

Das reservas de urbanização

Urban reservations

GONÇALO DE ANDRADE FABIÃO

VOL. 3 Nº 3 DEZEMBRO 2016

WWW.E-PUBLICA.PT

DAS RESERVAS DE URBANIZAÇÃO

URBAN RESERVATIONS

GONÇALO DE ANDRADE FABIÃO¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
goncaloafabiao@gmail.pt

Resumo: No âmbito da discricionariedade administrativa de formação dos planos diretores municipais (PDM), planos de pormenor (PP) e planos de urbanização (PU) pelas autarquias locais, é frequente a subordinação do licenciamento de operações urbanísticas em determinada área à elaboração de um plano concretizador da regulação dessa mesma área. No presente trabalho, apresentam-se soluções para colmatar a inércia da Administração Pública na criação desses planos concretizadores.

Abstract: In the matter of local autarkies discretionary powers when planning, it occurs often the subordination of a construction claim in a given area to the specifications of a future urban plan yet to be prepared. In this study, we present solutions to the Public Administration's inertia concerning the preparations of those urban plans.

Palavras-chave: Direito do Urbanismo; planeamento urbanístico; discricionariedade; autovinculação; reservas de urbanização.

Key words: Planning Law; urban planning; discretionary power; self imposed restrictions; urban reservations.

Sumário: 1. Introdução; 2. Discricionariedade e planeamento; 2.1. Autovinculação e planeamento; 3. Reservas de urbanização; 3.1. Problema; 3.2. Soluções; (i) Indemnização; (ii) Equiparação; (iii) Caducidade; (iv) Contrato; (v) Reação contenciosa; 4. Reservas de solo; 5. Conclusões

1. Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Associado do CIDP – Centro de Investigação de Direito Público. goncaloafabiao@gmail.com

1. Introdução²

O tema que nos propomos abordar prende-se com as *reservas de urbanização*. As *reservas de urbanização* são uma figura que surge como consequência de disposições de um plano, que não são diretamente aplicáveis, uma vez que necessitam – por opção da Administração vertida no plano – de especificações a serem concretizadas por outros planos. O problema coloca-se, principalmente, a nível municipal e nas relações entre o Plano Diretor Municipal (PDM) e Plano de Urbanização (PU) e os Plano de Pormenor (PP).

FERNANDA PAULA OLIVEIRA designa as *reservas de urbanização* como vínculos de inedificabilidade por tempo indeterminado³. Por norma, não se consideram como verdadeiras reservas de urbanização as situações em que um PDM estabelece normas de conteúdo supletivo. Contudo, há doutrina⁴ que defende um âmbito das reservas de urbanização que inclua algumas situações em que o PDM estabeleça normas de conteúdo supletivo, quando estas tenham um carácter restritivo, permitindo apenas pequenas intervenções no edificado existente. Esta distinção é feita, sobretudo, na doutrina italiana, que distingue *reservas de urbanização absolutas* e *reservas de urbanização relativas*⁵.

Diferente das reservas de urbanização são as reservas de solo, que se apresentam como um novo instrumento de execução dos planos. Surgiram, na lei, pela primeira vez no artigo 18.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio (doravante Lei de Bases) e, posteriormente, no novo artigo 154.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (doravante RJIGT).

O ponto de encontro das *reservas de solo* com as *reservas de urbanização* é a restrição ao *ius aedificandi*, sendo que as reservas de solo podem traduzir-se numa restrição absoluta ao direito de propriedade. De facto, verificando-se uma reserva de solo – apenas nas situações de execução de infraestruturas, equipamentos ou espaços verdes –, a Administração Pública é obrigada a adquirir o direito de propriedade do particular, se não iniciar a execução dentro do prazo previsto (cfr. o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 154.º do RJIGT), estabelecendo o n.º 3 do artigo 154.º do RJIGT um prazo supletivo de cinco anos. Findo este prazo e se a execução não se tiver iniciado por razões imputáveis à Administração Pública, a reserva de solo caduca (cfr n.º 4 e n.º 5 do artigo 154.º do RJIGT).

Embora seja latente que as *reservas de solo* não são, de todo,

2. O estudo que se apresenta corresponde à preparação – com ligeiras alterações que visaram principalmente a atualização dos diplomas legais referidos ao longo do texto – da prova oral de melhoria de Direito do Urbanismo, que fizemos com o Professor Doutor JOÃO MIRANDA. É devido um sentido agradecimento ao Professor Doutor JOÃO MIRANDA pelo incentivo à publicação, pelo debate que tivemos e pela revisão do texto final. Não obstante, qualquer incorreção ou imperfeição que permaneça é da exclusiva responsabilidade do autor.

3. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coimbra, 2011, p. 307.

