórdãos que citaremos de seguida, extraídos do manual do Professor Marcello Caetano, estão todos disponíveis na Coletânea de Jurisprudência.

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.*

Do prisma dos particulares, destinatários dos atos administrativos praticados pelos agentes putativos, a solução avançada seria a de reconhecer a validade dos atos. Por duas razões: a) a segurança jurídica dos particulares, uma vez que acreditam na regularidade do sistema, no controlo de um sistema que é hierarquizado, não lhes sendo exigível que questionem os funcionários da regularidade da sua investidura, quando estes atuam no exercício das suas funções e respeitando a lei; b) por uma questão de lógica jurídica – se o agente exerce as suas funções de acordo com a lei, a vontade dos atos jurídicos deve ser a vontade normativa, e não a vontade psicológica – enquanto centros funcionais de vontade – conforme referimos *supra*. Ou seja, nas palavras de MARCELLO CAETANO, “*embora irregularmente provido, o indivíduo agiu como se fosse agente administrativo e, fazendo-o, exprimiu a vontade que segundo a lei tinha o dever de exprimir, aplicou as normas aplicáveis ao caso. (...) foi um mero intermediário entre a lei e os outros indivíduos. Por isso, se o acto não for inválido por outro motivo, não deve ser afectado pelo carácter irregular da investidura do agente*”.⁹⁵

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA chama a atenção de que se trata da aplicação do critério da *plausibilidade*, nos termos do número 2, do artigo 369.º, do CC, e que há Doutrina que considera que deve distinguir, em termos de regime, se o vício que está na base da investidura é cominado com a nulidade ou a mera anulabilidade. O Professor repudia este entendimento, “*em primeiro lugar, porque desatende por completo os interesses dos particulares, aos quais não pode exigir-se que, sempre que entrem numa relação jurídica com a Administração, avaliem minuciosamente as condições em que os agentes respectivos desempenham as suas funções e destrincem entre títulos nulos e anuláveis*”; em segundo lugar, porque esta posição causaria imensos embaraços ao funcionamento normal dos serviços, que “*antes de poderem praticar qualquer acto, se veriam obrigados a fazer perante os particulares, seus destinatários, prova do cumprimento integral dos requisitos legais do seu provimento*”.⁹⁶

Esta questão continua a ter atualmente relevância prática, como se pode aliás comprovar pelo seguinte excerto do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 04 de junho de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 05131/09, disponível *on-line* em www.dgsi.pt: “*Em princípio, o prazo relevante não poderia ser inferior a dez anos,*

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de – *Direito Administrativo. op. cit.* Vol. I. Pp. 434 e 435.

dependendo a prescrição aquisitiva do “prudente arbítrio do julgador”, tendo em conta determinados factores: equidade, negligência dos superiores do funcionário, natureza da situação irregular e dos serviços prestados e boa fé do agente de facto, etc. Mas, com a evolução do Direito Administrativo, a jurisprudência do S.T.A. tem sido, ao longo dos anos, no sentido de encurtar aquele prazo. Finalmente, o Dec-Lei 413/91, de 19 de Outubro, cuja finalidade foi a de proceder à regularização das situações de pessoal do quadro dos serviços autárquicos, abrangendo o maior número de situações possíveis, veio fixar o prazo em três anos, mesmo no caso de eventual nulidade ou inexistência dos actos de nomeação (art. 2º nº 1 e 3º nº 1)”.

2.2.3. – Do regime da nulidade administrativa

2.2.3.1. – Introito – da clássica formulação dualista do sistema de invalidades

O Direito Administrativo, como ramo de Direito relativamente jovem, em comparação com os séculos de vivência e construção dogmática do Direito Privado, designadamente do Direito Civil⁹⁷, construiu os quadros do regime das invalidades dos atos dos seus agentes, sobre os moldes do Direito Civil. Assim, as sanções cominadas aos atos inválidos seriam a anulabilidade e a nulidade, consoante a gravidade do vício e a importância dos interesses protegidos pela norma violada.

A primeira formulação deste regime, definida de forma precisa e congruente, aparece no Código Administrativo de 1936.⁹⁸ Podemos ler no artigo 307.º, que “São nulas e de nenhum efeito, independentemente de declaração pelos tribunais, as deliberações dos corpos administrativos”, sendo exemplo “1º Que forem estranhas as suas atribuições, (...) 5º Que carecerem absolutamente de forma legal. § único As deliberações nulas e de nenhum efeito são contenciosamente impugnáveis sem dependência de prazo, por via de acção ou de excepção”. Por seu lado, o artigo 308.º regula das situações de anulabilidade e prevê: “São anuláveis pelos tribunais as deliberações dos corpos administrativos

⁹⁷ FREITAS DO AMARAL considera a juventude um dos traços específicos do Direito Administrativo. Para mais desenvolvimentos, cfr. AMARAL, Diogo Freitas do – Curso de Direito Administrativo. 4.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014. Vol. I. Pp. 142 e 143.

⁹⁸ Cfr. CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. *op. cit.* Vol. I. P. 515.

viciadas de incompetência, excesso de poder e violação de lei, regulamento ou contrato administrativo. § único As deliberações anuláveis só podem ser contenciosamente impugnadas dentro do prazo legal”.

Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE tece algumas críticas a esta importação do sistema dualista do Direito Civil, sem atender às especificidades do Direito Administrativo. Nas palavras do Professor, “*certo é que se torna indispensável meditar na complexidade da categoria jurídica, tomando na devida conta as mutações genéticas impostas pela sua vivência no mundo administrativo*”. Desde logo, VIEIRA DE ANDRADE destaca a relevância fundamental do interesse público, chamando à atenção para o paradigma francês e italiano, em mudança, onde a invalidade surge como figura unitária, ressaltando os desvalores mais graves com a cominação da inexistência.⁹⁹

A tendência legislativa, ao longo dos tempos, foi de tornar a anulabilidade o vício regra, restringindo os casos de nulidade a um elenco taxativo previsto na lei. ANDRÉ SALGADO DE MATOS defende que se trata de um resquício do Estado de Polícia, ou seja, enquanto um “*prolongamento residual dos poderes contra-legislativos do monarca do Estado de polícia*”. No fundo, citando Otto Mayer, o autor defende que se trata da lógica de que “*o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece*”, atribuindo uma presunção de juridicidade e validade aos atos administrativos, uma vez que ao Estado cabe o privilégio “*de cometer erros*”. Na sua opinião, a justificação do sistema por via de considerações de segurança jurídica e tutela da confiança, trata-se de uma mera “*troca de etiquetas*”, sem qualquer suporte doutrinário, justificação teórica ou mesmo correspondência com uma nova ordem constitucional.¹⁰⁰

VIEIRA DE ANDRADE entende que embora, à primeira vista, pareça paradoxal, considerando a especial vinculação da Administração Pública à legalidade e ao interesse público, que este regime se explica tanto pela “*autoridade administrativa como privilégio público*”, como pela garantia da segurança jurídica e da “*praticabilidade*” num universo onde prolifera a intervenção da Administração nas mais diversas áreas.¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de – A nulidade administrativa, essa desconhecida. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 3957. (Ano 138 – 2008/2009). Pp. 333 a 350. Em concreto, p. 334.

¹⁰⁰ Cfr. MATOS, André Salgado de – Algumas observações críticas acerca dos actuais quadros legais e doutrinários da invalidade do acto administrativo. In: Cadernos de Justiça Administrativa. Braga: CEJUR. N.º 82. (julho – agosto de 2010). Pp. 55 a 68. Em concreto, pp. 61 a 64.

¹⁰¹ Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de – A nulidade administrativa, essa desconhecida. *op. cit.*, Pp. 335 e 336.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22 de novembro de 1962, proferido no âmbito do processo n.º 001250, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, onde consta do sumário: “*Os actos da Administração gozam da presunção de legalidade, circunstancia que envolve a sua imediata obrigatoriedade e executoriedade dos imperativos neles contidos.*”. Mais recente, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19 de março de 1992, proferido no âmbito do processo n.º 026118, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, refere que: “*II - De acordo com o princípio segundo o qual os actos administrativos, até demonstração em contrário, são legais, o que inclui a veracidade dos respectivos pressupostos, não-de considerar-se como exactos os factos dados como assentes pela Administração com base numa presunção simples ou de experiência enquanto o recorrente não trazer a juízo factos opostos capazes de destruir essa presunção.*”. Esta posição é contrariada por ROGÉRIO SOARES que defende que “*o acto anulável tem de ser desde o início considerado como inválido. Só não pode aceitá-lo de boa mente quem procure fazer uma construção de invalidade com socorro da lógica formal*”. Acrescenta, ainda, o Professor, que essa solução é incompatível com a posição atual da Administração e a lei – ou seja, segundo o Estado de Direito, os atos lesivos do interesse público têm de ser inválidos, sob pena de não respeitar o princípio da vinculação legal na sua aceção moderna. Destaca, por fim, que a retroatividade da anulação só se pode justificar pelo ato ser inválido *ab initio*.¹⁰² Não podemos deixar de concordar com esta solução, que nos parece bem mais consentânea com o princípio do primado da lei. De facto, o tempo pode sanar os efeitos inválidos do ato, tornando-o válido por inimpugnável, mas tal não pode significar que o ato, viciado por qualquer que seja o desvalor jurídico, se considere válido enquanto não seja impugnado. Aliás, à luz do número 1, do artigo 38.º, do CPTA, que possibilita que a ilegalidade seja apreciada judicialmente, ainda que após o prazo de impugnação, de forma accidental, COLAÇO ANTUNES defende mesmo que a anulabilidade nunca se sana com o decurso do tempo, apenas se convalida.

¹⁰² Cfr. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt - Interesse público, legalidade e mérito. Coimbra: [s.n.], 1955. Pp. 293 a 295.

2.2.3.2. – A inexistência jurídica – a mais nula das nulidades?

A discussão da existência (e autonomia) da categoria da inexistência jurídica enquanto desvalor no Direito Administrativo é, quiçá, tão antiga quanto o regime de invalidades do ato administrativo.

MARCELLO CAETANO considera que a nulidade absoluta (ou nulidade radical) é equiparada à inexistência jurídica, não existindo diferenças ao nível do regime destes dois institutos. No entender do Professor, a inexistência só poderá resultar de uma conduta criminosa, que não prossegue os interesses da Administração, ou que não possua qualquer dos elementos ou requisitos essenciais do ato, de tal forma, que nem se possa verdadeiramente afirmar que foi produzido um ato administrativo. MARCELLO CAETANO defende, portanto, que só existe vantagens nesta equiparação, que aliás é a que tem correspondência legal, quer com o Código Administrativo, quer com o “*Estatuto do Funcionalismo Ultramarino*”.¹⁰³

Também neste sentido, ROGÉRIO SOARES que considera que se trata de uma das consequências do “*pecado original*” que foi o importar do regime das invalidades do Direito Privado, considerando-o uma “*construção puramente lógica dos vícios do ato*”, imprópria para uma “*adequada consideração jurídica do problema*”. Assim, a questão da inexistência é uma questão naturalística e não normativa – o Direito só se pode ocupar por coisas materialmente existentes. Acresce que esta não possui um regime jurídico próprio, uma vez que as suas consequências são as mesmas que as da nulidade – “*a improdutividade total*”. Por fim, se o objetivo fosse a contraposição à anulabilidade, sempre considera o Professor que o problema manter-se-ia, pois é necessário que exista um ato para que este seja considerado como invalido, ou seja, a individualização de um comportamento de certo tipo.¹⁰⁴

Por seu lado, VIEIRA DE ANDRADE defende que há que distinguir, categoricamente, a nulidade da inexistência. Assim, a inexistência corresponde às situações em que “*não há uma decisão de autoridade formalmente imputável a um ente administrativo*”. Ou seja, falta um fundamento essencial que não permite a recondução ao tipo legal do ato administrativo, porque há, por exemplo, inércia ou silêncio, o ato não está constituído ou

¹⁰³ Cfr. CAETANO, Marcello – *Manual de Direito Administrativo. op. cit.* Vol. I. Pp. 513 a 515.

¹⁰⁴ Cfr. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt - *Interesse público, legalidade e mérito. op. cit.* Pp. 288 a 292.

é proferido por alguém destituído de poderes públicos.¹⁰⁵ O Professor reconhece que a legislação é contraditória, neste nível, por prever tão-só, no regime das invalidades, a nulidade e a anulabilidade, reconduzindo a falta de pressupostos essenciais à nulidade; ao mesmo tempo que se refere, tanto no CPA (e no NCPA, diríamos), como no CPTA, à figura dos atos inexistentes. Em consequência, o autor defende a aplicação de um regime mais severo para a inexistência – não admitindo a proteção de efeitos putativos, a conversão e a convalidação do ato.¹⁰⁶

Esta trata-se da posição igualmente adotada por PAULO OTERO, que considera que o CPA e o CPTA aclararam a “*operatividade jurídica*” do conceito de inexistência. Trata-se, portanto, de decisões a que falte o mínimo de identificabilidade como uma decisão, que comportam gravíssimas violações materiais ou decisões que aplicam leis que são, em si mesmo, inexistentes. Ao nível do regime, o Professor começa por defender que se trata do regime da nulidade, com a diferença de não ser possível o reconhecimento de quaisquer efeitos jurídicos. Contudo, no limite, o Professor considera que poderá – mesmo nestes casos – ser necessário a proteção de situações de facto, por via dos princípios da justiça, da igualdade e do decurso do tempo. De entre os vários exemplos dados, destacamos o de uma lei juridicamente inexistente, que foi aplicada de forma reiterada e pacífica, onde o Professor considera que “*ocorreu aqui uma novação do respectivo fundamento jurídico por via informal, razão pela qual os actos da Administração que apliquem tais preceitos não se podem considerar inexistentes face à norma consuetudinária entretanto nascida*”. Advoga, em suma, uma “*inexistência atípica*”, uma aplicação do regime jurídico da nulidade à inexistência jurídica, “*ressalvando-se certos efeitos das condutas administrativas radicalmente inválidas*”.¹⁰⁷

Mais uma vez, não podemos deixar de concordar com ROGÉRIO SOARES e MARCELLO CAETANO. Quiçá por uma visão mais objetiva e pragmática das coisas, não conseguimos defender a operatividade de um conceito que não tem um regime jurídico autónomo associado. De facto, grande parte dos vícios que os autores consideram mais graves, estão no elenco (aparentemente taxativo) das nulidades do CPA e do NCPA. Sem

¹⁰⁵ Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de – A nulidade administrativa, essa desconhecida. *op. cit.* Pp. 336 a 338.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ Cfr. OTERO, Paulo - Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. *op. cit.* Pp. 1033 a 1036.

prejuízo da reflexão que ainda se fará sobre os conceitos, numa época em que a anulabilidade ganha terreno, e a nulidade é já vista como algo de extrema gravidade, não conseguimos configurar uma autonomia em algo “mais grave que algo grave”.

2.2.3.3. – Do regime da nulidade do CPA de 1991 ao regime do CPA de 2015

O anterior CPA, previa no seu artigo 133.º que “*São nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.*”. Tendencialmente, a Doutrina considerava que a primeira parte, do número 1, se reportava às nulidades por natureza e a segunda parte às legais, previstas, designadamente, no elenco do número 2, do mesmo artigo.

Assim, sempre se considerou que os vícios eram de tal forma graves que, como nos ensina VIEIRA DE ANDRADE, «*ponha em causa os fundamentos do ordenamento jurídico*” “*não sendo, (...), aceitável que produza efeitos jurídicos, muito menos efeitos jurídicos estabilizados*». ¹⁰⁸ Neste sentido, tem especial acuidade o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2004, proferido no âmbito do processo n.º 01572/02, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, que transcrevemos parte da fundamentação: “*De todo o modo, com maior ou menor abertura, a nulidade haverá sempre de reportar-se a um desvalor da actividade administrativa com o qual o princípio da legalidade não pode conviver, mesmo em nome da segurança e da estabilidade como acontece no regime-regra da anulabilidade.*”.

O regime da nulidade, previsto no artigo 134.º, é, em traços gerais, o do Código Administrativo de 1936: “*1 - O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade. 2 - A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal.*”. Por fim, o acto nulo não era suscetível de reforma, ratificação ou conversão – solução que aparecia enformada em letra de lei, no artigo 137.º, do CPA.

VIEIRA DE ANDRADE qualifica este regime como o “*regime puro*” da nulidade, esclarecendo que o ato não é vinculativo, não tem força executiva, nem força executória.

¹⁰⁸ Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de – A nulidade administrativa, essa desconhecida. *op. cit.*, P. 338.

Ou seja, quer por parte dos particulares, que devem escusar-se ao seu cumprimento, por via do direito de resistência, quer por parte da Administração, designadamente por os subalternos não deverem obediência a ordens nulas do seu superior hierárquico.¹⁰⁹ No entanto, neste último caso, o Professor esclarece que a desobediência só se deve considerar quando estes atos nulos consubstanciem a prática de um crime, ou a violação de direitos, liberdades e garantias; pelo contrário, para assegurar o normal funcionamento dos serviços públicos e a disciplina, o ator administrativo poderá ter de acatar a ordem, ou executar o ato.¹¹⁰

Por seu lado, MARCELLO CAETANO considera, distintamente, que os funcionários podem desobedecer, sem infração disciplinar, às ordens contidas em atos nulos, pois a sua “*inexistência*” na ordem jurídica justifica a desobediência. O Professor destaca, ainda, que os titulares do ato nulo respondem pessoalmente pelos prejuízos que possam advir para os particulares da sua execução. Assim, nas suas palavras, se “*por erro ou violência da administração, o acto nulo ter produzido efeitos como se fora legal, esses efeitos serão destruídos logo que a nulidade seja declarada mas a partir da data em que o acto foi praticado*”.¹¹¹

Cedo, contudo, se temperou este entendimento por via do reconhecimento dos efeitos de facto que o ato traz. Logo no número 3, do mesmo artigo 134.º, se prevê que: “*3 - O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito.*”.

Esta solução, antes mesmo de enformada em letra de lei, era desde já defendida por MARCELLO CAETANO, na esteira da jurisprudência dos agentes putativos que citamos *supra*. Contudo, o Professor fala numa questão de “*transformação em situações de direito por usucapião*” e no reconhecimento do efeito do tempo nas relações jurídicas.¹¹²

VIEIRA DE ANDRADE considera que este regime “*apocalíptico*” da nulidade só se compreende numa perspetiva histórica, enquanto forma de reação à “*administração agressiva*”. Na perspetiva do Professor, outra não poderia ser a solução, em face “*das exigências da realidade e do tempo*”, através da atribuição de “*efeitos putativos*” a atos

¹⁰⁹ *Idem*, pp. 340 e 341.

¹¹⁰ *Idem*, pp. 347 e 348.

¹¹¹ Cfr. CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. *op. cit.* Vol. I. Pp. 516 e 517.