4. *Ibidem*.

5. Cfr. NICOLA ASSINI, *Trattato di Diritto Amministrativo vol. XXX – Pianificazione Urbanistica e Governo del Territorio*, Itália, 2000, pp. 194 ss..

coincidentes com as *reservas de urbanização*, as primeiras pedem uma opinião crítica.

Este novo instrumento de execução dos planos apresenta-se como um autêntico terror para os particulares. No fundo, a Administração Pública que insira no seu PDM uma reserva de solo incidente num terreno particular está a criar uma “lista de compras de propriedade privada”! Mas não é só! A Administração Pública faz uma “lista de compras a prazo”: em cinco anos, o particular pode esperar ficar sem o seu terreno, a não ser que a Administração Pública tenha qualquer coisa mais interessante para fazer e se “esqueça” de adquirir, pois nesse caso, já não há aquisição alguma. Deste modo, é evidente que, embora com outra denominação, este instrumento de execução tem de ser considerado como uma expropriação no seu sentido material e, assim, tem de cumprir com os deveres legais e constitucionais de indemnização aos particulares – deveres esses não positivados nem na Lei de Bases, nem no RJIGT –, sob pena de inconstitucionalidade das reservas de solo.

Esta opção legislativa é infeliz, porque afasta qualquer colaboração entre a Administração e o particular, privilegiando a expropriação, que devia ser um instrumento de *ultima ratio*. Neste sentido, afigurava-se melhor a solução encontrada pela comissão encarregue de elaborar o anteprojeto da Lei de Bases, que no seu artigo 27.º apenas determinava a caducidade da reserva de solo, nas mesmas circunstâncias que *supra* referimos, mas sem determinar – nem considerar! – a obrigatoriedade de aquisição da propriedade do particular. Assim, a reserva de solo concebida pela comissão afigurava-se apenas como uma limitação ao *ius aedificandi*, afastando-se da expropriação material⁶.

2. Discricionariedade e planeamento

Fala-se em discricionariedade, no âmbito do Direito Administrativo Geral, como o poder de escolha entre alternativas de decisão (podendo estas estar discriminadas ou não), realizadas autónoma e unilateralmente pelo decisor administrativo, conferidas (reserva de lei) e balizadas (preferência de lei) por normas jurídicas⁷⁻⁸. Desta definição, decorre que a discricionariedade administrativa é fundada e limitada pelo princípio da legalidade: fundada porque só há discricionariedade se a lei a conferir e limitada porque a atividade administrativa tem de ser conforme ao bloco de legalidade que a orienta. Fala-

6. Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA et al., “Dossier: Nova Lei de Bases do Solo, do Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de maio) in *E-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 2, 2014.

7. Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011, p. 182.

8. SÉRVULO CORREIA fala a este propósito de *autonomia pública*, definindo-a como a “permissão de criação, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder” [*sic*], cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 470.

se, a propósito do fundamento, de reserva de lei e, a propósito do limite, de preferência de lei.

É no âmbito da preferência de lei que se identifica, entre outras vinculações, a definição do interesse público que a Administração deve prosseguir. Segundo PAULO OTERO, o interesse público aproxima-se à noção de bem comum⁹, tendo como núcleo a “dimensão social da dignidade humana”¹⁰. Assim, o Autor enumera três “núcleos densificadores” do bem comum: i) “o respeito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana”; ii) “a satisfação de exigências de bem-estar social e de desenvolvimento da sociedade”; e iii) a paz.

No contexto de um Estado Social democrático, a prossecução do interesse público é confiada ao poder político-legislativo, “sendo a sua definição condicionada pelo modelo ideológico refletido a nível político-económico.”¹¹ Assim, por virtude do princípio da legalidade, o interesse público é “o fundamento, o limite e o critério do agir da Administração Pública”, consubstanciando, igualmente, “um dever de boa administração.”¹² É esta construção que leva autores, como VIEIRA DE ANDRADE, a classificar o interesse público como “manifestação direta ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política, e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas”¹³, pelo que a Administração não pratica atos absolutamente discricionários, mas sim predominantemente discricionários¹⁴.

Contudo, inserindo-se o nosso estudo, principalmente, ao nível do Direito Autárquico é preciso dar um próximo passo na nossa análise do interesse público. O interesse público, quando analisado no âmbito da teoria geral do Direito Administrativo, é inevitavelmente tratado de forma genérica, o que, por vezes, implica uma compreensão unitária, ou uniforme, deste conceito; mas como nota ALEXANDRA LEITÃO, o interesse público não é uniforme, repercutindo-se essa heterogeneidade na organização administrativa e, conseqüentemente, na distribuição de atribuições e competências pelas entidades públicas¹⁵.

Ora, no âmbito da discricionariedade de planeamento, é possível falar de um outro grau¹⁶, uma vez que, para além das alternativas aptas a prosseguir os interesses públicos em causa, a Administração concretiza o fim da norma que lhe confere a discricionariedade. São, deste modo, concessões legislativas que estabelecem um quadro de objetivos, em forma de diretivas – nomeadamente regras relativas ao procedimento da elaboração dos planos e a indicação dos

9. Cf. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo vol. I*, 1ª edição, Coimbra, 2013, pp. 64 ss..

10. *Ibidem*.

11. Cf. PAULO OTERO, *Manual*, p. 69.

12. Cf. PAULO OTERO, *Manual*, p. 70.

13. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, “Interesse Público” in *Dicionário Jurídico da Administração Pública vol. IV*, Coimbra, 1991, p. 275.

14. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo volume II*, 2ª edição, Coimbra, 2013, p. 88.

15. Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011 pp. 61 ss..

16. Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A Discricionariedade* p. 114.

órgãos competentes para a sua elaboração e aprovação – cuja liberdade de concretização é bastante ampla, podendo mesmo vir a falar-se de uma função criadora dos planos¹⁷.

Este grau mais amplo, que confere a função criadora dos planos, torna-se cristalina se tivermos em conta a heterogeneidade do interesse público. A distribuição, operada por lei, das atribuições e competências pelas pessoas coletivas públicas e respetivos órgãos tem em conta as necessidades diretas da comunidade com quem têm uma relação mais estreita. Estamos, assim, perante uma clara manifestação do princípio da aproximação da Administração às populações, nas vertentes de descentralização e desconcentração¹⁸.

Não se consegue, porém, falar de planos sem planeamento, e esta constitui uma atividade que se inicia anteriormente à elaboração do plano e finda muito depois da sua aprovação. Deste modo, o planeamento “é um processo dirigido, essencialmente, para o futuro e dependente da evolução futura, o decisor administrativo vai ser obrigado a proceder a um juízo de prognose, através do qual antecipa aquela evolução.”¹⁹

A ampla liberdade de concretização do planeamento insere-se naquilo que se pode chamar discricionariedade ao nível da determinação do conteúdo dos planos²⁰, à qual se pode contrapor outro nível de discricionariedade – a discricionariedade quanto à elaboração ou não elaboração do plano²¹.

No âmbito deste nível de discricionariedade, partindo duma análise do planeamento municipal, que é o que nos diz diretamente respeito face à problemática em análise, estabelece o n.º 4 do artigo 95.º do RJIGT que o PDM é de elaboração obrigatória – exceto se os municípios optarem pela elaboração dum plano diretor intermunicipal –, o que deixa na margem de livre apreciação a elaboração de PP ou PU.

Assim, no âmbito da discricionariedade administrativa e do seu limite da preferência de lei, relembramos que: i) o interesse público, inserido no bloco de legalidade, limita a discricionariedade administrativa; ii) o interesse público, como limite, é heterogéneo; e iii) a discricionariedade de planeamento é mais ampla do que outras situações em que à Administração Pública foi concedido o poder discricionário, uma vez que esta concessão foi emitida em forma de diretivas (função criadora dos planos).

17. Cf. JOÃO MIRANDA, “As relações entre planos territoriais – alguns problemas” in *Revista Jurídica* n.º 22, Lisboa, 1998, p. 111.

18. Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS; *Direito Administrativo Geral tomo I – Introdução e princípios fundamentais*, 3ª edição, Alfragide, 2010, reimpr. pp. 144 ss..

19. Cf. JOÃO MIRANDA; “As relações”. p. 112.

20. Cf. LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Direito do Planeamento Territorial” in PAULO OTERO / PEDRO GONÇALVES (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial volume VI*, Coimbra, 2012, p. 159.

21. *Ibidem*.

2.1. Autovinculação e planeamento

A autovinculação “consiste nos efeitos acrescidamente limitadores que uma decisão de um órgão provoca nos seus atos subsequentes”²², pelo que se apresenta como um limite da discricionariedade²³, podendo-se concretizar por regulamentos administrativos – por conterem regras de conduta – sem eficácia externa ou pela apreciação casuística das situações²⁴. Como aponta DAVID DUARTE, trata-se duma autovinculação da perspetiva do ente²⁵, uma vez que a autovinculação provém da atuação administrativa – quer por atos, contratos ou regulamentos – cujos efeitos – internos ou externos – condicionam a atuação dos órgãos da pessoa coletiva pública.

Contudo, no âmbito do planeamento, mais precisamente no conteúdo do PDM, as coisas ocorrem de modo diferente.