¹¹² *Idem*, p. 517.

nulos, por via do princípio da proteção da confiança, da boa-fé, da proporcionalidade e até do interesse público, desde que não haja má-fé ou dolo do responsável pelo ato nulo. No fundo, devem num Estado de Direito, os particulares confiarem “*nos efeitos das decisões públicas verosimilmente válidas, com base nas quais alicerçaram e estabilizaram a sua atuação*”.¹¹³ O autor considera, ainda, que deveria ser possível a convalidação ou conversão destes atos, como se permite aliás na lei civil (artigo 285.º, do CC).¹¹⁴

Na nossa jurisprudência, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2004, proferido no âmbito do processo n.º 01572/02, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, que transcrevemos parte da fundamentação: “*Não decorre desta afirmação que os efeitos constituídos à luz dos actos validamente revogados devam ser atendidos, pois tal seria ilegal dada a retroactividade da revogação anulatória (art. 145º, 2, do CPA). O que está em causa não é produção de efeitos ilegais... mas precisamente a existência de uma compensação devida pela reposição da legalidade. Ora, em casos como o presente, em que os autores só aceitaram o lugar na expectativa (então legítima, pois provocada pelo dirigente máximo do serviço, e entidade que lhes processava os vencimentos), justifica-se que a frustração desta expectativa seja ressarcível, sob pena da consagração do princípio da boa fé não ter qualquer utilidade. O título jurídico onde assenta o direito dos autores não é o acto revogado – pois a revogação com fundamento em ilegalidade é retroactiva - mas a frustração (temporária) da confiança. Ora, o dano emergente da frustração da confiança deve ter, nesta situação, a medida da duração da expectativa legítima, isto é, existe o dano de frustração da confiança, enquanto a mesma confiança persistiu, o que aconteceu desde a aceitação do lugar até à revogação do Despacho do Director Geral. Com efeito, a partir do momento em que a Administração revoga um despacho ilegal, deixam de ser legítimas as expectativas no cumprimento do despacho (ilegal) revogado. As exigências de responsabilização da violação da boa fé (protegendo o particular) cessam com a prática do acto legal, mas subsistiram no período em que perdurou o estado de confiança.*”. Embora deveras esclarecedor, o arresto

¹¹³ Cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de – A nulidade administrativa, essa desconhecida. *op. cit.* Pp. 342 a 344.

¹¹⁴ *Idem*, pp. 144 e 145.

põe mais a tónica na responsabilidade civil extracontratual da Administração por atos ilícitos, do que propriamente da proteção dos efeitos práticos produzidos pelos atos nulos.

A problemática da invalidade superveniente dos atos reveste igualmente uma especial acuidade no estudo destas matérias. PAULO OTERO considera que estamos perante o conflito entre duas normas do sistema jurídico: por um lado, a tutela da legalidade – se existe uma declaração de invalidade com forma obrigatória geral, de uma norma (seja uma lei ou um regulamento), que serve de fundamento a diversos atos da Administração, “*enquanto corolário da reposição da legalidade violada*”, todos os efeitos devem ser destruídos. Por outro lado, a tutela da segurança e da justiça, que impõe que se ressalve os atos, cuja ilegalidade entretanto se consolidou na ordem jurídica, sendo que a invalidade era desconhecida à data da prática dos atos. Daí que o CPTA preveja, no número 2, do artigo 76.º, relativamente aos efeitos da declaração de ilegalidade com força obrigatória geral de regulamentos, a possibilidade do tribunal quando “*razões de segurança jurídica, de equidade ou de interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentadas, o justifiquem*”, que a sentença não produza efeitos retroativos, mas só para futuro. Sendo que já seria a solução regra, à luz do número 4, do mesmo artigo, que prevê que “*a retroatividade da declaração de ilegalidade não afeta os casos julgados nem os atos administrativos que entretanto se tenham tornado inimpugnáveis, salvo decisão em contrário do tribunal, quando a norma respeite a matéria sancionatória e seja de conteúdo menos favorável ao particular.*”. Embora o Professor reconheça mérito às preocupações subjacentes, não deixa de considerar que estas soluções são de questionável conformidade constitucional, uma vez que “*consagra uma legalidade regulamentar invertida*”, fazendo com que a regra seja que a norma produza todos os seus efeitos, como se fosse perfeitamente válida, até à declaração de ilegalidade, só sendo a sua ilegalidade declarada para futuro. Em suma, nas palavras do Professor, “*deparamos aqui com a legitimação de um fundamento normativo ilegal de actos da Administração Pública que continuam hoje (e continuarão amanhã) a produzir efeitos jurídicos no ordenamento*”.¹¹⁵

O NCPA trouxe algumas novidades nestas matérias, dando assim – pelo menos em parte – acolhimento às críticas da Doutrina. O leque da nulidade está agora previsto

¹¹⁵ Cfr. OTERO, Paulo - Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. *op. cit.* Pp. 1011 e seguintes.

no artigo 161.º, e parece ter sido retirada a nulidade por natureza. Prevê-se apenas no número 1, que: “São nulos os atos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade.”. O regime da nulidade está previsto no artigo 162.º, do NCPA. Em traços gerais mante-se inalterado. Trouxe, contudo, uma novidade: no reconhecimento dos efeitos práticos (n.º 3) são expressamente previstos quais os princípios, que antes eram elencados de forma geral: “de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo.”. A grande novidade é, sem dúvida, a do número 2, do artigo 164.º, que passa a ver que os atos nulos podem ser objeto de reforma ou conversão.

III – O DIREITO DO URBANISMO PORTUGUÊS ENQUANTO RAMO ESPECIAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1. – Conceito de urbanismo e breve resenha histórica: o urbanismo como facto social

O dicionário *on-line* da Porto Editora apresenta a seguinte noção de Urbanismo: “*urbē'nizmu. Nome masculino. 1. GEOGRAFIA conjunto das questões relativas à organização e ao planeamento das cidades e à sua evolução, incluindo a adaptação destas às necessidades dos seus habitantes. 2. arquitetura urbana. 3. modo de vida característico das grandes cidades. De urbano+-ismo.*”¹¹⁶

De forma eloquente, FERNANDO ALVES CORREIA qualifica o urbanismo “*como facto social [que] expressa o fenómeno secular do crescimento da cidade, devido à atração que a vida desta exerce sobre as populações rurais*”. Pese embora o Professor considere que o sentido da palavra urbanismo é ainda compreendido como técnica,

¹¹⁶ *Urbanismo* in Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. [consult. 2018-03-27 14:22:04]. Disponível na Internet: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/urbanismo>

ciência e política.¹¹⁷ Por sua vez, MANUEL DA COSTA LOBO, distingue os conceitos de “urbanologia” e “urbanística”, reconduzindo o primeiro à “ciência que trata da análise e compreensão do espaço urbano, (...) quando visa o seu estudo fundamentalmente retrospectivo de análise”, por contraposição ao urbanismo, que “intente formular uma teoria sobre os planos e a sua condução”, ou seja, mais do que o estudo das cidades, o estudo dos planos das cidades. Já a “urbanística” seriam “as políticas e estratégias do domínio do planeamento urbano e regional (...) o que permitirá usar a expressão planeamento urbanístico para o processo de intervenção a uma escala tanto urbana como regional.”.¹¹⁸

COLAÇO ANTUNES começa por defender o entender do urbanismo como ciência ou arte de ordenação, lembrando que, no Renascimento, o urbanismo era reconduzido à ideia de “ordenação estética da cidade”. Contudo, com o desenvolver das cidades, foi ultrapassada a dimensão meramente artística, e o urbanismo passou a ser entendido como técnica e ciência. Atualmente caminhamos para um urbanismo “funcional-racionalista”, assente na pluralidade de funções da cidade, que justifica o que o Professor qualifica, na esteira de Stella Richter, a “urbanoplanocracia” atual. Ao que se seguiu, o urbanismo como técnica: “com destaque para o alinhamento, o zonamento ou a cidade-jardim”. Defendendo, em suma, uma nova conceção de urbanismo, que não descarta o contexto envolvente da cidade, e a sua expansão racional e sustentada, pese embora o Professor descarte igualmente a noção mais ampla de “urbanismo” que defendemos *infra*.¹¹⁹

RAQUEL CARVALHO considera igualmente que existem várias aceções do conceito de urbanismo. Contudo, para a nossa lide como para a do Professora, importa-nos a noção jurídica de urbanismo – “o conjunto de normas e de institutos jurídicos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo”.¹²⁰ Ainda dentro desta visão mais restrita de urbanismo, podemos entender o conceito *lato e stricto sensu*, consoante o espaço territorial que estamos a considerar. Regressando ao auxílio de RAQUEL CARVALHO, o

¹¹⁷ Cfr. CORREIA, Fernando Alves – Manual de Direito do Urbanismo. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. I. Pp. 26 e seguintes.

¹¹⁸ Cfr. LOBO, Manuel da Costa – Noções fundamentais. Conceitos Técnicos. Habitação e seus Espaços de Vivência. In: Direito do Urbanismo. Coord. Diogo Freitas do Amaral. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1989. Pp. 17 a 36. Em concreto p. 20.

¹¹⁹ Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço – Direito Urbanístico: Um outro paradigma: A planificação modesto-situacional. Coimbra: Almedina, 2002. Pp. 61 a 64.

¹²⁰ Cfr. CARVALHO, Raquel – Introdução ao Direito do Urbanismo. Porto: Universidade Católica Editora, 2017. P. 18.

conceito mais amplo o urbanismo considera e regula “o território globalmente entendido”; enquanto que num conceito mais restrito «diz respeito a normas jurídicas respeitantes ao “ordenamento racional da cidade”, aí se incluindo ou enquadrando as operações económicas e administrativas e as questões de estética.»¹²¹ Desta feita, a Professora destaca que o Direito do Urbanismo engloba os instrumentos de gestão territorial, o direito e a política do solo. Pelo que destaca que, tal se verifica na complexidade do ramo, que abrange temáticas como “a propriedade privada do solo, os sistemas de execução de planos (o de iniciativa dos particulares, o de cooperação e o da imposição administrativa) e os instrumentos de execução dos planos, como sejam a reserva dos solos, o direito de superfície, a expropriação, o direito de preferência urbanística, o reparcelamento, a venda forçada, o arrendamento forçado, a demolição, o licenciamento de obras particulares, o direito administrativo da construção, na perspectiva de regras técnicas e jurídicas a que deve obedecer a construção de edifícios.”¹²²

Considerando a raiz etimológica da palavra, urbanismo vem de *urbe* ou *urbis*, a palavra latina para cidade, não podemos deixar de considerar que a conceção mais correta do ponto de sentido histórico-etimológico será a mais restrita. Contudo, atualmente a evolução deste ramo do Direito, tem sido no sentido de ordenar o território *tout court*, independentemente de se tratar uma cidade, vila ou aldeia, como veremos *infra*, pela análise das normas que regulamentam este ramo de Direito. Em face do exposto, não podemos deixar de adotar uma noção mais ampla.¹²³ Neste sentido, seguimos de perto a noção de MANUEL VEIGA DE FARIA. O autor começa por afirmar que “o jurista terá de acompanhar a evolução dos conceitos urbanísticos até à concepção que eles hoje definem e representam. E, no último século, a realidade urbanística alterou-se de tal forma, que os conceitos que o passado nos oferece não servem já para satisfazer as necessidades actuais.” De seguida, distingue o urbanismo como técnica e do ponto de vista jurídico. A definição que aqui nos interessa, a jurídica, é avançada como “o conjunto de regras

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Cfr. CARVALHO, Raquel – Introdução ao Direito do Urbanismo. *op. cit.* P. 19.

¹²³ Há quem defenda, neste sentido, que se trata de ramos de Direito distintos, o urbanismo diz respeito à cidade e o ordenamento de território a qualquer outro território. Não nos parece o entendimento mais coerente com a *ratio legis* da legislação destes domínios, que parece tratar de forma mais ou menos indistinta os dois conceitos. Para mais desenvolvimentos, ver CARVALHO, Raquel – Introdução ao Direito do Urbanismo. *op. cit.* Pp. 21 e 22; CORREIA, Fernando Alves – Manual de Direito do Urbanismo. *op. cit.* Vol. I. Pp. 72 e seguintes.

dirigidas à organização global do território em ordem a melhor o aproveitar e desenvolver, (...) que regula a planificação e sistematização do espaço nacional e com base no qual as construções são edificadas, as zonas verdes são protegidas, as paisagens preservadas, a harmonia estética consolidada, de acordo com os estudos dos técnicos urbanistas". Assim, o autor considera que estamos perante um abandono do seu significado etimológico, e uma ampliação do seu objeto de forma a abarcar o país inteiro – na esteira do que já há muito é defendido em França, Alemanha ou Itália, onde a noção de urbanismo é igual a território, a “*organização global do espaço*”, a “*organização de todo o território do país*”. Relembrando que a disciplina urbanística não visa proteger só as localidades, mas também a conservação da natureza, a preservação de zonas florestais, ou a manutenção dos valores históricos ou artísticos, o autor utilizando uma expressão de Gaston Bardet, considera que o urbanismo é já um “*urbanismo*”.¹²⁴ Em suma, não podemos deixar de concordar com a eloquente frase de COLAÇO ANTUNES, pese embora o Professor não professe este entendimento, de que “*A fuga à cidade não é alternativa, porque aquilo a que chamamos campo apresenta-se insistentemente uniforme e urbanizado. Trata-se, cada vez mais, de uma utopia negativa*”.¹²⁵

Em termos históricos, FREITAS DO AMARAL começa por explicar que a política urbanística, entendida como uma política pública, é tão velha como a história da humanidade. Assim, normas de matriz urbanística, para garantir a segurança das edificações, salubridade dos edifícios, qualidade estética e ordenamento racional do território urbano são características, desde logo e sem surpresa diríamos, da “*polis grega*” e da “*civitas romana*”. O Professor esclarece, ainda, que a intervenção do Estado nestas matérias se verificou durante toda a Idade Média e Moderna e atingiu o seu apogeu, com as cidades dos Estado Absoluto e da era do crescimento urbano desenfreado do século XIX e XX, potenciado pela Revolução Industrial.¹²⁶ A este propósito, FREITAS DO AMARAL distingue o conceito de ordenamento do território – com raiz francesa, na década de 50 do século passado, enquanto “*procura de uma melhor repartição geográfica, num*

¹²⁴ Cfr. FARIA, Manuel Veiga de – Elementos de Direito Urbanístico: I – A Actuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977. Pp. 23 a 31. No mesmo sentido, ver CORREIRA, Fernando Alves – O plano urbanístico e o princípio da igualdade. 2.ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001. Pp. 48 e 49.

¹²⁵ Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço – Direito Urbanístico. *op. cit.* Pp. 86 e 87.

¹²⁶ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do – Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, autonomia e distinções. In: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. N.º 1. (junho de 1994). Coimbra: Almedina, 1994. Pp. 11 a 22. Em concreto, p. 11.

dato país, da localização dos homens e das suas actividades” – ou seja, repartição geográfica mais racional das atividades económicas, descentralização dos serviços públicos, travagem do crescimento desenfreado das grandes cidades, criação de novos pólos de crescimento urbano e industrial, entre outros. Em suma, o Professor avança a definição de “ação desenvolvida pela Administração Pública no sentido de assegurar, no quadro geográfico de um certo país, a melhor estrutura das implantações humanas em função dos recursos naturais e das exigências económicas, com vista ao desenvolvimento harmónico das diferentes regiões que o compõem”. Pelo contrário, o urbanismo é de matriz urbana, ou seja, não há no entender do Professor, urbanismo nacional ou regional – pelo que o urbanismo será o “sistema de normas jurídicas que, no quadro de um conjunto de orientações em matéria de Ordenamento do Território, disciplinam a actuação da Administração Pública e dos particulares com vista a obter uma ordenação racional das cidades e da sua expansão.”¹²⁷

Resta-nos notar que o urbanismo é também entendido enquanto um facto social. A este propósito, FERNANDO ALVES CORREIA, de forma muito esclarecedora, denota que *“expressa o fenómeno secular do crescimento da cidade, devido à atração que a vida desta exerce sobre as populações rurais. O aumento continuo da população que se concentra nos aglomerados urbanos está na origem de uma progressão regular da taxa de urbanização, isto é, da percentagem da população que em cada país vive em cidades.”*¹²⁸ Em suma, o urbanismo surge como resposta aos problemas criados pelo crescimento desordenado e caótico das cidades – como um conjunto de preceitos jurídicos, que foram crescendo em quantidade e complexidade, e que visam resolver anos de falta de planeamento de território – o aparecimento de um elevado défice de habitações, por um lado; e das habitações existentes não respeitarem padrões mínimos de segurança, salubridade, higiene e estética, não possuírem redes de esgotos, abastecimento de água, eletricidade, ou arruamentos, por outro.¹²⁹

¹²⁷ *Idem*, em concreto, pp. 17 e 18.

¹²⁸ Cfr. CORREIA, Fernando Alves – O plano urbanístico e o princípio da igualdade. *op. cit.* P. 27.

¹²⁹ *Idem*, p. 32.

3.2. – Dos princípios aos especiais interesses públicos salvaguardados

3.2.1. A natureza jurídica enquanto ramo especial

Regressando ao precioso auxílio de RAQUEL CARVALHO, a Professora dá o mote ao tratamento desta questão, lembrando o que é característico de qualquer ramo de Direito especial, face ao tronco geral em que se insere – o Direito do Urbanismo distingue-se pela natureza das relações jurídicas que regula, por serem multipolares e complexas, mas também pelos instrumentos jurídicos que utiliza, com uma “*substantividade própria*”, e, por fim, pelo particular e complexo sistema de fontes.¹³⁰

Sendo certo que o Direito Administrativo é Direito Constitucional aplicado, e o Direito do Urbanismo é um ramo especial de Direito Administrativo, a primeira linha de princípios deste ramo de Direito é imposta, desde logo, pela Constituição. Assim, FERNANDO ALVES CORREIA aponta como o primeiro princípio de matriz constitucional, a conceção “*do urbanismo como uma função pública e não como uma simples atividade privada*”. Consagrado no número 4, do artigo 65.º, da Constituição, no entender do Professor este princípio impõe um aparelho administrativo que seja responsável pela realização do interesse público urbanístico.¹³¹ Ora neste sentido, encontramos o segundo princípio de índole constitucional – o da complexidade de interesses públicos, com diversos graus de jurisdição territorial, ou seja, enquanto espaço “*aberto à intervenção concorrente – e também concertada*”, do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais, nos termos dos artigos 6.º, 225.º, 228.º, 235.º, 237.º, e mais uma vez, número 4, do 65.º, todos da Constituição.¹³² Por último, a principal acuidade que os organismos de concertação de interesses públicos e privados assumem neste ramo de Direito, à luz do número 1, do artigo 267.º, da Constituição. Nas palavras do Professor, “*a Administração Pública do urbanismo não se apresenta como uma estrutura autoritária, burocrática e distante dos cidadãos, mas antes integra no seu seio, (...) órgãos cuja missão é o estabelecimento de consensos entre vários sujeitos de direito*

¹³⁰ Cfr. CARVALHO, Raquel – Introdução ao Direito do Urbanismo. *op. cit.* P. 20.

¹³¹ Cfr. CORREIA, Fernando Alves – Manual de Direito do Urbanismo. *op. cit.* Vol. I. Pp. 215 e 216.

¹³² *Idem*, pp. 216 e 217.

público e entre estes e os particulares.”¹³³ Por seu lado, FAUSTO DE QUADROS acrescenta princípios como o da boa administração; da legalidade (número 2, do artigo 266.º, da Constituição); da justiça e imparcialidade (número 2, do artigo 266.º, da Constituição); da boa-fé, da segurança jurídica e confiança legítima (número 2, do artigo 266.º, e artigo 2.º, da Constituição); e das exigências constitucionais em matéria de expropriações (número 2, do artigo 62.º, da Constituição).¹³⁴ Acrescentaríamos, por fim, o princípio da reserva da planificação ou planeamento, nos termos do número 4, do artigo 65.º, da Constituição. Ou seja, numa lógica de descentralização e aproximação dos cidadãos, cabe à Administração Pública Regional e principalmente, Autárquica, a regulação da política dos solos, que não deverá ser feita por via de uma lei, mas por instrumentos de planeamento do solo, de índole municipal ou intermunicipal.

Com uma índole infraconstitucional, podemos encontrar importantes princípios nas diversas leis que regulam estas matérias. Começando pela Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio¹³⁵ e doravante Lei de Bases, é especialmente relevante o seu artigo 3.º. Importa contudo, salvaguardar que procuraremos destacar apenas os princípios de Direito do Urbanismo e não de Ordenamento de Território (conforme a distinção de conceitos que avançamos *supra*). É o caso do princípio da responsabilidade da Administração, previsto na alínea b), enquanto garantia da prévia avaliação das intervenções com impacto relevante no território e o dever de reposição ou de compensação de danos que ponham em causa o património natural, cultural e paisagístico. Os princípios das alíneas d), e), g) e h), respetivamente – princípio da coordenação e compatibilização das diversas políticas públicas, “*com incidência territorial com as políticas de desenvolvimento económico e social, assegurando uma adequada ponderação dos interesses públicos e privados em presença*”; princípio da subsidiariedade, “*simplificando e coordenando os procedimentos dos diversos níveis da Administração Pública, com vista a aproximar o nível decisório ao cidadão*”; princípio

¹³³ *Idem*, pp. 217 a 221. É o caso das comissões de acompanhamento ou consultivas, mas também da figura da conferência de serviços ou dos pré-procedimentos informais. Para mais desenvolvimentos, ver a bibliografia citada pelo Professor nas referidas páginas.

¹³⁴ Cfr. QUADROS, Fausto de – Princípios fundamentais de Direito Constitucional e de Direito Administrativo em matéria de Direito do Urbanismo. In: Direito do Urbanismo. Coord. AMARAL, Diogo Freitas do. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1989. Pp. 269 a 299. Em concreto, pp. 270 a 294.

¹³⁵ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 74/2017, de 16 de agosto.

da participação dos cidadãos, “*reforçando o acesso à informação e à intervenção nos procedimentos de elaboração, execução, avaliação e revisão dos programas e planos territoriais*”; e princípio da concertação e contratualização entre interesses públicos e privados, “*incentivando modelos de atuação baseados na vinculação recíproca entre a iniciativa pública e a privada na concretização dos programas e planos territoriais*” – nada mais nada menos, uma expressão dos princípios constitucionais que avançámos *supra*. Por outro lado, são especialmente relevantes os das alíneas f) e i), respetivamente, o princípio da equidade, “*assegurando a justa repartição dos benefícios e dos encargos decorrentes da aplicação dos programas e planos territoriais e dos instrumentos de política de solos*”; e da segurança jurídica, “*garantindo a estabilidade dos regimes legais e o respeito pelos direitos preexistentes e juridicamente consolidados*.”.

No Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro¹³⁶ (doravante RJUE), podemos destacar o princípio da proteção do existente, do número 1, do artigo 60.º, enquanto corolário do princípio da proteção da confiança, protegendo “*As edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respetivas*” que não são afetadas “*por normas legais e regulamentares supervenientes*.”. Também o princípio da sujeição à prévia discussão pública dos procedimentos de licenciamento de operações de loteamento urbano, ínsito no número 5, do artigo 7.º, e 22.º, corolários dos já referidos princípios da participação, concertação de interesses públicos e privados, entre outros.

Por último, no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, doravante RJIGT, podemos observar igualmente o princípio da participação no artigo 6.º e de harmonização dos interesses públicos e privados. Contudo, é relevante o princípio da vinculação pública e privada, do artigo 3.º, e da graduação dos vários interesses públicos em presença, do artigo 9.º, por serem específicos nestes domínios de planeamento e programação do território.

¹³⁶ Com as alterações introduzidas pelos diplomas seguintes: Declaração n.º 5-B/2000, de 29 de fevereiro; Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de junho; Declaração n.º 13-T/2001, de 30 de junho; Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro; Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro; Decreto-Lei n.º 157/2006, de 08 de agosto; Lei n.º 60/2007, de 04 de setembro; Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro; Decreto-Lei n.º 116/2008, de 04 de julho; Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março; Lei n.º 28/2010, de 02 de setembro; Decreto-Lei n.º 266-B/2012, de 31 de dezembro; Decreto-Lei n.º 136/2014, de 09 de setembro; Retificação n.º 46-A/2014, de 10 de novembro; Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro; Decreto-Lei n.º 97/2017, de 10 de agosto; e, por fim, Lei n.º 79/2017, de 18 de agosto.

Recorrendo, por fim, ao auxílio de JOÃO MIRANDA, para além dos referidos princípios, o Professor destaca o princípio da flexibilidade do planeamento e da simplificação administrativa.¹³⁷ Assim, o Professor sublinha que o princípio da flexibilidade do planeamento se trata de um vetor de uma tendência crescente, de maior flexibilidade e informalismo, para uma melhor satisfação das necessidades públicas. Ou seja, de uma necessidade de adaptação a uma realidade concreta mais fugaz e indecisa, “*a um direito pragmático cuja preocupação central é a vontade de agir sobre a realidade concreta*”. Pelo que este princípio urge pelo abandono de entendimentos “*dirigistas*” que compreendem que o plano se deveria manter sem quaisquer vicissitudes durante a sua vigência, dando lugar à consagração de normas com conteúdo aberto, e “*adaptável aos novos dados da realidade concreta*”. Permitindo, em suma, reajustamentos em função de controlo de resultados, abarcar a “*criatividade dos particulares*” e a liberdade de estipulação dos contratos.¹³⁸ Na mesma linha de pensamento, o princípio da simplificação administrativa, corolário da desburocratização, simplificação, eficiência e eficácia na organização e funcionamento da Administração Pública, visa a necessidade de adaptar os procedimentos de atuação da Administração, com a realidade prática e a economia. Embora o Professor reconheça as várias dificuldades de aplicação deste princípio ao Direito do Urbanismo, não deixa de relevar os resultados alcançados com figuras como a conferência de serviços, o controlo prévio de operações urbanísticas, e o gestor do procedimento.¹³⁹

3.2.2. O Direito do Urbanismo e os princípios gerais da atividade administrativa. Problematização.

Os princípios gerais da atividade administrativa, que mais tinta fizeram correr, acerca da sua aplicação ao Direito do Urbanismo, foram o da igualdade e da legalidade. Diríamos que são dos mais estruturantes princípios de Direito Administrativo, talvez conjugado com a proporcionalidade e imparcialidade. Embora haja quem não encontre

¹³⁷ Cfr. MIRANDA, João – A função pública urbanística e o seu exercício por particulares. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Pp. 106 e seguintes.

¹³⁸ *Idem*, pp. 106 a 109.

¹³⁹ *Idem*, pp. 110 a 113.

qualquer dúvida na sua aplicação ao Direito do Urbanismo, e seja perentório na obrigatoriedade da sua prossecução. Por exemplo, FAUSTO DE QUADROS, que para além dos enunciados princípios, destaca o princípio da separação de poderes (número 3, do artigo 268.º, da Constituição), da fundamentação expressa dos atos administrativos (a nível constitucional, ínsito no número 2, do artigo 268.º, da Constituição; no atual NCPA, artigo 152.º e 153.º), princípio da responsabilidade da Administração e dos seus funcionários e agentes (artigo 22.º, e número 1, do artigo 271.º, da Constituição); e, por fim, o princípio da descentralização e autonomia local (número 2 e 6, do artigo 267.º da Constituição).¹⁴⁰

Assim, relativamente ao princípio da legalidade, COLAÇO ANTUNES, ensina-nos que a legalidade no Direito do Urbanismo tem de ser entendida como uma “*legalidade limite*”, ou seja, uma legalidade reduzida, mínima, “*de compatibilidades, materialmente debilitada*”. E neste sentido, uma legalidade que seja descentralizada e entendida como fundamento.¹⁴¹ Não perdendo de vista que o princípio da legalidade tem uma intensidade e densidade variável, o Professor advoga por um princípio em constante diálogo com outros, como o da igualdade e da proporcionalidade – e por isso, com um dever de fundamentação mais acrescido e sempre, como não poderia deixar de ser, sujeito ao controlo dos tribunais.¹⁴² Em suma, uma legalidade baixa, que dá à Administração uma “*liberdade de apreciação considerável*”, para que possa ponderar os interesses em jogo e adequar a melhor solução à realidade casuística – uma realidade que é não compatível com leis gerais, abstratas e pré-determinadas. Nas eloquentes palavras do Professor, “*esta debilidade ordenadora da lei que amplia a função constituinte da Administração na realização do Direito, com sacrifício dos valores da segurança e certeza jurídicas ou da igualdade aplicativa da norma*”. Esta zona de “*diluição da legalidade*” pode aplicar-se à reserva de lei, ao primado e à procedência lei.¹⁴³ Sem nunca esquecer, claro, que estamos perante uma zona de discricionariedade de meios que é vinculada ao fim último da Administração Pública: o interesse público. Que será, sem dúvida, em última análise

¹⁴⁰ Cfr. QUADROS, Fausto de – Princípios fundamentais de Direito Constitucional e de Direito Administrativo em matéria de Direito do Urbanismo. In: Direito do Urbanismo. Coord. AMARAL, Diogo Freitas do. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1989. Pp. 269 a 299.

¹⁴¹ Cfr. ANTUNES, Luís Filipe Colaço; colab. COUTINHO, Juliana Ferraz – A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais. *op. cit.* Pp. 261 e 262.

¹⁴² *Idem*, p. 262.

¹⁴³ *Ibidem*.

sempre definido por lei, para o Professor, a “*prejudicialmente definido e qualificado pela lei, fundamento da atividade administrativa e limite positivo do ato*”.¹⁴⁴ Claro está, que no domínio urbanístico, é difícil definir o que é este interesse público – até porque são interesses públicos diversos, difusos e conflituantes, e em certa medida, permeáveis a ser confundidos com interesses privados secundários. COLAÇO ANTUNES apelida este interesse público, no final do procedimento administrativo, como tendo muito pouco de público, e de primário – mas sim, na maioria das vezes, um interesse privado cristalizado e sobreposto ao fraco interesse público primordial, alegadamente definido pela lei.¹⁴⁵

Questão diversa, mas igualmente relevante, é a adequação dos planos de ordenamento de território ao princípio da legalidade. Procurando não nos alargar em demasia, a mais interessante das questões é, quiçá, a da conjugação do poder de planificação e da reserva de lei em matéria de direitos, liberdades e garantias, prevista na alínea b), do número 1, do artigo 165.º, da Constituição. Voltando ao precioso auxílio de COLAÇO ANTUNES, não podemos perder de vista que o direito de propriedade privada, ínsito no artigo 62.º, da Constituição, tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e conseqüentemente, por força do artigo 17.º, da Constituição, goza do mesmo regime e da mesma proteção que os direitos, liberdades e garantias. E, por outro lado, que os planos territoriais têm normas que são verdadeiramente atentatórias ao direito de propriedade, designadamente os casos de expropriação do plano¹⁴⁶. Sempre esta questão poderá ser ultrapassada, se, tal como VIEIRA DE ANDRADE, entendermos que a autonomia regulamentar das Autarquias Locais, enquanto faceta da autonomia local ínsita nos artigos 235.º e 241.º, da Constituição, pode justificar uma certa capacidade de intervir nestes domínios, em princípio de reserva de lei.¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Idem*, p. 263.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Ou seja, embora não exista um procedimento administrativo que ao abrigo do Código das Expropriações, comina com um ato expropriativo, na prática, o que se verifica é uma redução tamanha ao direito de propriedade, por parte do plano, designadamente por via de institutos como a servidão administrativa, que o efeito é idêntico a uma expropriação. É bastante elucidante, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06 de novembro de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 0625139, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, que destacamos o sumário: “*A garantia constitucional da propriedade impõe que esta não possa ser sacrificada sem indemnização, mesmo nos casos em que a titularidade privada se mantém e não há tecnicamente expropriação. II - Se por força de plano municipal um terreno particular foi reservado para construção de equipamento público, prolongando-se tal reserva por lapso de tempo razoável, sujeitando o terreno a uma reserva de expropriação por um prazo incerto e deste modo o onerando com um vínculo de não edificabilidade por tempo indeterminado, deve conceder-se ao proprietário o direito de requerer a sua expropriação.*”

¹⁴⁷ *Idem*, p. 266.

Aproveitamos para fazer a ponte para o princípio da igualdade, outro dos princípios que se questiona fazer parte ou não do Direito do Urbanismo, designadamente em matéria de planificação. Regressando ao auxílio de FERNANDO ALVES CORREIA, o autor começa por reconhecer que a desigualdade é uma característica inerente ao plano, uma vez que este instrumento só pode cumprir as suas funções, se tratar de forma distinta as diversas parcelas de terreno. Todavia, o Professor descarta a teoria de que o princípio da igualdade não tem aplicação nestes domínios, ou que tem uma aplicação limitada à proibição do arbítrio. Assim, para FERNANDO ALVES CORREIA o princípio da igualdade não tem de ser excludente em relação ao princípio da ordenação racional do território, numa lógica de que a submissão completa do plano ao princípio da igualdade originaria a paralisação da atividade de planeamento. O Professor relembra que a Constituição não apresenta qualquer reserva expressa ou dispensa de aplicação deste princípio ao domínio do planeamento, e uma vez que o número 2, do artigo 266.º, da Constituição, sujeita toda e qualquer atividade da administração às amarras da igualdade, o planeamento não poderá constituir uma exceção.¹⁴⁸ Desta forma, FERNANDO ALVES CORREIA considera que o princípio da igualdade desempenha três dimensões fundamentais em matéria do planeamento urbano, que têm graus de intensidade distintos. A primeira dimensão é aquela que é pacificamente aceite pela Doutrina: a proibição do arbítrio. Trata-se da dimensão mais forte, mas o seu âmbito de aplicação é relativamente reduzido: pois só intervirá quando as prescrições do plano forem completamente ilógicas, irrazoáveis, infundadas ou arbitrárias. Segue-se a segunda dimensão: a obrigação de tratar de forma igual o que é igual, e diferente o que é diferente. Ou seja, se compararmos parcelas de terreno, dentro do mesmo plano, com as mesmas características, estas terão de ser tratadas – e qualificadas –, de forma igual pelo plano. Esta dimensão tem um especial relevo em matéria de expropriação e dos restantes ónus ou restrições, ao direito de propriedade, impostas pelo plano – originando, em última linha, aquele que é o princípio da igualdade perante os encargos públicos. Se por acaso algum particular sofrer um sacrifício maior que os restantes cidadãos, este terá de ser compensado por via de uma indemnização, e de institutos como a perequação, a fim de garantir o princípio da igualdade. A terceira e

¹⁴⁸ Cfr. CORREIA, Fernando Alves – O plano urbanístico e o princípio da igualdade. *op. cit.* Pp. 451 a 456.

última dimensão é aquela que tem uma menor força vinculativa – trata-se da proibição da omissão. Assim, para o Professor, se o legislador não criar medidas que assegurem um efetivo e eficaz sistema de repartição igual dos benefícios e encargos resultantes do plano, incorrerá numa inconstitucionalidade por omissão.¹⁴⁹

Há quem questione, ainda e para finalizar, a aplicação do próprio princípio da proporcionalidade a estas lides. DULCE LOPES entende que este princípio tem uma especial relevância no Direito do Urbanismo. Em primeiro lugar, pelas faculdades urbanísticas porem em causa o “*núcleo característico do direito de propriedade*”, que a Professora relembra tratar-se um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. Mas também, pelo facto de ser difícil compreender se os encargos anormais para os cidadãos advindos da intervenção pública devem ser reintegrados por via de uma indemnização, ou por institutos de perequação compensatória; e se as medidas restringem direitos e situações jurídicas consolidadas, ou apenas ferem faculdades jurídicas. Por outro lado, porque estamos perante domínios onde o dever de fundamentação é acrescido, considerando a realidade altamente técnica e complexa do Direito do Urbanismo.¹⁵⁰ Não entrando na discussão se se trata de um princípio ou uma regra, deixamos as eloquentes palavras da Professora: “*Esta panóplia de funções desempenhadas por este princípio que, em cotejo com o caso concreto, se pode converter num bordão preciso e operativo de decisão, tornam-o particularmente relevante no âmbito do direito do urbanismo, um direito feito de medidas que têm uma concretização espacial ou física relativamente às quais – pela clara afectação que têm tanto em interesses públicos como em privados, nem sempre convergentes entre si – é preciso um crivo cuja bondade seja indiscutível para todos os envolvidos.*”¹⁵¹ Assim, DULCE LOPES defende que o crivo da adequação deve abranger não só a medida adotada ou a adotar. Ou seja, devem ser tidas em consideração e sujeitas ao primeiro crivo do princípio da proporcionalidade, todas as medidas que se apresentam como “*demais alternativas*”, num “*esquema cruzado de meios e fins*”, onde deverá ser escolhida a opção, de entre várias, que seja menos gravosa, e ainda assim, cumpra os objetivos propostos pela Administração.¹⁵² O que nos leva ao segundo crivo,

¹⁴⁹ *Idem*, pp. 457 a 469.

¹⁵⁰ Cfr. LOPES, Dulce – Proporcionalidade, um instrumento fraco ou forte ao serviço do Direito do Urbanismo? *In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. IV. Pp. 307 a 333. Em concreto, p. 309 a 311.

¹⁵¹ *Idem*, pp. 315.