De acordo com o artigo 69.º do RJIGT, o PDM, assim como os restantes planos municipais, são regulamentos administrativos com eficácia plurisubjetiva, ou seja, vinculam as entidades públicas e os particulares (cfr. o n.º 2 do artigo 3.º do RJIGT e o n.º 2 do artigo 46.º da Lei de Bases), tendo, conseqüentemente, eficácia externa.

Ora, a flexibilização de que a Administração goza em normas regulamentares de autovinculação internas, principalmente no âmbito da margem de livre apreciação da aplicação das mesmas consoante o caso concreto e até no que concerne à sua publicidade, enrijece-se quando a Administração opta por se autovincular através de um regulamento com eficácia externa, como é o caso do PDM. Isto deve-se ao facto de a autovinculação administrativa por via do exercício do poder regulamentar perder “algum relevo”, uma vez que a Administração Pública não vai ter o mesmo nível de poder discricionário que teria na concretização casuística duma situação²⁶.

Deste modo, passamos agora a enunciar o problema que nos propomos tratar, antes de o desenvolver, de forma a enquadrá-lo na teoria geral do Direito Administrativo: uma pessoa coletiva pública, no âmbito do seu poder discricionário, autovincula-se à realização de determinada atuação administrativa que desencadeará efeitos favoráveis na esfera jurídica de particulares. Ora, o que acontece se essa pessoa coletiva pública nunca chegou a atuar conforme se tinha autovinculado? O que é que o particular pode fazer? É a estas questões que procuraremos responder no número seguinte.

22. Cfr. DAVID DUARTE, *Igualdade e Imparcialidade na Autovinculação Administrativa*, Lisboa, 1992, policopiado, p. 51.

23. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso*, pp. 104 ss..

24. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral*, p. 193.

25. Cfr. DAVID DUARTE, *Igualdade*, p. 51.

26. Cfr. DAVID DUARTE, *Igualdade*, p. 53.

3. Reservas de urbanização

Como mencionamos *supra*, as *reservas de urbanização* ganham especial relevo, como problemas de Direito do Urbanismo, no âmbito municipal dos instrumentos de gestão territorial²⁷.

De acordo com o n.º 2 do artigo 43.º da Lei de Bases, são três os planos territoriais de âmbito municipal: o plano diretor municipal (PDM), o plano de urbanização (PU) e o plano de pormenor (PP). Segundo o n.º 2 do mesmo artigo e o n.º 4 do artigo 95.º do RJIGT, o PDM é de elaboração obrigatória – como vimos – e incide sobre todo o território do município, sendo um instrumento de referência para a elaboração dos demais planos municipais, PU e PP, que são de elaboração facultativa.

Pode acontecer, e de facto acontece, que um município, no PDM, delimite uma unidade operativa de planeamento e gestão²⁸, remetendo a sua regulação para um PU ou um PP a elaborar, ou seja, o PDM pode suspender quaisquer operações urbanísticas a realizar em determinada área até à elaboração de um PU ou PP incidente sobre essa mesma área, sob pena de nulidade de qualquer licenciamento, nos termos do n.º 1 do artigo 130.º do RJIGT.

Estamos, portanto, perante um verdadeiro exemplo de autovinculação da Administração – de um limite à discricionariedade administrativa do município –, uma vez que aquela se compromete a elaborar planos facultativos, compromisso esse feito numa norma regulamentar com eficácia externa que integra o bloco de legalidade a que a Administração deve total obediência em honra e pelo princípio da legalidade.

Assim, as reservas de urbanização, não passam de consequências do exercício do poder discricionário, por parte de um município, que se vincula no PDM à elaboração de um PU ou PP, sem estabelecer qualquer regime subsidiário para a unidade operativa de planeamento e gestão, o que impede qualquer operação urbanística na área reservada.

As *reservas de urbanização* têm um tratamento densificado na doutrina e jurisprudência italianas, sendo identificadas por *vincoli urbanistici*, que numa tradução literal, resulta em *restrições urbanísticas*. As restrições urbanísticas italianas podem classificar-se em restrições expropriativas, restrições conformativas e restrições promíscuas²⁹. As primeiras envolvem a

27. É certo que também se podem verificar reservas de urbanização em planos especiais – de âmbito nacional –, contudo, como nota FERNANDA PAULA OLIVEIRA (*Discricionariedade*, pág. 314), a problemática é diferente, pois coloca-se a nível do Direito Constitucional, uma vez que tais reservas levantam dúvidas de inconstitucionalidade, por eventual confronto com os princípios da autonomia das autarquias locais e da subsidiariedade.

28. Porção contínua de território, delimitada em plano diretor municipal ou plano de urbanização para efeitos de programação da execução do plano ou da realização de operações urbanísticas.