¹⁵² *Idem*, p. 316.

a necessidade, que não é igual àquela medida, que é menos restritiva da liberdade dos administrados, no entender da Professora, mas sim, a que melhor opera em todos os efeitos do ato em causa – territoriais, pessoais, materiais e pessoais, tendo em conta a possível afetação dos bens jurídicos em causa. Num esquema “*meio-fim*”, trata-se do controlo do decisor sobre a afetação dos bens com o ato, tendo em consideração os fins que o mesmo visa cumprir. E por último, que seja a menos restritiva, para os bens jurídicos em causa – proporcionalidade *stricto sensu* ou proibição do excesso. Em suma, «*uma exigência de ponderação de bens ou de balanço de custos-benefícios, pois apela para uma ideia de “justa medida” ou “proporção”*». ¹⁵³ De entre os vários domínios de aplicação ao Direito do Urbanismo, DULCE LOPES destaca a gestão urbanística municipal, considerando a amplitude e indeterminação dos fins e interesses públicos em jogo, onde a discricionariedade impera e visa «*“preencher” ou criar o caso concreto*», deve a proporcionalidade servir o peso e ponderação dos interesses de várias ordens. Assim, tendo em conta que por vezes não há um quadro legal ou regulamentar imposto, deve a conduta da Administração pautar-se pelas soluções mais proporcionais ao caso concreto. Ou mesmo, quando esse quadro legal existe, “*temperar a rigidez das soluções legais ou a injustiça material a que poderia conduzir a aplicação estrita ou isolada da lei ao caso concreto*”. A Professora destaca, igualmente, a proporcionalidade no planeamento, onde se verifica ainda mais esta graduação de interesses e discricionariedade da Administração, de conformação do caso concreto. Não apenas relativamente ao confronto de interesses públicos com privados, mas também de vários interesses públicos e privados entre si. E por fim, em resposta ao que a Professora apelida de “*novo direito administrativo*”, enquanto instrumento que opera ao nível substancial e do procedimento, descobrindo decisões mais adequadas à realidade, e mais tributárias da precaução, da concertação e da proteção da confiança. ¹⁵⁴

¹⁵³ *Idem*, pp. 319 a 321.

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 323 a 333.

3.3. – Da nulidade enquanto vício regra

3.3.1. – O sistema de invalidades do Direito do Urbanismo

O ramo de Direito do Urbanismo, considerando a dispersão legislativa que padece, e as distintas realidades que regula, possui um igualmente disperso e diríam – complexo, sistema de invalidades.

A Doutrina parece, contudo, reconhecer de uma forma relativamente uniforme, a aplicação do sistema dualista que caracteriza o regime de invalidades do Direito Administrativo, advogando, todavia, alguns autores, a figura da inexistência nos mesmos moldes que no Direito Administrativo geral.¹⁵⁵

Desta feita, a primeira conclusão que podemos tirar, em aplicação do regime geral do Direito Administrativo, é que são nulos todos os atos que caibam em alguma das alíneas do número 2, do artigo 161.º, do NCPA, como sejam os praticados em usurpação de poderes – alínea a), em preterição total do procedimento administrativo – alínea l), ou sob coação física ou moral – alínea f). ANDRÉ FOLQUE faz duas correções neste domínio. A primeira, que quando na alínea c), quando se fala em “*atos cujo objeto (...) seja determinado pela prática de um crime*”, na esteira de GOMES CANOTILHO, que deverá ser entendido como os casos em que, não só o ato em si constitua crime, mas também os factos que determinaram a sua produção. Ou seja, o Professor considera que dificilmente um ato urbanístico, como uma licença ou uma autorização, constituirá, *per se*, um crime, mas um determinado comportamento que esteve na sua formação, “*como a falsificação de documentos, a ameaça ou o tráfico de influências*”, poderá constituir. Por outro lado, na alínea d) – “*os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental*”, o

¹⁵⁵ É o caso de PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, que consideram que o ato administrativo é inexistente quando não possua um, ou mais, daqueles que são considerados os elementos essenciais do ato administrativo. Assim, advogam que embora o ato inexistente pareça existir, não pode ser entendido como um mero ato administrativo nulo. Para mais desenvolvimentos: GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – A nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística. In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra: Almedina. Ano II, N.º 1.99 (1999). Pp. 17 a 46. Em concreto, p. 19. E também, de ANDRÉ FOLQUE que, pese embora, considere que serão situações muito raras, em face ao amplo rol de nulidades do Direito do Urbanismo, elas verificam-se. Assim, ao contrário do ato nulo, o ato inexistente não precisa sequer de qualquer declaração de nulidade, e poderá ser livremente desobedecido. Para mais desenvolvimentos: FOLQUE, André – Curso de Direito da Urbanização e da Edificação. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Pp. 173 e 175.

Professor considera que deverá abarcar não só os direitos, liberdades e garantias, como os direitos económicos, sociais e culturais – uma vez que nestas matérias são mais facilmente desrespeitados, os direitos desta segunda natureza, como o direito ao ambiente. Aliás, ANDRÉ FOLQUE sublinha que, por vezes, estes dois tipos de Direitos Fundamentais são mesmo indissociáveis – pois a violação ao ambiente sadio acarretará, em última linha, uma violação ao próprio direito à integridade pessoal, ou mesmo à vida.¹⁵⁶ Por fim, diríamos que a alínea e) – “*os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado*” revestem uma especial importância nestes domínios. No âmbito da ampla discricionariedade administrativa em matéria de planificação, afigura-se-nos como possível a alteração do Plano Diretor Municipal (PDM), a fim de alterar a qualificação de um solo rústico para urbano, apenas para servir os meros interesses particulares do proprietário do solo.

Para além do regime de invalidades do NCPA, os diplomas que regulam as várias matérias urbanísticas possuem o seu regime de invalidades próprio. O mais relevante, quiçá, seja o do RJUE, do artigo 67.º e seguintes.

Está prevista como cláusula geral a anulabilidade no artigo 67.º, do RJUE, que “*A validade das licenças ou das autorizações de utilização depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor à data da sua prática, sem prejuízo do disposto no artigo 60.º*”. O artigo 68.º comina com a nulidade as licenças que “*Violam o disposto em plano municipal ou intermunicipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, medidas preventivas ou licença ou comunicação prévia de loteamento em vigor*” – alínea a), tal como as que “*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.*” – alínea c).

Por seu lado, o Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional (RAN), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de março¹⁵⁷, comina com a nulidade todos os atos que desrespeitem o seu regime jurídico, no seu artigo 38.º. Destacamos o disposto no artigo 20.º, que estabelece que os solos da RAN se tratam de áreas de atividade agrícola

¹⁵⁶ Cfr. FOLQUE, André – Curso de Direito da Urbanização e da Edificação. *op. cit.* Pp.177 e 178.

¹⁵⁷ Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 199/2015, de 16 de setembro.

e, em consequência, são áreas *non aedificandi*, devendo ter uma utilização sustentada e de gestão eficaz do espaço rural; ou da exigência do parecer prévio para as utilizações não agrícolas de áreas integradas na RAN, do artigo 23.º. Igualmente a nulidade é o vício regra das invalidades do Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional (REN), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de agosto. Cominado pelo artigo 27.º, que estabelece que “*São nulos os atos administrativos praticados em violação do disposto no presente capítulo ou que permitam a realização de ações em desconformidade com os fins que determinaram a exclusão de áreas da REN.*”. O referido artigo prevê desde logo, ao mesmo tempo, a responsabilidade dos órgãos administrativos que autorizaram ou praticaram os atos feridos de nulidade.¹⁵⁸

Por seu lado, no RJIGT, também é prevista como cláusula geral a nulidade, no artigo 129.º e 130.º, nos termos seguintes: são nulos os “*as normas de programas e de planos que violem qualquer programa ou plano territorial com o qual devessem ser compatíveis ou conformes*”, “*os programas e os planos territoriais aprovados em violação de instrumentos de ordenamento do espaço marítimo, sempre que não tenham sido previstas as necessárias medidas de compatibilização*” bem como “*os atos praticados em violação de qualquer plano de âmbito intermunicipal ou municipal aplicável*”. Contudo, há uma interessante particularidade no número 3, do artigo 129.º – embora se reconheça o dever de indemnizar, em princípio, e salvo disposição em contrário, a declaração de nulidade não prejudica os efeitos dos atos administrativos que foram praticados com base no plano – não permitindo assim a invalidade superveniente dos atos. Há que fazer, contudo, relativamente ao regime de invalidade do RJIGT, uma precisão: a nulidade tem de decorrer de forma direta e inequívoca de opções decorrentes do instrumento de planeamento urbano. Assim, tem especial acuidade o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 03 de março de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 04343/08, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, onde consta do sumário: “*III - Se em vez de proceder a uma opção própria em matéria de parâmetros urbanísticos a aplicar na sua área de intervenção, o plano municipal se limita a remeter para as soluções que decorrem da aludida Portaria, a violação das normas nesta estabelecidas tem como consequência a anulabilidade e não a nulidade por violação do plano.*”. Em

¹⁵⁸ Com as alterações introduzidas pela Retificação n.º 63-B/2008, de 21 de outubro, e pelos Decretos-Lei n.º 239/2012, de 02 de novembro; n.º 96/2013, de 19 de julho e n.º 80/2015, de 14 de maio.

comentário a este arresto, FERNANDA PAULA OLIVEIRA acrescenta que se o Município não fez uma opção própria, o regime seria o legal, não por causa da remissão feita pelo plano, mas por força da lei. Aliás, o mesmo deve ocorrer quando se tratam de outras exigências formais/procedimentais cuja falta ou insuficiência é cominada pela lei com a anulabilidade – como o dever de fundamentação. Nas palavras da Professora, não é porque «aquela “formalidade” não é cumprida ou se, porque tal exigência se encontra expressamente previstas no plano, [que] tais vícios “se transformam” em violação do plano, geradores da nulidade da decisão». ¹⁵⁹ Noutra sede, a Professora chama a atenção para outra questão relevante: o regime tem um âmbito de aplicação mais alargado que o RJUE. Aplica-se a todos os atos administrativos, e não só a certo tipo de atos. Desde que, claro, estejam sujeitos à regulação direta por instrumentos de gestão territorial. ¹⁶⁰

A previsão da nulidade como regime regra do Direito do Urbanismo é amplamente compreendida pela Doutrina. A mero título de exemplo, MARCO CALDEIRA considera que assenta em duas ordens de razões: num plano teórico, tendo em conta os especiais e frágeis interesses públicos em causa no Direito do Urbanismo e o facto do ordenamento do território ser uma incumbência fundamental do Estado, com dignidade constitucional. Num plano prático, para prevenir “a convalidação de situações jurídicas manifestamente ilegais (...) sem que as Câmaras Municipais pudessem fazer o que fosse para actuar”, considerando o curto prazo de um ano. O Professor afirma, de uma forma eloquente, que “se em poucos campos a sanção da nulidade surge tão justificada (...) a verdade é que também em poucos campos como neste semelhante desvalor pode tornar-se mais lesivo para os interessados”. PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA consideram que se trata de uma consequência do salvaguardar dos *interesses públicos difusos*, relembrando que está em causa, por vezes, a *vinculação situacional dos terrenos*, que pelas suas características garantem interesses públicos ambientais, culturais, económicos, entre outros. ¹⁶¹

¹⁵⁹ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula – Nulidades urbanísticas: casos e coisas. Coimbra: Almedina, 2011. Pp. 132 e 133.

¹⁶⁰ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial: Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio. Comentado. Coimbra: Almedina, 2016. Pp. 388 e 389.

¹⁶¹ Cfr. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – A nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística. *op. cit.* P. 32.

Quase tanto como é criticada a solução do legislador pela Doutrina.¹⁶² MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS consideram que houve “*uma certa hiperbolização dos interesses públicos no domínio do ordenamento do território, do urbanismo e do ambiente [que] levou à generalização da nulidade nesses domínios*”.¹⁶³ Grande parte da Doutrina considera que no fundo se trata de uma consequência de um regime de fraco controlo por parte da Administração Pública, onde a licença ou a autorização é substituída pela mera comunicação prévia. É o caso de COLAÇO ANTUNES que considera que, por causa da apelidada simplificação administrativa (que para o Professor é apenas uma das formas de privatização ou *despublicização* da Administração) “*A nulidade é utilizada, neste ramo do saber jurídico, como forma alternativa do controlo preventivo de legalidade e, nessa medida, como forma de simplificação administrativa*”.¹⁶⁴ No mesmo sentido, JOÃO MIRANDA entende que se trata de um “*«presente envenenado» oferecido pelo legislador. (...) a transferência de responsabilidades para os particulares pode não lhes ser vantajosa, acabando por os desproteger*” – ou seja, esta transferência envolve riscos maiores, que estão associados à “*menor qualidade técnica dos instrumentos de planeamento; falta de planos de execução; omissão de regulamentação municipal de aspectos ligados à edificação e à urbanização; falta de meios para realizar um sério controlo ex post das operações urbanísticas e, conseqüentemente, em caso de operações ilegais, incapacidade para as reprimir em tempo útil.*”.¹⁶⁵ Também FERNANDA PAULA OLIVEIRA chama a atenção que por vezes a nulidade advém, apenas, da redação defeituosa das normas dos planos urbanísticos, ou de situações de difícil tratamento, que apelam para critérios técnicos e conceitos indeterminados que são difícil preenchimento. De facto, nas palavras sempre esclarecedoras da Professora, “*afirmam, de forma inequívoca, a violação de instrumentos de planeamento municipal com normas do tipo apontado, como se as mesmas não suscitasse quaisquer dúvidas ou não apelassem para uma indispensável tarefa de*

¹⁶² A título de exemplo, cfr. CALDEIRA, Marco – Revisitando as Nulidades Urbanísticas à luz do novo CPA. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. LVII. (2016). N.º 2. Pp. 195 a 213. Em concreto, p. 197.

¹⁶³ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – Direito Administrativo Geral: Actividade administrativa. 2.ª Ed. Lisboa: D. Quixote, 2009. Tomo III. Pp. 52 e 53.

¹⁶⁴ Cfr. Antunes, Luís Filipe Colaço; colab. COUTINHO, Juliana Ferraz – A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais. *op. cit.* P. 382.

¹⁶⁵ Cfr. MIRANDA, João – A função pública urbanística e o seu exercício por particulares. *op. cit.* Pp. 504 e 510.

densificação/concretização de conceitos cujo conteúdo não é preciso ou evidente”. Ou seja, utilizam conceitos indeterminados e imprecisos, cujo conteúdo não é conhecido de “*antemão*”, e que embora em abstrato pareçam ser técnicas e, consequência, precisas – são alvo de confusões quer por parte dos particulares, quer por parte da própria Administração.¹⁶⁶ No fundo, e para terminar, a crítica comum é a falta de ponderação dos interesses em jogo, que podem ser muito distintos. Nas palavras de PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA: “*Da análise das normas jurídicas que impõem a sanção da nulidade aos actos administrativos de gestão urbanística pode concluir-se que o interesse público protegido, não é sempre o mesmo, como não tem sempre o mesmo valor, razão por que deve concluir-se que a infração geradora da nulidade não tem sempre o mesmo grau de gravidade*”.¹⁶⁷

3.3.2. – As particularidades do regime: direito de ação e intervenção do Ministério Público

O RJUE prevê, no seu artigo 69.º, algumas particularidades do regime de invalidades dos atos praticados em desrespeito das suas normas.

O número 1, do artigo 69.º, do RJUE, dispõe que “*devem ser participados, por quem deles tenha conhecimento, ao Ministério Público, para efeitos de propositura da competente ação administrativa especial e respetivos meios processuais acessórios*”. O primeiro comentário que merece esta norma é, certamente, a má técnica legislativa que padece. Com a reforma do CPTA, não existe atualmente ação administrativa comum e especial, devendo ler-se, simplesmente, “*competente ação administrativa*”.

A intervenção do Ministério Público nestas matérias e o estabelecer da legitimidade a “qualquer interessado” comprova o que temos vindo a dizer acerca dos interesses que são protegidos por este ramo do Direito – são interesses *supra* individuais, difusos e complexos. A este propósito, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS consideram que «*É, assim,*

¹⁶⁶ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Nulidades urbanísticas: casos e coisas*. *op. cit.* Pp. 142 a 144.

¹⁶⁷ Cfr. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – *A nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística*. *op. cit.* P. 32.

não mais do que uma decorrência da consideração dos interesses urbanísticos e de ordenamento de território como “interesses difusos”, isto é de interesses cuja imputação subjectiva corresponde aos membros de uma comunidade jurídica (individual ou colectivamente através de associações representativas dos interesses em causa), mesmo na ausência de um interesse directo na definição da questão.». (sublinhado nosso).¹⁶⁸

Esta atribuição de um papel preponderante ao Ministério Público não passa de uma aplicação prática do princípio constitucional do artigo 219.º, da Constituição: “Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.”, bem como do artigo 51.º, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (doravante ETAF)¹⁶⁹: “Compete ao Ministério Público representar o Estado, defender a legalidade democrática e promover a realização do interesse público, exercendo, para o efeito, os poderes que a lei lhe confere.”. Importa igualmente referir que o artigo estabelece que os factos “devem” ser participados ao MP, sendo certo que, quando estejam em causa participações por órgãos, funcionários ou agentes da Administração Pública, incorrerão em sanções disciplinares se não o fizerem, nos termos do artigo 101.º, do RJUE. Já face aos cidadãos parece tratar-se de um mero dever cívico, de assegurar o cumprimento da lei e a proteção dos bens jurídicos assegurados pelas normas violadas.¹⁷⁰

A este propósito, PAULO DIAS NEVES faz uma interessante observação: os tribunais têm vindo a considerar que não poderá existir abuso de direito ou violação do princípio de boa-fé, para limitar o interesse em agir, na impugnação de atos administrativos inválidos, no âmbito das ações propostas pelo MP. A título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 15 de março de 2007, proferido no

¹⁶⁸ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. Pp. 440 a 444.

¹⁶⁹ Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelos diplomas seguintes: Retificação n.º 14/2002, de 20 de março, e n.º 18/2002, de 12 de abril; Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro; Lei n.º 107-D/2003, de 31 de dezembro; Lei n.º 1/2008, de 14 de janeiro; Lei n.º 2/2008, de 14 de janeiro; Lei n.º 26/2008, de 27 de junho; Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto; Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro; Decreto-Lei n.º 166/2009, de 31 de julho; Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro; Lei n.º 20/2012, de 14 de maio; e por fim, Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro.

¹⁷⁰ Neste sentido, OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. *op. cit.* Pp. 440 e 441.

âmbito do processo n.º 0209/05, onde consta do sumário: “IV – *A figura do abuso de direito destina-se a impedir que uma pessoa, no exercício de um poder formal que lhe foi atribuído por lei, possa - em contradição com os fins (económicos ou sociais) ou com o condicionalismo ético-jurídico (boa fé e bons costumes) a que esse poder se encontra adstrito - alcançar benefícios para cuja obtenção o mesmo não foi, manifestamente, concebido de sorte a que o sentimento de justiça dominante saia gravemente ferido. V - A figura do direito destina-se, assim, a impedir que o uso indevido do direito possa ser virtuoso ou compensador para o abusador. VI - Não configura uma situação susceptível de ser enquadrada no abuso de direito a interposição de recurso por parte do MP quando este se dá conta da existência de um acto administrativo cuja ilegalidade importava a sua nulidade e, no cumprimento do seu dever de defesa da legalidade, requereu a declaração dessa nulidade, ainda que vários anos depois da sua prática*”.¹⁷¹ O autor critica esta decisão, e não podemos deixar de concordar com o mesmo.

Por outro lado, o número 4, do artigo 69.º, do RJUE, estabelece que “A possibilidade de o órgão que emitiu o ato ou deliberação declarar a nulidade caduca no prazo de 10 anos, caducando também o direito de propor a ação prevista no n.º 1 se os factos que determinaram a nulidade não forem participados ao Ministério Público nesse prazo, exceto relativamente a monumentos nacionais e respetiva zona de proteção.”