29. Cfr. LINDA GIOVANNA VACCHIANO, *Ius aedificandi e diritto di proprietà*, em *tesi.eprints.luiss.it/10418/1/vacchiano-tesi-2013.pdf*, pp. 239 ss..

transferência do direito de propriedade do privado para o Estado; as segundas ditam formas de utilização da propriedade; as terceiras representam uma ponte entre as duas primeiras, abrindo possibilidade à intervenção do particular no que toca à regulação da área onde se insere o terreno sobre o qual tem direito de propriedade.

Desta breve classificação, rapidamente se apreende que o fenómeno italiano é bem mais amplo do que o português. De facto, quando em Portugal se alude a reservas de urbanização, estão em causa as áreas onde não é permitido exercer o *ius aedificandi* até haver uma atuação da Administração que desbloqueie esse exercício.

3.1. Problema

No ordenamento jurídico italiano, o fenómeno das *reservas de urbanização* tem sido tratado ao nível da sua conformidade com a Constituição. A Constituição italiana, no seu artigo 42.º, diz “(...) La proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d’interesse generale”³⁰, o que, traduzindo, significa que a propriedade privada pode ser, nos casos previstos na lei, e salvo indemnização, expropriada por motivos de interesse público. Ora, se a Constituição italiana prevê uma indemnização para a expropriação por utilidade pública e a Administração Local impede o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade através de uma *restrição absoluta*, ou reserva de urbanização, não estará, no fundo, a expropriar os direitos de urbanizar e edificar, que são inerentes ao direito de propriedade? Depende. E depende da conceção que tenhamos relativamente à última premissa da nossa pergunta: a inerência dos direitos de urbanizar e edificar, ou como é mais vulgarmente conhecido, do *ius aedificandi* ao direito de propriedade.

Em Itália, vence, na jurisprudência da *Corte Costituzionale*³¹, a compreensão de que o *ius aedificandi* tem tutela constitucional, pelo que uma restrição sua por tempo indeterminado equivaleria a uma expropriação. Deste modo, através de uma vasta jurisprudência da *Corte Costituzionale*, o legislador italiano veio impor que ao fim de cinco anos as reservas de urbanização caducassem³².

Já em Portugal as coisas passam-se de forma diferente, vingando, na

30. O que, em português, significa: *A propriedade privada pode ser, nos casos previstos na lei e mediante indemnização, expropriada por motivos de interesse geral*”.

31. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, pp. 369 ss.. Como expõe o Autor, esta compreensão da Corte Costituzionale não é acolhida por toda a doutrina italiana.

32. Cfr. decisões citadas em NICOLA ASSINI, *Trattato*., pp. 194 ss..

jurisprudência^{33 34}, a conceção de que o *ius aedificandi* é “uma atribuição jurídico-pública decorrente do ordenamento jurídico urbanístico, designadamente dos planos³⁵”.

Não cabendo neste estudo um aprofundamento sobre o mérito de cada uma das conceções e de uma tomada de posição, vamos adotar a conceção maioritária na jurisprudência portuguesa, de maneira a salvaguardar o interesse prático na nossa análise e propostas de soluções.

O problema que se coloca consubstancia-se numa pergunta: e se nunca forem elaborados o PU ou PP?

De facto, de acordo com o n.º1 do artigo 76.º do RJIGT, compete à câmara municipal a iniciativa do procedimento com vista à elaboração dos planos municipais, logo também dos PU e PP. Assim, parte da doutrina, considera esta situação como um “vínculo de inedificabilidade por tempo indeterminado”³⁶, uma vez que quaisquer licenças, autorizações ou decisões relativas a pedidos de informação prévia concedidas a particulares em contradição com esse vínculo serão nulas³⁷, nos termos da alínea a) do artigo 68.º do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, doravante RJUE, e do n.º 1 do artigo 130.º do RJIGT.

33. Vejam-se o Acórdão n.º 341/86 e o Acórdão n.º 329/99, ambos do Tribunal Constitucional, dizendo o primeiro que “[n]o direito de propriedade constitucionalmente consagrado contém-se o poder de gozo do bem objecto do direito, sendo certo que não se tutela aí expressamente um jus aedificandi, um direito à edificação, como elemento necessário e natural do direito fundiário”, e dizendo o segundo o seguinte:

“Ora, no que concerne ao direito de propriedade, dessa dimensão essencial que tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, faz, seguramente, parte o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública – e, ainda assim, tão-só mediante o pagamento de justa indemnização (artigo 62.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). Já, porém, se não incluem nessa dimensão essencial os direitos de urbanizar, lotear e edificar, pois, ainda quando estes direitos assumam a natureza de faculdades inerentes ao direito de propriedade do solo, não se trata de faculdades que façam sempre parte da essência do direito de propriedade, tal como ele é garantido pela Constituição: é que essas faculdades, salvo, porventura, quando esteja em causa a salvaguarda do direito à habitação própria, já não são essenciais à realização do Homem como pessoa. E, assim, como só pode construir-se ali onde os planos urbanísticos consentirem (sublinhado nosso)” Porém, JORGE REIS NOVAIS manifesta-se contra este entendimento, defendendo a “jusfundamentalidade” do *ius aedificandi*, cfr. JORGE REIS NOVAIS, “Ainda sobre o *ius aedificandi* (... mas agora como problema de direitos fundamentais)” in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, II, Coimbra, 2006, pp. 493-521.