Mais uma vez, esta solução é tanto louvada pela Doutrina, como criticada. De facto, parece um bom princípio, um interessante começo no reconhecimento da proteção da confiança, da boa-fé e da proporcionalidade. Contudo, afigura-se como insuficiente, e muito pouco operante.¹⁷² A primeira crítica que lhe é feita, é o facto de só se aplicar ao direito de ação do MP e dos titulares dos órgãos administrativos. Parece que o direito de ação dos particulares não sofrerá limitações – não se perca de vista que se trata de qualquer particular, por via do direito de ação popular – não é necessário que seja minimamente afetado pelo vício do ato. Em abstrato, e talvez de uma forma ligeiramente caricaturada, conseguimos conceber um particular, que por inimizade com o titular da licença viciada de nulidade, a impugna em tribunal ao final de vinte anos. PAULO DIAS

¹⁷¹ Cfr. NEVES, Paulo Dias – Ministério Público e Urbanismo: Sobre a Impugnação Contenciosa de Atos de Gestão Urbanística pelo Ministério Público. Cascais: Principia, 2013. Pp. 126 e 127.

¹⁷² Neste sentido, veja-se OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. *op. cit.* Pp. 446 e seguintes; e NEVES, Paulo Dias – Ministério Público e Urbanismo: Sobre a Impugnação Contenciosa de Atos de Gestão Urbanística pelo Ministério Público. *op. cit.* Pp. 129 e seguintes.

NEVES considera que se trata de uma má redação do artigo: que o legislador ficou aquém do espírito da lei, mas disse demasiado na letra da lei. Contudo, reconhece, tal como FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, que não há como ultrapassar a letra da lei, nem por via da interpretação.¹⁷³

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS criticam ainda a solução pouco ousada do legislador, que continuou agarrado ao fator tempo – *“sem se ter em atenção outros aspectos relevantes atrás salientados, em especial as diferentes causas de nulidade, as diferenças típicas na composição dos interesses em jogo, a boa ou má fé dos particulares, etc., que recomendariam a adopção de um regime mais flexível”*.¹⁷⁴ PAULO DIAS NEVES critica a própria medida temporal: considera que dez anos é um prazo demasiado alargado, que não protege os terceiros de boa-fé, sucessivamente adquirentes do bem imóvel em causa. Assim, o autor advoga pelo prazo de três anos, que aliás é o prazo estabelecido no artigo 10.º-A, do Decreto Legislativo Regional n.º 37/2006/M, de 18 de agosto, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2009/M, de 12 de agosto, que adapta as normas do RJUE à Região Autónoma da Madeira.¹⁷⁵ A solução é justificada, no preâmbulo do diploma, como: *“Face ao enquadramento global do ordenamento do território da Região Autónoma da Madeira e considerando que as operações de loteamento urbano e as obras de urbanização concretizam e materializam as opções contidas nos instrumentos de gestão territorial, pretende-se alcançar coerência no alcance das nulidades atípicas previstas nestes regimes jurídicos. Apesar da redução efectiva do prazo, continua-se a consagrar o reforço da garantia jurídica dos procedimentos, evitando-se o prolongamento no tempo de prerrogativas, que possam dar origem a situações de incerteza, que colidam com o princípio da estabilidade das regras nas operações urbanísticas, determinantes na dinâmica da gestão territorial.”*

Os autores reconhecem, ainda, dificuldades práticas na aplicação do número 4, do artigo 69.º, do RJUE. O artigo não refere quando se começa a contar o prazo de dez anos

¹⁷³ Cfr. *Idem*, pp. 446; e pp. 129 e 130 – respetivamente.

¹⁷⁴ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. *op. cit.* P. 446.

¹⁷⁵ Cfr. NEVES, Paulo Dias – Ministério Público e Urbanismo: Sobre a Impugnação Contenciosa de Atos de Gestão Urbanística pelo Ministério Público. *op. cit.* Pp. 130 a 133.

– PAULO DIAS NEVES advoga que será a data da prática do ato, ou da sua publicação, em analogia com a regra de impugnação de atos anuláveis pelo MP, prevista nos artigos 58.º, e 59.º, do CPTA.¹⁷⁶ E por outro lado, não esclarece se apenas a comunicação tem de ser efetuada no prazo de dez anos, ou também a ação tem de ser proposta nesse prazo. Os autores advogam pela segunda conclusão, que não podemos deixar de concordar.¹⁷⁷ Até porque se trata de uma caducidade do direito de ação, pelo que parece-nos certo, que o prazo que o artigo estabelece, terá de ser aferido no momento da propositura da ação.

Por fim, o número 2 e 3, do referido artigo, estabelecem regras específicas quanto ao embargo de obra, se esta ainda se encontrar em execução: estabelecendo como regra geral o embargo da obra, nos termos do artigo 103.º, do RJUE, quando a ação seja proposta nos termos do número 1. No entanto, o número 3 permite um desvio à regra geral. A este propósito, destacamos o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 286/2011, de 7 de junho de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 374/09, disponível *on-line* www.tribunalconstitucional.pt/, onde foi invocada a violação, por estas normas, do princípio da tutela judicial efetiva, dos valores fundamentais imanentes a qualquer Estado de Direito como a Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da igualdade, e da proporcionalidade. O tribunal não julgou inconstitucional a norma, alegando, nomeadamente, que “(...) *ainda assim dificilmente se poderia considerar ter existido uma limitação constitucionalmente proibida ao direito de propriedade, por efeito da paralisação dos trabalhos durante a pendência da acção, já que se trata de uma situação, por natureza, meramente provisória. Os eventuais prejuízos que o particular poderá ter sofrido serão considerados na decisão final da acção principal; o efeito suspensivo da citação pretende apenas acautelar o efeito útil da acção intentada, deixando para a acção a discussão dos demais aspectos.*”

Importa, para terminar, referir que o artigo 130.º, do RJIGT, manda aplicar as regras do artigo 69.º, do RJUE, ao regime da nulidade dos atos praticados em violação de qualquer plano de âmbito intermunicipal ou municipal.

3.3.3. – *Quod nullum est, nullum producit effectum?*

¹⁷⁶ *Idem*, p. 128

¹⁷⁷ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. *op. cit.* P. 447; e, NEVES, Paulo Dias – Ministério Público e Urbanismo: Sobre a Impugnação Contenciosa de Atos de Gestão Urbanística pelo Ministério Público. *op. cit.* P. 133.

O princípio geral de que um ato nulo não produz efeitos é posto em questão pelo regime de invalidades do Direito do Urbanismo. Logo o artigo 68.º, do RJUE, principia dizendo que “*Sem prejuízo da possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos nos termos gerais de direito*”. Como já deixamos exposto *supra*, o número 3, do artigo 129.º, do RJIGT, estabelece como regra geral que a declaração de nulidade não prejudica os efeitos dos atos administrativos que foram praticados com base no plano que é nulo, por outro lado. E o número 4, do artigo 69.º, do RJUE, prevê a caducidade do direito de ação administrativa e judicial, ao fim de dez anos. Acrescem, em termos gerais, os possíveis entorses trazidos pela reforma do CPA: como a maior amplitude de atribuição de efeitos jurídicos a atos nulos; a possibilidade de reforma e de conversão e a salvaguarda dos direitos de terceiros de boa-fé, nos termos do artigo 162.º, n.º 3, do CPA.

Ainda assim, sempre a Doutrina considerou que estas válvulas de escape estão longe de ser suficientes¹⁷⁸, advogando por uma reforma no regime das invalidades, através do reconhecimento dos efeitos praticados ao abrigo dos atos inválidos, da passagem do tempo e dos princípios jurídicos. Assim, apesar de todos os entorses, o regime da nulidade continua implicar a impugnação, em certos casos, dos atos a todo o tempo, por qualquer pessoa, bem como, a impossibilidade da sua ratificação, reforma e conversão.

Veja-se a existência de correntes jurisprudenciais que consideram, por exemplo, que segundo o princípio do *tempus regit actum*, uma obra que seja nula por violação de uma disposição do PDM que entretanto é alterada, (demonstrando que o vício, se calhar, não é assim tão grave, que originou um novo repensar da realidade e uma nova qualificação), continua a sê-lo. A título de exemplo, consta da fundamentação do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 17 de abril de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 00375/13.1BECBR, disponível *on-line* em www.dgsi.pt: “*O acto impugnado contém juízo de não prejudicialidade justificativa de suspensão do procedimento pelo que de futuro pudesse vir a resultar da revisão do PDM. «É entendimento firme, quer doutrinal, quer jurisprudencial, que no domínio do licenciamento de operações urbanísticas vigora o princípio do “tempus regit actum”, em*

¹⁷⁸ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. *op. cit.* P. 430 e seguintes, nomeadamente.

consonância com o qual as pretensões urbanísticas em matéria de licenciamento são analisadas de acordo com o quadro legal vigente à data em que a decisão tiver de ser proferida (...) «Segundo o princípio *tempus regit actum*, a legalidade dos actos administrativos afere-se pela realidade fáctica e pelo quadro normativo vigentes à data da prolação do acto, estando este princípio plenamente consagrado no art. 67º do RJUE (“A validade das licenças ou autorizações das operações urbanísticas depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor à data da sua prática”.)» - Ac. do STA, de 22-01-2009, proc. nº 0720/08. Assim, a expectativa de possibilidade de legalização da construção segundo resultado favorável de revisão do PDM não justificava suspensão do procedimento.” (sublinhados nossos).

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, nomeadamente, chama a atenção para as especiais características do Direito do Urbanismo em geral, e deste tipo de atos em particular, que impõem um entorse ao regime puro da nulidade: a) pelo facto de estarem em causa condutas permissivas que lesam a liberdade fundamental de iniciativa económica, e pretensões de direito material que estão protegidas pelo direito à habitação; b) de existir uma projecção ou concretização imediata, por via de regra, na realidade concreta; c) e, por serem atos antecedidos de procedimentos complexos, onde intervêm várias entidades e existe um elevado clima de confiança dos particulares na legalidade e estabilidade das situações jurídicas.¹⁷⁹

De facto, no Direito do Urbanismo, estas questões estão longe de ser académicas e desprovidas de interesse prático. Note-se que um ato nulo ao abrigo do RJUE, ou mesmo do RJGIT, se permitir ao particular realizar uma operação de índole urbanística – o que PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA apelidam de “*actos administrativos de gestão urbanística que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas*”¹⁸⁰, significa que os atos permitem aos particulares alterações diretas e imediatas na realidade fáctica. E se o ato está viciado por nulidade, e não produz efeitos jurídicos, o que acontece aos efeitos de facto? Deveriam ser destruídos, para que a

¹⁷⁹ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula – Nulidades urbanísticas: casos e coisas. *op. cit.* Pp. 105 e 106.

¹⁸⁰ Cfr. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – O regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. Ano II, N.º 2.99 (1999). Pp. 15 a 32 Em concreto, p. 16 e 17.

realidade de facto corresponda à realidade jurídica. Mas em Direito do Urbanismo, ao contrário de um vício no Direito Privado, não há uma simples restituição pelas partes de tudo quanto foi prestado. Tal significa, na maioria das vezes, uma demolição daquilo que foi construído. Ora em face desta *violência*, desde sempre a Doutrina advogou por uma solução que devesse mais à temperança, na esteira do que já acontecia no Direito Administrativo, mas aqui com ainda mais acuidade. Estamos a falar de atos onde Direitos Fundamentais, nunca devemos esquecer, como o da propriedade privada e da habitação, estão em jogo. O próprio RJUE parece abonar neste sentido, pois o número 2, do artigo 106.º, estabelece que “*A demolição pode ser evitada se a obra for suscetível de ser licenciada ou objeto de comunicação prévia ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correção ou de alteração.*” O referido artigo segue a linha do artigo 102.º-A, do RJUE, que prevê que “*se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor, a câmara municipal notifica os interessados para a legalização das operações urbanísticas*”. A Jurisprudência foi evoluindo no entendimento da legalização e da proibição da demolição, como um poder vinculado ou discricionário. Atualmente parece ser mais favorável à tese de que a Administração se encontra vinculada à legalização, se esta for possível. Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de janeiro de 2008, proferido no âmbito do processo n.º 0962/07, onde consta do sumário: “*II - Assim, se as obras, apesar de ilegalmente efectuadas, satisfazem os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade, ou são susceptíveis de os virem a satisfazer, não é permitida a demolição (art. 167.º do R.G.E.U.). III - Essa apreciação da satisfação ou possibilidade de satisfação dos requisitos legais e regulamentares tem de anteceder a ordem de demolição prevista no art. 165.º do mesmo diploma, independentemente de existir ou não pedido de legalização apresentado pelo interessado.* FERNANDO ALVES CORREIA considera que, de facto, a Administração não goza de qualquer discricionariedade na escolha do procedimento. Deverá instaurar o procedimento de legalização, “*em observância do princípio da proporcionalidade, na lógica de menor sacrifício para os particulares*”. Devendo a demolição ser uma medida

de última *ratio*, quando a obra não for suscetível de ser licenciada, ou se não for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais em vigor.¹⁸¹

Mas e se não for possível a legalização? Quais são as soluções legais? Parece que o referido artigo 162.º, número 3, do NCPA e o artigo 68.º, do RJUE, da possibilidade do reconhecimento dos efeitos de facto. Contudo, a Jurisprudência tem sido muito pouco permeável a este entendimento. Note-se que os requisitos dos artigos são apertados e utilizam muitos conceitos indeterminados: dando uma grande margem de apreciação ao julgador e à Administração.

De todos os exemplos que poderíamos dar para comprovar esta nossa afirmação, parece-nos que o mais expressivo é, sem sombra de dúvida, “o caso do Centro Comercial do Bom Sucesso”, localizado na Boavista, no Município do Porto. A Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, de 12 de novembro de 2007, proferida no âmbito do processo n.º 678-A/95, julgou ilegal a licença do edifício, e considerou que não era possível a sua legalização, sem a alteração do Direito existente. Ora, o edifício foi aberto ao público em 1994, e a construção registada em 1996. A maioria das frações haviam, à data da sentença, sido compradas por terceiros há mais de dez anos – estávamos a falar em mais mil frações. E ainda assim, o tribunal ordenou, em execução de sentença, a demolição do edifício e não permitiu a aplicação do artigo 134.º, n.º 3, do CPA¹⁸². A solução acabou por ser resolvida politicamente pelo atual presidente da Câmara do Porto. Podemos ler numa notícia do Jornal Expresso: «*Bem ou mal, o shopping do Bom Sucesso faz parte da paisagem da cidade*”, afirmou Rui Moreira em conferência de Imprensa, após justificar a solução encontrada para evitar que a demolição do edifício se tornasse grande “ground zero” numa zona nobre do Porto. A opção política, que coloca um ponto final na batalha judicial de quase 25 anos, foi aprovada em reunião de camarária na última terça-feira, (...). O presidente da autarquia e Manuel Correia defendem que mais vale a Câmara do Porto deixar de cobrar por inteiro taxas de licenciamento aos atuais proprietários, a maioria dos quais não são os donos originais, a ter de demolir o shopping a expensas do município, pagar indemnizações aos comerciantes e devolver as

¹⁸¹ Cfr. CORREIA, Fernando Alves – Manual de Direito do Urbanismo. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. III. Pp. 279 a 283.

¹⁸² Cfr. COELHO, Clara Serra - A preservação de efeitos do acto administrativo de gestão urbanística nulo. In: O Urbanismo, O Ordenamento do Território e os Tribunais Coord. OLIVEIRA, Fernanda Paula. Coimbra: Almedina, 2010. Pp. 241 a 294. Em concreto, pp. 288 a 294. São analisados pela autora outros arrestos que têm muitíssima acuidade.

*taxas já pagas a título de licenciamento, num valor superior a 1,2 milhões de euros, acrescidas de juros. ”.»*¹⁸³

Qual a medida temporal, que se exige para o reconhecimento destes efeitos de facto? É de especial relevância o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13 de Janeiro de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 00069/06.4BECBR, disponível *on-line* em www.dgsi.pt. O acórdão não só não reconhece efeitos putativos do facto a uma situação que apenas se encontra consolidada há menos de um ano e meio, como considera que o lugar correto para o reconhecimento destes efeitos é em execução de julgado e não no âmbito da ação principal para a declaração de nulidade. A este propósito FERNANDA PAULA OLIVEIRA reconhece que, de facto, o objetivo da lei é reconhecer “*uma proteção jurídica a situações de facto que, há já algum tempo, se estabilizaram ou consolidaram no mundo real de forma aparentemente definitiva.*”. Contudo a Professora considera que não estamos perante uma usucapião, pelo que este período de tempo não tem de ser *longo*, mas apenas o suficiente para a consolidação dos efeitos. Por fim, na esteira de Vieira de Almeida, a Professora entende que a sentença de declaração de nulidade, tal como a sua execução, podem e devem conhecer das consequências da declaração de nulidade, e não apenas em sede de execução.¹⁸⁴

IV – A FORÇA NORMATIVA DO FACTO NO DIREITO DO URBANISMO

4.1. – Da Teoria da “*fuera normativa de lo fáctico*” no Direito do Urbanismo Espanhol

A teoria da “*fuera normativa de lo fáctico*” surgiu em Espanha e tem uma base Jurisprudencial e Doutrinal. Embora se reporte, em concreto, a um quadro legal que não

¹⁸³ Cfr. PAULO, Isabel – Isenção de taxas exorciza fantasma da demolição do shopping Bom Sucesso. *In: Jornal Expresso on-line*. [em linha]. [consult. 2018-04-27 14:10:04]. Disponível na Internet: <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2015-09-25-Porto.-Isencao-de-taxas-exorciza-fantasma-da-demolicao-do-shopping-Bom-Sucesso#gs.usWuWas>

¹⁸⁴ Cfr. OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Nulidades urbanísticas: casos e coisas*. *op.cit.* Pp. 129 e 130.

tem correspondência em Portugal, não deixa de ter relevância pelos princípios que convoca, em geral, em matérias paralelas, como exporemos de seguida.¹⁸⁵

A aplicação pelos Tribunais desta teoria tem origem no artigo 81.º da *Ley del Suelo* (LS), à data, a *Ley de 12 de mayo de 1956*, com as alterações da *Ley de 2 de mayo de 1975*.¹⁸⁶ O referido artigo reportava-se à definição do que é solo urbano, nos municípios que não possuíam *Plan General*, ou seja, o que chamaríamos de PDM, e por isso, seria necessário recorrer a critérios para determinar o que era solo urbano.¹⁸⁷ Teoria que foi, posteriormente, aplicada pelo Tribunal mesmo nos municípios em que existia um *Plan General*.¹⁸⁸ Quiçá uma realidade mais próxima da nossa, hoje em dia, a teoria permitiu que através de uma sentença, as circunstâncias fácticas em que o solo se encontrava, prevalescessem sobre o que a lei ou o plano expressamente previam. Ou seja, qualificando o terreno como urbano, de acordo com a sua realidade – com os equipamentos e características do solo, e independentemente de existir um *Plan Parcial* que não lhes reconheça essa qualidade, que os qualifique em sentido contrário.