34. O assunto tem assumido uma vertente muito mais controversa no seio da doutrina.

35. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo vol. I*, 4ª edição, 2008, Coimbra, p. 831.

36. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discricionariedade*, p. 307.

37. É esta a situação do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, com o Processo n.º 0701/10, de 29-11-2011, que trata dum licenciamento incidente sobre uma área de reserva de urbanização – embora o STA nunca se refira a ela nestes termos –, considerado nulo, pois enquanto não houver um PU ou PP, qualquer licenciamento será um ato administrativo diretamente contra o disposto no PDM, padecendo, por isso, de nulidade.

Deste modo, cumpre arranjar soluções para o particular que quer exercer o *ius aedificandi*, mas não pode, uma vez que a sua propriedade está inserida numa área de reserva de urbanização.

Contudo, antes de passarmos a enumerar e densificar as soluções para este problema que nos ocupa, cumpre alertar o leitor para o facto de que a restrição ao exercício do *ius aedificandi* por tempo indeterminado não é o único problema que as reservas de urbanização levantam. De facto, as reservas de urbanização também têm consequências a nível do planeamento, mais precisamente numa expansão urbana desordenada, numa falta de harmonia do planeamento. Isto é assim pelo simples facto de as reservas de urbanização consubstanciarem um vazio dentro das cidades, uma vez que nada é lá construído³⁸.

3.2. Soluções

É possível equacionar várias soluções que decorrem da lei ou de faculdades conferidas aos particulares, das quais destacamos:

- Indemnização;
- Equiparação dos PP e PU às operações de loteamento;
- Caducidade das reservas de urbanização;
- Contratação; e
- Reação contenciosa.

(i) Indemnização

Em primeiro lugar, surge a hipótese de indemnização, no artigo 171º RJIGT.

Ora, esta indemnização, *prima facie*, pode parecer contraditória com a conceção maioritária sobre o *ius aedificandi* como faculdade atribuída pelo ordenamento urbanístico, pelo que cumpre um ligeiro aprofundamento das razões de ser desta tese e da sua concretização. De facto, ninguém nega que o *ius aedificandi* é inerente ao direito de propriedade. O que grande parte da doutrina e jurisprudência vêm dizer é que o *ius aedificandi* não pode ser exercido sem mais; pressupõe um plano e um planeamento, pois só com aquele instrumento e com esta atividade é que se harmoniza o território numa visão coerente de conjunto.

38. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Expansão vs. Contenção – Nova Cidade/Cidade Antiga – Reabilitar/Renovar. De um urbanismo em expansão a um urbanismo de contenção (as novas exigências ao nível da gestão urbanísticas)*, disponível em [http://aup.org.pt/microsites/congresso/pdf/artigo%20\(8\).pdf](http://aup.org.pt/microsites/congresso/pdf/artigo%20(8).pdf).

Além disto, também é através dos planos que se operam as classificações dos solos, o que vai determinar as edificações na propriedade dos particulares.

Deste modo, é importante frisar o seguinte: o *ius aedificandi* não nasce com o plano, ele é inerente ao direito de propriedade; o *ius aedificandi* é desbloqueado pelo plano³⁹. Cremos que esta posição não é totalmente incompatível com outras posições mais próximas das teses privatistas do *ius aedificandi*, nomeadamente no que toca a uma tutela jurídica do interesse⁴⁰ e, consequentemente, expectativa do seu exercício⁴¹. É de notar, porém, que esta situação jurídica positiva coloca-se face a uma alteração do plano, não se podendo apoiar no plano em si, uma vez que este ainda não desbloqueou o *ius aedificandi*⁴², pois só quando o plano o desbloquear é que o particular tem na sua esfera jurídica um direito de natureza patrimonial.

Assim, se a Administração Pública se vincula à elaboração de um PP ou PU que permitam o exercício do *ius aedificandi*, sendo, da sua parte, uma “opção própria”⁴³ que verteu para o plano, haverá direito à indemnização nos termos gerais do artigo 171º do RJGT, mais concretamente, através do seu n.º 4, pois não há dúvidas de que as reservas de urbanização são restrições⁴⁴ e que a autovinculação da Administração à elaboração de um plano é bastante para conferir tutela jurídica à confiança que o particular tem na elaboração desse plano.