É expressiva a Sentença do Supremo Tribunal de 22 de maio de 1986, que manda atender à realidade de facto para qualificar o solo – ou seja, à realidade urbana e urbanizada do terreno em questão. Mas, também, a sentença do Supremo Tribunal de 14 de dezembro de 1987,¹⁸⁹ que advoga razões de segurança jurídica, e dos princípios da LS, para reconhecer a importância e a eficácia normativa dos factos, que ocorrerem após a entrada em vigor da lei, e que determinam a qualificação do solo. Em suma, recorrendo ao auxílio de JOSÉ MARÍA BAÑO LÉON, a teoria da *fuerza normativa de lo factico* “*valida o que é a força dos factos consumados*”.¹⁹⁰ O autor não deixa, contudo, de apresentar algumas críticas: nomeadamente às situações de desigualdade que são criadas por esta qualificação, que deixa de ser geral e abstrata, e passa a ser feita em concreto, por um

¹⁸⁵ Cfr. LÉON, José María Baño – La «fuerza normativa de lo factico» en la jurisprudencia urbanística del Tribunal Supremo. In: *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas. N.º 59. (julho-setembro de 1988). Pp. 471 a 485. Em concreto, p. 471.

¹⁸⁶ A lei foi, ao longo dos tempos, sofrendo várias alterações. A grande reforma em matéria urbanística, no ano de 2015, fundiu-a com a *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, denominando-se, atualmente por *Ley del suelo y rehabilitación urbana*, aprovada pelo *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre*.

¹⁸⁷ Cfr. LÉON, José María Baño – La «fuerza normativa de lo factico» en la jurisprudencia urbanística del Tribunal Supremo. *op. cit.* P. 472.

¹⁸⁸ *Idem*, pp. 475 e seguintes.

¹⁸⁹ Disponíveis *on-line* em www.poderjudicial.es.

¹⁹⁰ Cfr. LÉON, José María Baño – La «fuerza normativa de lo factico» en la jurisprudencia urbanística del Tribunal Supremo. *op. cit.* P. 478.

tribunal, pondo em risco o princípio da justa e equitativa distribuição dos benefícios e encargos.¹⁹¹

Não obstante, o próprio autor reconhece também a virtuosidade deste entendimento, nomeadamente para a sua aplicação aos casos em que a licença é válida e o plano é judicialmente declarado nulo ou anulado. Ou seja, o plano é anulado, mas a realidade que lhe esteve subjacente subsiste, pelo que, mais uma vez, por razões de segurança jurídica, há que ressaltar a aplicação da declaração de nulidade ou de anulação a estes factos.¹⁹² Como foi aliás reconhecido pelo tribunal espanhol, na Sentença do Tribunal Supremo de 21 de setembro de 1987¹⁹³, onde consta o entender de que apesar do plano ser inválido, as licenças sempre seriam concedidas de qualquer forma, porque os terrenos reúnem as características de solo urbano – a realidade fáctica mantém-se inalterada, pelo que a sua validade não deverá ser afetada pela invalidade do plano.

Esta teoria continua a ter eco na jurisprudência espanhola. Mais recentemente este entendimento foi professado na Sentença do Tribunal Supremo, de 23 de julho de 2010, no âmbito do processo n.º 646/2006, disponível *on-line* em www.poderjudicial.es, onde se refere que a Administração que está a elaborar o plano, não pode classificar como urbano o solo que carece desses serviços urbanos, mas tem de classificá-lo como tal, no caso oposto. Ou seja, sempre e quando os serviços urbanos sejam de dimensões adequadas para os usos previstos no planeamento e a parcela em questão esteja integrada na malha urbana da cidade. Assim, pelo contrário, a sentença faz uma interessante reflexão, citando a Sentença do mesmo Tribunal de 2 de dezembro de 2003 (processo n.º 524/2000): de que os terrenos que só se urbanizem através da execução do plano, só serão urbanos no futuro, mas não o são atualmente, pelo que não poderão ser classificados como tal. Se o objetivo é a tutela da confiança e do fáctico, diríamos que não poderia ser de outra forma, porque neste caso não há fáctico (ainda) para reconhecer, ou expectativas para tutelar.

¹⁹¹ *Idem*, p. 479.

¹⁹² *Idem*, p. 481.

¹⁹³ Disponível *on-line* em www.poderjudicial.es.

4.2. – Dos planos de pormenor aos sistemas de perequação e outros institutos relevantes

Se o urbanismo é (também) um facto social, é inegável que se trata dos ramos de Direito Administrativo mais permeáveis à realidade fáctica. De entre os vários cunhos desta factualidade na legislação, vamos de seguida apresentar os que nos parecem mais expressivos e relevantes.

Ao nível do planeamento, este reconhecimento do urbanismo como facto social tem uma importantíssima acuidade. Não é a toa que o plano por excelência, o PDM, seja um plano municipal de ordenamento do território. De facto, é indiscutível o papel que os Municípios, do ponto de vista do princípio da descentralização e da subsidiariedade, possuem no reconhecimento mais efetivo da realidade em causa, das suas características e necessidades. Se observamos os objetivos dos planos de índole nacional, previstos no artigo 32.º, do RJIGT, encontramos expressões como “*opções*”, “*diretrizes*”, “*objetivos*”, “*padrões mínimos*”, “*orientações*”. Expressões que se vão tornando mais concretizadas à medida que nos aproximamos da realidade fáctica: o artigo 53.º, relativo aos objetivos dos planos regionais, ainda fala em “*grandes opções*”, “*equacionar medidas*”. Ao passo que nos planos intermunicipais vemos expressões como “*Estabelecer os objetivos*” e “*definir*”, no artigo 62.º; e no artigo 75.º (todos do RJIGT). Já relativamente aos planos municipais, são empregues como objetivos, o estabelecer, nomeadamente, “*h) Os critérios de localização e a distribuição das atividades industriais, de armazenagem e logística, turísticas, comerciais e de serviços, que decorrem da estratégia de desenvolvimento local; i) Os parâmetros de uso do solo; j) Os parâmetros de uso e fruição do espaço público;*”. Mas é possível particularizar ainda mais, e aproximar mais das especificidades *de uma concreta realidade fáctica*, que se impõe e portanto, urge por um tratamento distinto e autónomo – através de planos de urbanização e principalmente, de planos de pormenor. O artigo 99.º, do RJIGT, é muitíssimo expressivo: “*O plano de urbanização adota o conteúdo material apropriado às condições da área territorial a que respeita, aos objetivos das políticas urbanas e às transformações previstas nos termos de referência e na deliberação municipal que determinou a sua elaboração (...)*”. Expressão que é utilizada, igualmente, pelo artigo 102.º, do mesmo diploma: “*O plano de pormenor adota o conteúdo material apropriado às condições da área territorial a que*

respeita, aos objetivos e aos fundamentos técnicos previstos nos termos de referência (...)”.

Mas se formos mais além, podemos ver o cunho da realidade em domínios, quiçá, menos óbvios, como o da perequação. Perequação vem do latim “peraequatio”, “-onis” ou seja, conformidade perfeita. É definido pelo dicionário da língua portuguesa como o “*Acto de distribuir ou tornar igual uma coisa entre várias pessoas ou entre vários itens.*”¹⁹⁴ Em italiano fala-se em *perequazione*. A expressão de “*conformidade perfeita*” não poderia ser mais apropriada às nossas lides. De facto, se olharmos para além da relevância que o princípio da igualdade tem no instituto, a perequação visa a reposição de algo, que por ter uma existência fáctica que foi, ou será, posta em causa, terá de ser resposta, de forma equitativa. Assim, procura-se uma justa repartição dos ónus e encargos, é certo, mas tendo que medida? O facto, a propriedade, o existente. Regressando ao auxílio de CLÁUDIO MONTEIRO, o Professor ensina-nos que a medida que é utilizada para os vários sistemas de perequação é o sacrifício ou o benefício que deve caber a cada proprietário, de acordo com as necessidades que são estabelecidas no plano, para a totalidade do território ou parte dele.¹⁹⁵ Ou seja, “*nos casos em que o território considerado não é homogéneo, é no entanto possível adoptar uma unidade de medida ponderada, que também atenda a factores de natureza qualitativa como a localização e a morfologia dos terrenos.*” (sublinhado nosso). Em suma, a perequação parte sempre da realidade fáctica: dos “*índices e parâmetros objectivos, estabelecidos em função daquilo que se considera necessário para assegurar o correcto ordenamento urbanístico do território, e que correspondem às edificações e demais construções que o plano efectivamente permite que se materialize no terreno*”, para aquilo que são os índices subjetivos – a justa repartição de encargos e benefícios, na medida do conteúdo económico útil do direito de propriedade de cada um dos destinatários do plano.¹⁹⁶

São ainda mais expressivos desta realidade os regimes legais excepcionais, criados para abraçar a realidade fáctica e adaptá-la ao sistema de normas em vigor.

¹⁹⁴ *Perequação*, in: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha]. 2008-2013. [Consultado em 22/03/2018]. Disponível na Internet em: <https://www.priberam.pt/dlpo/perequa%C3%A7%C3%A3o>

¹⁹⁵ Cfr. MONTEIRO, Cláudio – A perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico. In: Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Pp. 591 a 613. Em concreto, p. 601.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

É o caso das Áreas Urbanas de Gênese Ilegal (AUGI), e o seu regime jurídico, vertido na Lei n.º 91/95, de 02 de setembro. As AUGI são definidas, logo no número 2, do artigo 1.º, do referido diploma, enquanto: “*prédios ou conjuntos de prédios contíguos que, sem a competente licença de loteamento, quando legalmente exigida, tenham sido objeto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de dezembro, e que, nos respetivos planos territoriais, estejam classificadas como espaço urbano ou urbanizável, sem prejuízo do disposto no artigo 5.º*”. Mas também, de acordo com o número 3, “*os prédios ou conjuntos de prédios parcelados anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de novembro de 1965, quando predominantemente ocupados por construções não licenciadas*”. Note-se, no primeiro caso trata-se de prédios que não possuem licença de loteamento, e no segundo, a própria licença de construção. Pelo que, há uma imposição de um limite temporal distinto: 1984, no primeiro caso – ou seja, à data da entrada em vigor do diploma, imóveis construídos há mais de dez anos atrás; e 1965, no segundo caso – imóveis construídos mais de trinta anos antes do diploma. A razão é clara: a gravidade do vício é distinto, no segundo caso, a construção é totalmente ilegal. Parece que o limite de aplicação do preceito é que se trate, atualmente, de uma zona urbanizável. Podendo ainda assim, esta questão ser ultrapassada, nos termos do artigo 5.º – ou seja, basta que pelo menos a maior parte do terreno seja urbanizável. Destacamos, de todo o regime, o artigo 7.º, que permite que não sejam cumpridas as normas que estavam em vigor à data da construção do prédio, autorizando que sejam apenas cumpridas as condições mínimas de habitabilidade definidas na Portaria n.º 243/84, de 17 de abril, e reduzindo, nomeadamente, os afastamentos mínimos dos prédios, previstos no artigo 73.º do RJUE, estabelecendo o mínimo de 1,5 m no limite de qualquer lote contíguo. É relevante, por outro lado, o artigo 50.º, relativo à possibilidade da Câmara Municipal promover a realização das obras de urbanização às expensas dos proprietários; ou custear ela própria as obras, nos termos do artigo 50.º-A, ambos da Lei n.º 91/95, de 02 de setembro.

No âmbito da reabilitação urbana, é igualmente relevante o Regime Excepcional de Reabilitação (RERU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2014, de 08 de abril.¹⁹⁷ Se é certo que atualmente a reabilitação urbana já não é configurada como “um parente pobre do

¹⁹⁷ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 194/2015, de 14 de setembro.

urbanismo”¹⁹⁸, o RERU visa potenciar ainda mais a reabilitação e salvaguarda a aplicação de determinadas exigências legais, em obras de reabilitação, em que os edifícios estejam afetos ou se destinem a ser afetos, total ou predominantemente ao uso habitacional. A premissa é simples: têm de estar construídos há mais de trinta anos. Ao abrigo do princípio da proteção do existente, que referimos *supra*, permite-se a dispensa de determinados requisitos dos regimes jurídicos relativos, nomeadamente a acessibilidades, requisitos acústicos, eficiência energética e qualidade térmica, instalações de gás e infraestruturas de telecomunicações em edifícios – que são atualmente bem mais exigentes do que à época. Mas também, da dispensa de normas do Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de agosto de 1951, que eram já exigíveis, mas que por determinado motivo não foram cumpridos – como áreas mínimas de habitação, altura do pé-direito ou instalação de ascensores. Ou seja, de acordo com o preâmbulo: “*a dispensa da observância de disposições técnicas cujo cumprimento importa custos inoportáveis e que não se traduzem numa verdadeira garantia da habitabilidade do edificado reabilitado*”. Sendo o objetivo, de acordo como o mesmo: “*uma política urbana capaz de responder às necessidades e recursos de hoje, num edificado já existente e que importa recuperar tornando-o atrativo e capaz de gerar riqueza agora e no futuro.*”.

4.3. – Das imposições da tutela da confiança, do princípio da proporcionalidade e da igualdade

Aqui chegados, vamos tentar desconstruir o sistema de invalidades do Direito do Urbanismo através da sua contraposição com os princípios que avançamos *supra*, da tutela da confiança, da proporcionalidade e da igualdade.

Desta feita, é importante, para começar, lembrar que as invalidades podem ser divididas em duas categorias: ilegalidades de cariz formal e material. Seguindo aqui de

¹⁹⁸ A expressão é empregue por vários autores. A título de exemplo, podemos salientar LOPES, Dulce – Reabilitação Urbana em Portugal: Evolução e Caracterização. *In: O Novo Regime de Reabilitação Urbana*. Coimbra: CEDOUA, 2010, pp. 21 a 73. Em concreto, p. 21. E também OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce; ALVES, Cláudia – Regime Jurídico da Reabilitação Urbana Comentado. Coimbra: Almedina, 2011. P. 15.

perto CLÁUDIO MONTEIRO, o Professor considera, a título de exemplo, uma obra que padeça de uma ilegalidade formal, é aquela que não possui uma autorização a que estava obrigada, que a licença já caducou, ou ainda, que apresenta certas desconformidades com a licença que existe. Por sua vez, uma obra que padeça de um vício material, desrespeita as próprias normas técnicas e urbanísticas que a regulam, como uma obra que nunca poderia ser objeto de autorização, designadamente por ser impossível construir naquele local, ou a utilização de materiais não autorizados.¹⁹⁹ Ora, é claro que o grau de ilicitude é distinto: por um lado, no primeiro caso, é possível suprir a ilegalidade e obter a licença. Ou, mais gritante ainda, ela foi pedida mas entretanto já caducou. Num paralelismo com o princípio do aproveitamento dos atos, ínsito no número 5, do artigo 163.º, do NCPA, o vício é facilmente expurgável com o solicitar da licença às autoridades competentes, pelo que, o fim da norma que exige a formalidade é, na mesma, alcançado com a sua solicitação, ainda que tardia. O mesmo já não é verdade, face aos vícios materiais. Por exemplo, a construção numa zona que não era apta para construção, por força do PDM, o vício não poderá nunca ser expurgado por via de um ato formal. O particular, no primeiro caso, mais facilmente poderia ter atuado de boa-fé e não ter solicitado a licença, por não saber que esta era exigível. No segundo caso, é mais fácil conceber que frequentemente atuaria de má-fé: não requer a licença porque sabe que não pode construir naquele terreno, e que lhe será negada. Ora, não nos parece *justo*, do ponto de vista do princípio da igualdade, que estas ilegalidades tenham o mesmo tratamento e os mesmos efeitos. *Tratar de forma igual o que é igual e diferente o que é diferente*, impõe que algo mais lesivo e mais ilícito tenha uma consequência jurídica mais pesada do que o que é menos ilícito, e menos lesivo do interesse público. Por outro lado, é manifestamente desproporcional, por excessivo, impor os mesmos efeitos jurídicos a uma obra que padeça de uma ilegalidade formal, que se impõe a uma obra que padeça de uma ilegalidade material: a não produção *tout court* de efeitos jurídicos. Há que ter em consideração, por fim, a *ratio legis* de ambas as imposições legais violadas – com certeza que a norma que proíbe a construção tem em cheque outros bens jurídicos da comunidade, *supra* individuais, mais relevantes: como o ambiente, o ordenamento do território ou a saúde pública. Ao passo que a exigência de uma licença para construção tem um carácter mais

¹⁹⁹ Cfr. MONTEIRO, Cláudio – O embargo e a demolição de obras no Direito do Urbanismo. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. Dissertação de Mestrado. Pp. 144 a 146.

marcado de proteção individual, do próprio particular que a solicita – não descurando, claro, as preocupações de segurança e salubridade públicas, que são, contudo, menos vincadas.

Proporcional é, sem dúvida, reconhecer que por vezes a invalidade não afeta todo o ato, e podem só ser eliminados parte dos efeitos. É especialmente relevante, a este propósito o já referido Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13/01/2011, proferido no âmbito do processo n.º 00069/06.4BECBR, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, onde podemos ler no sumário: “*II. Face à severidade das consequências jurídicas do regime da nulidade, o julgador deverá temperar a sua aplicação, pontualmente, fazendo-o em nome de princípios como os da proporcionalidade e da necessidade, porque a actuação administrativa nula não poderá justificar injustiças ou iniquidades; III. A nulidade decorrente de ilegalidade verificada em determinado lote, não terá, necessariamente, de contaminar todo o loteamento.*”. É igualmente relevante o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 07 de abril de 2016, proferido no âmbito do processo n.º 3456/08, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, onde podemos ler no sumário: “*i) Estando perante causas de invalidade que, com diferentes graus de abordagem, podem ser objecto de superação em sede de um eventual novo processo de licenciamento, errou o Tribunal a quo ao ordenar, sem mais (prova clara e inequívoca dos factos de onde decorra não só a ilegalidade, mas também a impossibilidade de legalização da construção em causa), a demolição do edificado. ii) A demolição só deve ser ordenada se não for possível a legalização, com ou sem a realização de trabalhos de correcção ou de alteração. iii) Tal regra é um afloramento do princípio constitucional da proporcionalidade (art. 18º, nº 2 da CRP) que impõe que não sejam infligidos sacrifícios aos cidadãos quando não existam razões de interesse público que os possam justificar. iv) Assim, se as obras, apesar de ilegalmente efectuadas, podem vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, não devem, sem mais, ser demolidas.*”

Mas proporcional é, igualmente, não ter uma atitude *ligeiramente autista* face à realidade fáctica. Ou seja, fingir que aquele prédio não está construído numa zona da REN, e que tal não lhe é permitido, há mais de dez anos e até hoje, ninguém pôs em causa a sua subsistência. PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA são muito claros a este propósito: “*A transformação de situações de facto decorrentes de actos nulos em situações de direito exige ainda a sua compatibilidade com os princípios gerais do*

*direito; assim, o interesse naquela transformação deve estar suportado, ou pelos não contrariar, princípios jurídicos gerais como sejam os princípios da boa fé, da justiça, da protecção da confiança, da paz social, da igualdade, mas também da realização do interesse público ou da proporcionalidade”.*²⁰⁰

4.4. – Dos interesses públicos difusos e outras dificuldades

Conforme fomos avançando ao longo da nossa exposição, o Direito do Urbanismo é um ramo do Direito onde os interesses em jogo são muitíssimo diversos: vários interesses públicos conflituantes, por vezes de várias ordens – municipais, nacionais e regionais; bem como vários interesses privados, igualmente distintos. A conjugação de todos estes bens jurídicos não é fácil, especialmente quando reconhecemos que estão em causa Direitos Fundamentais de primeira linha e de maior relevância: como o direito à vida, à habitação, à propriedade privada, à saúde, entre outros. Note-se que, a previsão da nulidade enquanto regime regra tenta temperar as *hostilidades* e proteger os referidos interesses públicos da maior relevância e fragilidade.