Porém, esta “solução” não se apresenta como idónea, uma vez que o verdadeiro interesse é a realização de operações urbanísticas e não a indemnização pela sua não realização, continuando, após a indemnização, a ser impossível – até à elaboração do plano – a sua realização.

(ii) Equiparação

Alguns municípios passaram a integrar no PDM, no âmbito das reservas de urbanização, a possibilidade de regulação da área “reservada” por emissão de alvará de loteamento⁴⁵. Ora, sendo uma operação de loteamento de iniciativa privada, assim se ultrapassava a inércia da Administração.

Cumpre, contudo, averiguar em que termos são equiparáveis os

39. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual*, pp. 849 ss..

40. Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, pp. 267 ss..

41. Cumpre notar que os planos não permitem o exercício do *ius aedificandi* sem mais, sendo, evidentemente, necessário um dos procedimentos de licenciamento, comunicação prévia ou autorização de utilização, nos termos do RJUE.

42. Cfr. CLÁUDIO MONTEIRO, *O domínio da cidade*, Lisboa, 2013, p. 281.

43. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Notas e Comentários à Revisão do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial de 2015*, Coimbra, 2015, pp. 64 e 65.

44. Recorde-se o que dissemos *supra* a propósito da doutrina italiana, que considera as reservas de urbanização como parte das *vincoli urbanistici*, i.e., restrições urbanísticas.

45. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discrecionarietà*, p. 310.

instrumentos de gestão territorial de âmbito municipal facultativos às operações de loteamento.

FERNANDO ALVES CORREIA afirma – baseado na doutrina italiana – categoricamente que o “loteamento urbano, configura ele, sob o ponto de vista do respectivo [*sic*] conteúdo, um verdadeiro plano de pormenor da área a que diz respeito”⁴⁶, enumerando, de seguida, os pontos de contacto, nomeadamente:

- o n.º 1 do artigo 77.º do RJUE, especialmente a alínea e), que respeita à identificação do número de lotes, indicação da área, localização, finalidade, área de implantação, área de construção, etc;

- o artigo 22.º do RJUE, que confere discricionabilidade de sujeição à discussão pública de licenciamento de operações de loteamento, com semelhanças ao que se passa no âmbito do procedimento dos planos;

- a alínea a) do artigo 68.º do RJUE, que indica como causa de nulidade das licenças ou admissões de comunicações prévias a violação pelas mesmas da licença de loteamento em vigor, em termos equiparados à violação do disposto em plano municipal de ordenamento do território.

Contudo, esta solução comporta algumas preocupações.

Em primeiro lugar, esta equiparação pode levantar problemas no que concerne à visão de conjunto que o plano confere, o que leva FERNANDA PAULA OLIVEIRA a defender que as operações de loteamento devem abranger “toda a área previamente definida para o plano de pormenor”⁴⁷⁻⁴⁸.

Em segundo lugar, o facto de o artigo 22º conferir discricionabilidade de sujeição à discussão pública de licenciamento de operações de loteamento não significa que, perante uma forte reação negativa por parte da população, o município possa indeferir o licenciamento, uma vez que os casos de indeferimento (cfr. artigo 24º RJUE) obedecem ao princípio da taxatividade. Deste modo, não poderá haver uma ponderação dos resultados da consulta pública⁴⁹, pois trata-

46. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual*, p. 358.

47. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discricionabilidade*, p. 310, nota 19.

48. JOÃO MIRANDA aborda o loteamento de uma perspetiva mista, i.e., a figura comporta em si a concretização de interesses públicos, na medida em que contribui para o desenvolvimento urbano, mas a iniciativa é privada. Contudo, para o Autor, o facto de estar subjacente ao loteamento a concretização de interesses públicos, implica que a intervenção da Administração Pública no procedimento do loteamento não se cinja a um controlo prévio, mas sim a uma coordenação de vontades – públicas e particulares – que se repercutam num desenvolvimento urbano mais harmonioso do ponto de vista geral. Cfr. JOÃO MIRANDA, *A função pública urbanística*, Coimbra, 2011, pp. 214 ss..

49. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discricionabilidade*, p. 311, nota 21. Aparentemente contra este entendimento, cfr. JOÃO PEREIRA REIS / MARGARIDA LOUREIRO, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, 2ª edição, Coimbra, 2002, p. 103. Desta forma, nas situações em que ocorresse uma discussão pública, haveria um alargamento das causas de indeferimento do

se de um ato administrativo relativo à gestão urbanística, pelo que se afasta da “função criadora dos planos”, cuja discricionariedade é muito ampla⁵⁰.