Assim, o primeiro travão ao reconhecimento de situações de facto em atos nulos não pode deixar de ser este: os interesses públicos difusos. Neste sentido, CLÁUDIO MONTEIRO defende que longe estão os tempos da “*contraposição clássica entre os direitos dos proprietários privados dos terrenos e edifícios e um interesse abstracto e onnipresente à ordem pública, hoje quase imperceptível na actividade urbanística*”. Ou seja, não existe um interesse público urbanístico uno, que seja reconduzível à lei, e se contraponha aos interesses privados – mas sim, vários “*interesses fragmentados*”, quer a nível material, quer na sua titularidade.²⁰¹ O Professor chama, ainda, a atenção que tal justifica o facto da legislação sujeitar a realização de operações urbanísticas pareceres, aprovações ou autorizações prévias a serviços distintos da administração central, direta

²⁰⁰ Cfr. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – O regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas. *op. cit.* P. 26.

²⁰¹ Cfr. MONTEIRO, Cláudio Ramos – Urbanismo e interesses públicos diferenciados: o novo regime de consultas a entidades externas nos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas. *In: Direito Regional e Local*. Braga: CEJUR. N.º 4. (outubro – dezembro de 2008). Pp. 12 a 20. Em concreto, p. 12.

ou indireta, que conforme vimos *supra*, são causa de nulidade se não forem pedidos, ou estejam desconformes com os mesmos.²⁰²

Não obstante, o momento certo para ponderar, graduar e garantir todos estes interesses é na planificação, na gestão territorial, conforme avança CLÁUDIO MONTEIRO.²⁰³ Ora, acontece que desrespeitar o plano é pôr em causa este difícil equilíbrio, e desrespeitar a ordenação, ponderada, de interesses levada a cabo pela Administração. Assim, anos mais tarde, permitir a atribuição de efeitos a um ato nulo, que desrespeita o plano, é um contrassenso: a própria Administração põe interesses particulares, que graduou no plano como inferiores, num grau superior a todos os outros, públicos e privados. E ao fazê-lo, poderá por em causa, de forma séria, outros interesses públicos e privados. A questão inicial de fundo mantém-se. Que interesses proteger? Quais são dignos de maior tutela? O que é proporcional nestes casos, o que respeita o princípio da igualdade? É verdade que é desproporcional não reconhecer a realidade fáctica, mas não o é, permitir que se construa numa zona rústica, que tutela valores ambientais coletivos?

O particular com uma parcela de terreno no mesmo local, com as mesmas características, que respeite a legalidade do sistema e não realize a operação urbanística, por lhe estar vedada, fica desfavorecido face àquele particular que tem uma conduta *alheia* à legalidade, e ainda assim a vê legalizada, anos mais tarde. *Se o crime compensa*, porque deverá cumprir o plano um terceiro proprietário, com uma parcela de terreno nas mesmas condições? E um quarto? De facto, a fragilização das normas e dos planos, bem como a desvalorização dos vícios, é outra das dificuldades. Se a própria Administração não só não fiscaliza em tempo útil a operação urbanística, como a licencia anos depois, porque deverá ser respeitado pelos seus concidadãos o plano? Esta é a razão pela qual parte da Doutrina considera que nunca se poderá proteger quem está de má-fé. Se o

²⁰² *Idem*, pp. 13 e 14. O Professor tece uma interessante crítica ao regime, que embora tenha menos acuidade para o propósito deste capítulo, questiona a limitação da discricionariedade da administração local a interesses públicos regionais ou nacionais que poderão não ser os mesmos que os do município, bem como ao quão desproporcional é cominar com a nulidade a não obtenção destes pareceres e o seu desrespeito, sem distinguir vícios de carácter formal e material.

²⁰³ *Idem*, pp. 12 e 13.

particular sabe que está a atuar *contra legem*, e fá-lo deliberadamente, a sua proteção violará os princípios gerais de Direito.²⁰⁴

ANTÓNIO LORENA DE SÈVES debruça-se igualmente sobre estas matérias, chamando a atenção para que «*Todos os particulares que nestas operações urbanísticas podem ter interesses antagónicos, desde o loteador até aos terceiros referidos, podem agitar a “bandeira dos direitos fundamentais”, e em muitos casos em concorrência de direitos*». ²⁰⁵ De facto, podemos estar a falar de uma violação de normas que, mais do que graduar interesses, têm como objetivo proteger Direitos Fundamentais de terceiros - designadamente através de *standards* urbanísticos, que visam precisamente subjetivizar as posições jurídicas dos terceiros vizinhos.²⁰⁶

O que nos permite fazer a ponte para o terceiro travão, que são os objetivos das imposições das leis em matéria urbanística: como a proteção de terceiros e do próprio particular, da saúde pública, do ambiente, ou da salubridade. No fundo, de bens *supra* individuais, coletivos, que são protegidos com as normas em causa. Mais do que questões meramente procedimentais ou formais, as nulidades urbanísticas têm na sua base a proteção dos mais relevantes Direitos Fundamentais e bens jurídicos coletivos.

4.5. – Em suma, da intolerável esquizofrenia da não aceitação do fáctico

É tempo de interligar todas as realidades que fomos avançando ao longo da presente, e que, porventura, pareceram ligeiramente desconexas. Se é certo que o sistema de invalidades do Direito do Urbanismo urge por uma reestruturação, não temos a vaidade de achar que conseguimos com a presente, alcançar soluções. Tentaremos apresentar uma reflexão, mais do que qualquer solução miraculosa, em conjugação de diversos princípios.

Seguimos de perto ANDRÉ SALGADO MATOS nestas matérias. O Professor defende a reestruturação do regime de invalidades do Direito Administrativo em geral, tendo em

²⁰⁴A mero título de exemplo, ver Cfr. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – O regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas. *op. cit.* P. 26.

²⁰⁵ Cfr. SÈVES, António Lorena de – A protecção jurídico-pública de terceiros nos loteamentos urbanos e obras de urbanização. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. Ano I, N.º 2.98 (1998). Pp. 51 a 87. Em concreto, p. 64

²⁰⁶ *Idem*, pp. 73 e 74.

consideração as exigências da realidade fáctica. Da esteira de Jhering, ANDRÉ SALGADO MATOS considera que atualmente continuamos a “*reduzir a realidade exterior em conceitos formais e abstratos, que articulados entre si em sistemas fechados, supostamente possibilitariam a obtenção automática das soluções adequadas para todos os problemas da vida*”. Ou seja, segundo a alegoria de Jhering, o jurista poderia morrer e atingir o paraíso onde apenas reina a pura lógica jurídica, de onde se destacam, nada mais nada menos, a nulidade e a anulabilidade, que inicialmente se “*davam muito bem*”, mas “*em virtude das intrigas de «alguns teóricos recém-chegados», rapidamente passaram «a andar à bulha» um com o outro*”. Pelo que, ANDRÉ SALGADO MATOS defende que o sistema português de invalidades, como todos os sistemas fechados, é apto para resolver “*todos os problemas possíveis e imaginários*”, em abstrato, e num plano estritamente formal, mas “*segrega, contudo, com frequência, soluções completamente desfasadas em relação às necessidades da vida*”.²⁰⁷ Assim o Professor defende que está em causa o sistema binário de invalidades, porque a anulabilidade é uma resposta insuficiente para as violações dos relevantíssimos interesses públicos e privados em causa, por o prazo de impugnação ser demasiado curto; mas a nulidade põe em causa os direitos fundamentais à livre iniciativa económica, à habitação, e desprotege os particulares que confiaram na estabilidade das relações jurídicas, por ser impugnável a todo o tempo.²⁰⁸ Acontece, que na prática, este raciocínio binário é puramente conceptualista, uma vez que, ambos os vícios podem, e originam na maioria das vezes, efeitos materiais – a “*relação entre os efeitos produzidos na realidade material e jurídica e o acto administrativo nulo é rigorosamente idêntica àquela que existiria se o acto administrativo fosse válido ou anulável*”.²⁰⁹ Pelo que, a limitação temporal de impugnação de atos nulos não passa de um absurdo lógico – porque torna inatacáveis atos que não podem ter qualquer pretensão de vigência, são originalmente nulos e não produzem efeitos, e cuja invalidade é perpétua e existirá para sempre, independentemente de não poder ser atacada, no entender do Professor.²¹⁰

²⁰⁷ MATOS, André Salgado de – Algumas observações críticas acerca dos actuais quadros legais e doutrinários da invalidade do acto administrativo. *op. cit.* Pp. 55 e 56.

²⁰⁸ *Idem*, pp. 59 e 60.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 65.

²¹⁰ *Idem*, p. 67.

Enfim, nas palavras de AFONSO QUEIRÓ, e rogando pela compreensão da ligeira desadequação, ao nível do sistema pouco democrático no qual foi proferida, mas que encontra plena adequação no plano dos princípios: “*as edificações, tais como foram ou estão sendo erigidas, ou tais como vão sendo utilizadas, satisfaçam a ponto de a melhor solução ser a de deixar ficar as coisas como estão*”²¹¹. Perguntaríamos, que coerência tem um sistema que permite, que alguém, de forma deliberada, se sente durante vinte anos no terreno de outrem, de forma *pacífica e pública*, e adquira a propriedade do terreno e do imóvel, por usucapião; ou que construa um muro no terreno do vizinho em continuação do muro do seu terreno e adquira essa parcela de terreno (ou todo o terreno, consoante o entendimento que se perfilhe), após apenas três meses, por acessão, independentemente do conhecimento do proprietário; mas que permite que a Administração demolir uma casa construída em REN ao trigésimo primeiro ano da sua existência? PEDRO GONÇALVES e FERNANDA PAULA OLIVEIRA fazem um apelo ao *bom senso*, ou à razoabilidade. Os Professores chamam à atenção para o elemento histórico da interpretação destas normas: alguns dos vícios que inicialmente eram cominados com a nulidade pelo RJUE, sofreram uma espécie de *descriminalização* e agora são apenas anuláveis – demonstrando que não protegem afinal interesses públicos tão relevantes. Pelo que, em abstrato, podemos cair no ridículo de tutelar completamente a situação de um proprietário, cujo ato de gestão urbanística foi praticado há um ano, e que sofre exatamente do mesmo vício de um segundo proprietário, cujo ato foi praticado há cinco ou dez anos, e é totalmente desprotegido – apenas porque o primeiro se tornou inimpugnável após um ano, por padecer de anulabilidade; e o segundo pode ser invocado *ad eternum*, por ser nulo.²¹² Note-se que o texto dos autores é de 1999, e entretanto o leque das nulidades do RJUE foi mais reduzido, pelo que esta reflexão continua a ser do mais atual e relevante.

Cairíamos, talvez, se fomos pouco formalistas, na bondade dos princípios. Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 04 de junho de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 0377/08, disponível *on-line* em www.dgsi.pt, que transcrevemos em parte: “*Não se pode afirmar, como tem vindo a fazer, em geral, o Supremo Tribunal*

²¹¹ Cfr. QUEIRÓ, Afonso – Parecer n.º 20/V. In: Pareceres da Câmara Corporativa. (V Legislatura). Ano de 1951. Lisboa: Assembleia Nacional, 1952. Vol. II. P. 175.

²¹² Cfr. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – A nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística. *op. cit.* P. 36.

*Administrativo que, nos casos de poderes vinculados, a obediência à lei se sobrepõe aos princípios constitucionais referidos, pois estes princípios fazem também parte do bloco normativo, eles são também definidores da legalidade. Tanto são normas legais a primeira parte do n.º 2 do art. 266.º da C.R.P., que prevê o princípio da legalidade e a que, em determinada situação específica, prevê uma determinada actuação da administração, como as que generalizadamente impõem os modelos de actuação de toda a actividade administrativa, designadamente as que sintetizam os princípios gerais que devem orientar toda esta actividade. Por isso, para definir a legalidade a que a administração está vinculada, terão de se ter em conta todas essas normas e fazer uma ponderação e escolha entre elas no caso de a sua aplicação global, abstractamente compatível, se demonstrar inviável em determinada situação concreta. Em regra, haverá compatibilidade prática entre as normas, mas, em algumas situações, designadamente naqueles em que tenha ocorrido a violação de alguma norma legal pela Administração, poderá ser impossível aplicar uma das normas sem ofender o princípio consignado noutra. A actividade da administração não pode limitar-se a uma aplicação mecânica das leis às situações de facto, tendo de ter sempre presente o objectivo que a justifica, que é a prossecução do interesse público (arts. 266.º, n.º 1, da CRP e 5.º e 3º do CPA). Por isso, a administração deverá abster-se de actuar em situações em que, embora se preencham formalmente os pressupostos legais abstractos da sua actuação, esta não seja relevante para a prossecução do interesse público.” (sublinhados nossos). Embora o acórdão seja uma luz ao fundo do túnel, como o próprio reconhece, é jurisprudência minoritária – aliás, foi votado por maioria, com um voto de vencido. Pelo que, não podemos confiar na *bondade* dos intérpretes, aplicadores do Direito – deverá ser expressa uma solução legal distinta. Diríamos que *quem com fogo mata, com fogo morre*, e a única forma de combater os formalismos é sermos formalistas e passar para letra de lei aquilo a que já chegaríamos pela aplicação geral dos princípios.*

Todavia, não podemos deixar de ser coerentes com o que fomos dizendo ao longo da presente. As dificuldades são claras e várias. Qual a solução? Não nos convencem sistemas mistos, entorses e exceções. Consideramos que a solução tem de ser mais profunda e ponderada – mais adequada à realidade do Direito do Urbanismo. Consideramos que o sistema deverá ser uno, e aplicado a todos os vícios, ou seja, a todas as leis de Direito do Urbanismo.

Vamo-nos escusar de lhe atribuir uma nomenclatura: perfilhamos o entendimento de que deverá ir para além do conceito da nulidade e da anulabilidade, e assim, superar o *pecado original* da transposição artificial do regime de invalidades do Direito Privado. Deverá distinguir os vícios consoante o seu grau de gravidade – em primeira linha, se se tratam de vícios formais ou materiais. Atribuindo medidas temporais distintas para a caducidade da sua impugnação judicial ou administrativamente – o prazo de três anos parece-nos razoável quando o vício for meramente formal. Mas se for material, talvez seja mais adequado a medida de dez anos. Com estes dois critérios deveriam jogar outros dois: a boa e má-fé. Talvez, por via de um agravamento, para o dobro, quando se demonstrasse a má-fé do titular do imóvel. Numa analogia com o regime da usucapião, onde diferentes prazos são estabelecidos, consoante o bem seja móvel ou imóvel, a posse seja ou não titulada e registada; e o adquirente esteja de boa ou má-fé.

Consideramos que a legitimidade da impugnação deveria manter-se inalterada: por qualquer pessoa, ao abrigo do direito de ação popular, pela Administração e pelo MP. Mas que o ato viciado deveria poder ser objeto de reforma, conversão ou redução, nos termos gerais.

Prevê o artigo 243.º, CC, que a nulidade proveniente da simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé, ou seja, aquele que ignora a simulação ao tempo em que foram constituídos os respetivos direitos. Ora, é certo que a norma visa punir o simulador, contudo não deixa de ser profundamente expressiva – não pode aquele que em nada contribuiu para o vício, ser afetado pelo mesmo. Protege-se de forma automática, e sem o decurso de qualquer hiato temporal, o terceiro. No mesmo sentido, o artigo 291.º, CC, estabelece que a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico, que respeite a bens imóveis, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, por terceiro de boa-fé, a título oneroso, se o registo da aquisição for anterior ao registo da ação – desde que a ação não seja proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio. Aqui já há uma medida temporal associada, mas a proteção é igualmente relevante. PAULO DIAS NEVES considera que se trata de um argumento a favor da limitação temporal de três anos para a proteção dos efeitos de atos nulos.²¹³ A nós parece-nos que tem uma relevância, enquanto princípio, exponencial:

²¹³ Cfr. NEVES, Paulo Dias – Ministério Público e Urbanismo: Sobre a Impugnação Contenciosa de Atos de Gestão Urbanística pelo Ministério Público. *op. cit.* P. 137.

mais do que a fraca proteção do número 3, do artigo 162.º, do NCPA, ou do artigo 68.º do RJUE. Consideramos que o sistema de invalidades deveria deter uma cláusula idêntica, que protegesse os terceiros de boa-fé, associada a uma medida temporal para a possibilidade de impugnação, quando o prédio passasse para as mãos de terceiros, baixa – talvez um ano, como ocorre atualmente para o prazo de impugnação judicial de atos feridos de anulabilidade pelo MP.

Não podemos deixar de adivinhar uma crítica ao regime que acabámos de avançar: faz uma analogia ao Direito Privado, quando defendemos ao longo da presente que o grande problema do atual regime de invalidades do Direito do Urbanismo, é ter sido importado de forma artificial do Direito Privado. Contudo, note-se bem a diferença – uma coisa é a importação total, *tout court*, modificando apenas os prazos, do regime das invalidades, sem questionar a sua substância. Outra bem distinta, é encontrar estruturas ou grandes traves mestras – como a distinção dos vícios pela sua gravidade e a consequente atribuição de prazos temporais diferentes para a sua protecção. Não defendemos um qualquer aproveitamento total de figuras jurídicas (ou tão pouco parcial, aliás) – mas sim, o repensar de vários ideais, de vários princípios, conjugados e adaptados de forma cirúrgica à concreta realidade do Direito do Urbanismo.

Parece-nos que seria o sistema que melhor reconhecia os efeitos do facto, e convivia com as dificuldades que avançamos *supra*. Para *grandes males, grandes soluções*, pelo que um prazo mais alargado para os vícios materiais e de vinculação situacional dos solos parece-nos ultrapassar, na medida do possível, estas dificuldades. Obrigaria a um maior controlo prévio e fiscalização por parte da Administração, tendo em conta os prazos mais reduzidos – respeitando a segunda dessas dificuldades – a prevenção geral e o combater da ideia de que o crime compensa. Não percamos de vista que ainda assim, estaríamos bem longe do prazo de três meses do artigo 58.º, do CPTA, que é regra geral em Direito Administrativo.

V - CONCLUSÃO

Aqui chegados, podemos concluir, em primeiro lugar, na disciplina do Direito Privado, designadamente nos Direitos Reais, a tutela do fáctico é, desde há muito tempo

a esta parte, reconhecida e pacificamente aceite. Apesar de se tratar de realidades que vão contra o direito de propriedade – direito fundamental com tutela constitucional, institutos como a posse, a acessão e a usucapião são a expressão de que o Direito não pode ignorar a realidade fáctica. Assim, a justificação destes regimes passa pelo tutelar de uma evidência fáctica real, ou seja, da *aparência, da visibilidade exterior*, que facilita a prova do direito definitivo. Mas também de defesa da paz pública, do valor de continuidade e da proteção da confiança. Assim, assegura-se o “*valor continuidade*”, o “*valor organização*” e o “*valor de conhecimento*”, pois estes cobrem lacunas e permitem o trânsito para o direito novo. Em suma, do seu valor económico, porque hoje em dia a propriedade nua, sem a sua correspondente fruição e exploração, não faz mais sentido. Podemos concluir, igualmente, que em todos os regimes o tempo era um elemento muito relevante. Parte da tutela destas realidades está baseada na sua consolidação, no facto de se permanecem inalteradas durante um considerável período de tempo. Mas este hiato temporal não é sempre o mesmo – varia consoante o bem em causa seja móvel ou imóvel, se a posse seja, ou não registada, e o possuidor esteja de boa ou má-fé. Partindo sempre de um equilíbrio difícil entre a proporcionalidade e a legalidade, os regimes valorizam a aparência, a cognoscibilidade, e claro está, a intenção de quem está a beneficiar da tutela do Ordenamento Jurídico. Concluimos pelo existir de um novo “*conceito de propriedade*”, que impõe ao proprietário obrigações, designadamente a de vigilância dos bens da sua propriedade.

Vimos que apesar da sua substantividade própria, e das especiais restrições que sofre por via do princípio da legalidade, o Direito Público, designadamente o Direito Administrativo, não é alheio a estas realidades. Concluimos pela existência do costume e praxes jurídicas relevantes, e pela relevância do fator tempo nas suas lides. Ainda assim, pudemos observar que o expoente máximo desta tutela do fáctico se verifica no regime das nulidades. Retrocedemos à teoria dos agentes putativos, e concluimos que o Direito abraçou situações *contra legem* em prol de princípios como a segurança jurídica, a certeza, do critério da *plausibilidade*, da aparência. No fundo, de tutela da confiança na realidade fáctica, que sempre se alia à operatividade do sistema. Mais uma vez, temperou-se os regimes com critérios como a equidade, a boa-fé ou a importância do vício. Concluimos que estes entendimentos visam ultrapassar as dificuldades que foram trazidas pela importação do sistema dualista de invalidades do Direito Civil, sem atender às especificidades do Direito Administrativo. E, de que a anulabilidade foi definida como

vício regra, numa lógica de que “*o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece*”, atribuindo uma presunção de juridicidade e validade aos atos administrativos, uma vez que ao Estado cabe o privilégio “*de cometer erros*”. Num universo onde prolifera a intervenção da Administração nas mais diversas áreas da vida em sociedade, trata-se de uma garantia da segurança jurídica e da “*praticabilidade*” do sistema. Advogamos pela não relevância da distinção entre o conceito da nulidade e da inexistência. De facto, grande parte dos vícios que os autores consideram mais graves, estão no elenco (aparentemente taxativo) das nulidades do NCPA. E, numa época em que a anulabilidade ganha terreno, e a nulidade é já vista como algo de extrema gravidade, não conseguimos configurar uma autonomia em algo “*mais grave que algo grave*”, e que é de duvidosa operatividade, por não ter um regime jurídico autónomo associado.

Pudemos observar que, desde cedo, se rogou pelo temperar do regime puro da nulidade, por se considerar demasiado *apocalíptico*, e por não aceitar a realidade prática, a tutela da segurança e certeza jurídicas e a boa-fé de terceiros. Denotámos a mudança de regime operada pelo NCPA, e pela possibilidade de existir reforma ou conversão de atos nulos.

Já no campo do Direito do Urbanismo, avançámos a compreensão deste ramo do Direito como um facto social: do fenómeno secular do crescimento da cidade, devido à atração que a vida desta exerce sobre as populações rurais. Mas também, de reação aos problemas criados pelo crescimento desordenado e caótico das cidades; como conjunto de preceitos que visam resolver anos de falta de planeamento de território. Advogámos por uma noção mais ampla de urbanismo. Uma espécie de *urbanismo*, que deixa o seu sentido histórico e etimológico – de cidade, e parte para a regulação de todo o território. Ou seja, de planificação e sistematização de todo o espaço nacional, de regulação das construções, de proteção das zonas verdes, das paisagens, da harmonia estética consolidada, da História e do património.

Vimos que apesar da sua *substantividade própria*, ao Direito do Urbanismo continuam a aplicar-se todos os princípios típicos do Direito Administrativo: como a proporcionalidade, a igualdade, a tutela do interesse público, entre outros. Abrimos uma exceção, apenas, para a legalidade: observámos que se trata de uma *legalidade limite*, ou seja, uma legalidade reduzida, mínima, “*de compatibilidades, materialmente debilitada*”, que dá lugar à maior discricionariedade da Administração, para a análise e composição da realidade fáctica, em planos e programas. Mas reconhecemos, ao mesmo tempo, a

existência de princípios próprios da maior relevância – como o princípio da coordenação e compatibilização das diversas políticas públicas, e entre interesses públicos e privados; princípio da subsidiariedade; da participação; princípio da equidade; da proteção da confiança e da tutela do existente; da justa repartição dos ónus e encargos, entre outros.

Por outro lado, decomposemos o regime de invalidades do Direito do Urbanismo. Avançámos que aqui, a nulidade é o vício regra. Por um lado bem, porque estão em causa especiais e frágeis interesses públicos, e o ordenamento do território é uma incumbência fundamental do Estado, com dignidade constitucional; mas também o salvaguardar dos *interesses públicos difusos*, e da *vinculação situacional dos terrenos*, que garante interesses públicos ambientais, culturais, económicos. Por outro mal, porque houve uma *certa hiperbolização dos interesses públicos*, não se distinguindo normas que visam, de facto, essa tutela de interesses públicos da maior relevância, das que não o fazem. Mas também, porque existe um fraco controlo por parte da Administração, que transfere parte dos seus poderes para os particulares. Ou seja, por uma certa *incompetência* da Administração, que não assegura a maior qualidade técnica dos instrumentos de planeamento e um sério controlo das operações urbanísticas; mas utiliza uma redação defeituosa das normas dos planos urbanísticos, que se tratam de situações de difícil tratamento, e apelam para critérios técnicos e conceitos indeterminados que são de difícil preenchimento.

Pelo que, mais uma vez, cedo se advogou pelo temperar dos regimes gravosos da nulidade. Vimos, nesta medida, que o legislador avançou algumas válvulas de escape, como a caducidade do direito de ação e a atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, nos termos gerais de Direito. Contudo, observámos que estavam longe de ser suficientes. Que os tribunais não fizeram o devido uso das mesmas, e que continuaram a existir situações manifestamente desproporcionais.

Avançámos a consequência última da destruição dos efeitos práticos: a demolição. Concluímos que o legislador impõe a solução da legalização à Administração, em primeira linha. Contudo, mais uma vez, está longe de ser suficiente.

Observámos alguns domínios do Urbanismo onde a força normativa do facto é mais marcante, como a criação de regimes legais excepcionais, para abraçar a realidade fáctica e adaptá-la ao sistema de normas em vigor. Em suma, analisámos a aplicação de princípios como a proporcionalidade, a tutela da confiança, a igualdade e a boa-fé, que rogam por um sistema de invalidades diferente, que seja mais consentâneo com a

realidade fáctica. Contudo, não deixámos de encontrar dificuldades: em primeiro lugar porque no Direito do Urbanismo estão em jogo vários interesses públicos conflituantes, por vezes de várias ordens – municipais, nacionais e regionais; bem como vários interesses privados, igualmente distintos. E a conjugação de todos estes bens jurídicos não é fácil – especialmente quando reconhecemos que estão em causa Direitos Fundamentais de primeira linha e de maior relevância, como o direito à vida, à habitação, à propriedade privada, à saúde, entre outros – e, que é conseguida através dos instrumentos de planeamento urbano. Ora, acontece que desrespeitar o plano é pôr em causa este difícil equilíbrio, e desrespeitar a ordenação, ponderada, de interesses levada a cabo pela Administração. Assim, permitir a atribuição de efeitos a um ato nulo, que desrespeita o plano, é um contrassenso: a própria Administração põe interesses particulares, que graduou com o plano como inferiores, num grau superior a todos os outros, sejam públicos e privados. Por outro lado, vimos que a fragilização das normas e dos planos, bem como a desvalorização dos vícios, é outra das dificuldades. *Se o crime compensa*, porque deverá cumprir o plano um terceiro proprietário, de um terreno nas mesmas condições? Nunca nos podemos esquecer, que para além dos bens jurídicos e interesses públicos coletivos e *supra* individuais, estão em causa normas que têm como objetivo proteger Direitos Fundamentais de terceiros – designadamente através de *standards* urbanísticos, que visam precisamente subjetivizar as posições jurídicas dos terceiros vizinhos.

Ainda assim, em suma e para concluir, defendemos a reestruturação do regime de invalidades do Direito Administrativo em geral, tendo em consideração as exigências da realidade fáctica. Reconhecendo que na maioria das vezes, as *edificações, tais como foram ou estão sendo erigidas, ou tais como vão sendo utilizadas*, satisfazem o suficiente para que a melhor solução seja deixa-las como estão. Utilizando os conceitos que apreendemos ao longo da presente, como o *valor continuidade*”, o *“valor organização”* e o *“valor de conhecimento”*, a confiança e a boa-fé.

Assim, avançámos que não nos convencem sistemas mistos, entorses e exceções. Considerámos que a solução tem de ser mais profunda e ponderada; que o sistema deverá ser uno, e aplicado a todos os vícios do Direito do Urbanismo. Escusámo-nos de lhe atribuir uma nomenclatura: perfilhámos o entendimento de que deverá ir para além do conceito da nulidade e da anulabilidade, ou seja, superar o *pecado original* da transposição artificial do regime de invalidades do Direito Privado. E que deveria

distinguir os vícios consoante o seu grau de gravidade – atribuindo medidas temporais distintas para a caducidade da sua impugnação judicial ou administrativamente. Critérios com os quais deveriam jogar, também, a boa e má-fé do particular. Talvez, por via de um agravamento, para o dobro, dos prazos – que defendemos rondar os três anos para os vícios formais, e dez para os materiais. Por fim, defendemos a existência de uma cláusula semelhante à do artigo 243.º e 291.º, do CC. Ou seja, que protegesse os terceiros de boa-fé, associada a uma medida temporal baixa – talvez um ano, em analogia com o prazo da impugnação judicial da anulabilidade atualmente pelo MP. Mantivemos a legitimidade alargada do regime atual, mas rogámos pela possibilidade ampla de redução, conversão e ratificação.

Defendemos, em suma, que seria o sistema que melhor reconheceria os efeitos do facto, e convivia com as dificuldades que avançamos supra. Obrigaria a um maior controlo prévio e fiscalização por parte da Administração, tendo em conta os prazos mais reduzidos. Destacando, que ainda assim, estaria bem longe do prazo de três meses do artigo 58.º, do CPTA, que é regra geral em Direito Administrativo. Reconhecemos que quiçá, seria uma solução que sempre chegaríamos pela aplicação dos princípios. Contudo, vimos ao longo da presente que não podemos confiar na *bondade* dos intérpretes, aplicadores do Direito – que deverá ser expressa uma solução legal distinta. Diríamos que, *quem com fogo mata, com fogo morre*, e a única forma de combater os formalismos é sermos formalistas e passar para letra de lei aquilo que já chegaríamos pela bondade dos princípios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do – Curso de Direito Administrativo. 4.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2014. Vol. I

AMARAL, Diogo Freitas do – Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente: Objecto, autonomia e distinções. *In*: Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. Coimbra: Almedina. N.º 1. (junho de 1994). Pp. 11 a 22.

ANDRADE, J. C. Vieira de – A nulidade administrativa, essa desconhecida. *In*: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora. N.º 3957. (Ano 138 – 2008/2009). Pp. 333 a 350.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço; colab. COUTINHO, Juliana Ferraz – A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço – Direito Urbanístico: Um outro paradigma: A planificação modesto-situacional. Coimbra: Almedina, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira – Direito Civil – Reais. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

ASCENSÃO, José de Oliveira – Direitos Reais. Coimbra: Almedina, 1978.

CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. 10.^a Ed., 10.^a Reimp.. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. I

CAETANO, Marcello – Manual de Direito Administrativo. 10.^a Ed., 10.^a Reimp.. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II

CALDEIRA, Marco – Revisitando as Nulidades Urbanísticas à luz do novo CPA. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. LVII. (2016). N.º 2. Pp. 195 a 213

CARVALHO, Orlando de – Direito das Coisas. Coord. FERNANDES, Francisco Liberal; GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Raquel – Introdução ao Direito do Urbanismo. Porto: Universidade Católica Editora, 2017

COELHO, Clara Serra - A preservação de efeitos do acto administrativo de gestão urbanística nulo. *In: O Urbanismo, O Ordenamento do Território e os Tribunais Coord. OLIVEIRA, Fernanda Paula*. Coimbra: Almedina, 2010. Pp. 241 a 294

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – Direitos Reais. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1979. Vol. I

CORREIA, Fernando Alves – Manual de Direito do Urbanismo. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012. Vol. I

CORREIA, Fernando Alves – Manual de Direito do Urbanismo. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. III

CORREIRA, Fernando Alves – O plano urbanístico e o princípio da igualdade. 2.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, António Pereira da – Loteamento, acessão e usucapião: encontros e desencontros. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. N.º 11 Ano IV, 1.03 (2003). Pp. 91 a 105.

DUARTE, Rui Pinto – Curso de Direitos Reais. Cascais: Principia – Publicações Universitárias e Científicas, 2002

FARIA, Manuel Veiga de – Elementos de Direito Urbanístico: I – A Actuação Urbanística das Câmaras Municipais. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.

FERNANDES, Luís A. Carvalho – Lições de Direitos Reais. Lisboa: Quid Juris? – Sociedade Editora, Lda., 1996

FOLQUE, André – Curso de Direito da Urbanização e da Edificação. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

GILISSEN, JOHN – Introdução Histórica ao Direito. 8.^a ed. Trad. HESPANHA, António Manuel; MALHEIROS, Manuel Macaísta. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – A nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. Ano II, N.º 1.99 (1999). Pp. 17 a 46

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa; OLIVEIRA, Fernanda Paula – O regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. Ano II, N.º 2.99 (1999). Pp. 15 a 32

KAUFMANN, Arthur – Filosofia do Direito. Trad. CORTÊS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

LÉON, José María Baño – La «fuerza normativa de lo factico» en la jurisprudencia urbanística del Tribunal Supremo. *In: Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas. N.º 59. (julho – setembro de 1988). Pp. 471 a 485

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 1972. Vol. III (Artigos 1251.º a 1575.º)

LOBO, Manuel da Costa – Noções fundamentais. Conceitos Técnicos. Habitação e seus Espaços de Vivência. *In: Direito do Urbanismo*. Coord. AMARAL, Diogo Freitas do. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1989. Pp. 17 a 36.

LOPES, Dulce – Proporcionalidade, um instrumento fraco ou forte ao serviço do Direito do Urbanismo? *In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Vol. IV. Pp. 307 a 333

LOPES, Dulce – Reabilitação Urbana em Portugal: Evolução e Caracterização. *In: O Novo Regime de Reabilitação Urbana*. Coimbra: CEDOUA, 2010. Pp. 21 a 73

MACHADO, J. Baptista – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. 4.^a reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1990

MATOS, André Salgado de – Algumas observações críticas acerca dos actuais quadros legais e doutrinários da invalidade do acto administrativo. *In: Cadernos de Justiça Administrativa*. Braga: CEJUR. N.º 82. (julho – agosto de 2010). Pp. 55 a 68

MIRANDA, João – A função pública urbanística e o seu exercício por particulares. Coimbra: Coimbra Editora, 2012

MONTEIRO, Cláudio – O embargo e a demolição de obras no Direito do Urbanismo. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. Dissertação de Mestrado

MONTEIRO, Cláudio – Urbanismo e interesses públicos diferenciados: o novo regime de consultas a entidades externas nos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas. *In: Direito Regional e Local*. Braga: CEJUR. N.º 4. (outubro – dezembro de 2008). Pp. 12 a 20

MONTEIRO, Cláudio – A perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico. *In: Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Pp. 591 a 613

NEVES, A. Castanheira – Fontes do Direito: Contributo para a revisão do seu problema. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem aos Professores Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz. Coimbra, 1985

NEVES, Paulo Dias – Ministério Público e Urbanismo: Sobre a Impugnação Contenciosa de Atos de Gestão Urbanística pelo Ministério Público. Cascais: Principia, 2013

OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce; ALVES, Cláudia – Regime Jurídico da Reabilitação Urbana Comentado. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Fernanda Paula [et. al.] – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009

OLIVEIRA, Fernanda Paula – Nulidades urbanísticas: casos e coisas. Coimbra: Almedina, 2011

OLIVEIRA, Fernanda Paula – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial: Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio. Comentado. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Mário Esteves de – Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1980. Vol. I.

OTERO, Paulo - Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003

PAULO, Isabel – Isenção de taxas exorciza fantasma da demolição do shopping Bom Sucesso. *In: Jornal Expresso on-line*. [em linha]. [consult. 2018-04-27 14:10:04]. Disponível na Internet: <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2015-09-25-Porto.-Isencao-de-taxas-exorciza-fantasma-da-demolicao-do-shopping-Bom-Sucesso#gs.usWuWas>

PINTO, C. A. Mota - Direitos reais. [Texto policopiado]. Compil. MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. Coimbra: Almedina, 1984

PRATA, Ana – Dicionário jurídico. 5.ª ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. Vol. I

QUEIRÓ, Afonso – Parecer n.º 20/V. *In: Pareceres da Câmara Corporativa. (V Legislatura). Ano de 1951*. Lisboa: Assembleia Nacional, 1952. Vol. II.

RAELE, Miguel – Teoria Tridimensional do Direito: Teoria da Justiça, Fontes e Modelos de Direito. 5.ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003

SÈVES, António Lorena de – A protecção jurídico-pública de terceiros nos loteamentos urbanos e obras de urbanização. *In: CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina. Ano I, N.º 2.98 (1998). Pp. 51 a 87

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt - Interesse público, legalidade e mérito. Coimbra: [s.n.], 1955

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais. 5.ª Ed. Reimp. Lisboa: D. Quixote, 2014. Tomo I

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – Direito Administrativo Geral: Actividade administrativa. 2.ª Ed. Lisboa: D. Quixote, 2009. Tomo III