(iii) Caducidade

Em 2007, o legislador finalmente abordou a questão e veio consagrar, por via do Decreto-Lei n.º 316/2007, a norma constante do n.º 2 do artigo 85.º do RJGT, relativa à caducidade das reservas de urbanização. Hoje, a norma encontra-se plasmada no n.º 2 do artigo 96.º

Deste modo, as reservas de urbanização caducam, quando se verificarem os seguintes requisitos:

- decurso de cinco anos desde a data da entrada em vigor do PDM, sem que haja sido aprovado um PP ou PU;
- localização das operações urbanísticas a concretizar em zona urbana consolidada, como tal identificada no PDM;
- definição dos usos e a altura total das edificações ou a altura das fachadas nos índices e parâmetros de referência estabelecidos no PDM, bem como os indicadores relativos à definição da rede viária e do estacionamento.

Verificados estes requisitos, o particular podia iniciar um dos procedimentos do RJUE, com vista a poder exercer o *ius aedificandi*. No entanto, esta norma não abrange todas as reservas de urbanização⁵¹, uma vez que há muitos PDM que não definem os usos nem a altura total das edificações ou a altura das fachadas, nem sequer os indicadores relativos à definição da rede viária e do estacionamento, pois a Administração contava defini-los num PP ou PU.

(iv) Contrato

A figura dos contratos para planeamento – manifestação do princípio geral da contratualização, expresso no artigo 47.º da Lei de Bases – apresenta-se como uma solução passível de resolver o problema suscitado pelas reservas de urbanização, uma vez que se trata de uma atuação consensual, que agiliza

licenciamento.

50. Cfr. *supra* o ponto 2.

51. Como por exemplo as localizadas em zonas de expansão.

o procedimento⁵². Os contratos para planeamento acarretam uma “alteração de fundo” no âmbito da discricionariedade para o planeamento, uma vez que esta se manifestava aquando da elaboração do plano, passando agora a manifestar-se aquando da celebração do contrato⁵³.

Estes contratos apresentam-se como normativos, uma vez que o seu objeto se concretiza com a criação de normas. Cumpre, portanto, fixar o âmbito do objeto, i.e., as barreiras para a criação de normas.

De acordo com JOÃO MIRANDA, são dois, os tipos de contratos para planeamento que os artigos 79.º e seguintes do RJIGT regulam: em primeiro lugar, temos um puro contrato sobre o exercício de poderes públicos, que consiste no compromisso, por parte da Administração Pública, em elaborar o plano; em segundo lugar, temos um contrato em que, além do compromisso do primeiro tipo, também se verifica a delegação, no privado, da obrigação de elaborar o plano⁵⁴.

No entanto, o n.º 3 do artigo 79.º do RJIGT fornece-nos um dado importante para definir as barreiras do objeto do contrato para planeamento. É que ao assegurar uma “adequada publicitação e a realização de discussão pública”, esta norma diz-nos que estes contratos não afastam as garantias de terceiros que o procedimento confere. Outro entendimento não colheria, uma vez que os contratos para planeamento têm um objeto passível de ato administrativo, pelo que todas as garantias do procedimento administrativo se aplicariam – caso não houvesse menção expressa pela norma do n.º 3 do artigo 79.º do RJIGT – por via subsidiária, através do Código do Procedimento Administrativo.

Chegados aqui, é hora de avaliar o mérito desta solução para o problema que desencadeou a sua análise.

É relativamente claro que um contrato para planeamento é, ao lado das reservas de urbanização, uma forma de vinculação da Administração, o que pode levar à conclusão da ausência de diferenças significativas entre uma e outra figura⁵⁵, pelo que seria uma solução a desconsiderar. Contudo, sendo esta análise, evidentemente, correta, apenas o é quando o contrato para planeamento e as reservas de urbanização são consideradas de forma abstrata.

Concretizando as figuras na situação em análise, temos que uma delas é um problema e a outra é a solução. Aprofundando: as reservas de urbanização, por não terem prazo estipulado para a elaboração de PP ou PU, criam o problema dos “vínculos de inedificabilidade indeterminada”, pelo que um contrato para planeamento – seja de PP ou seja de PU –, apresentar-

52. Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, “A Contratualização no Direito do Urbanismo” in MARCELO REBELO DE SOUSA / CARLA AMADO GOMES (coord.) *Estudos de Direito do Ambiente e Direito do Urbanismo*, p. 3, disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/731>

53. Cfr. JOÃO MIRANDA, *A função*, p. 126.

54. Cfr. JOÃO MIRANDA, *A função*, pp. 327 ss.

55. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discricionariedade*, pp. 319 ss.

se-á como uma solução para as reservas de urbanização na medida em que identifique os problemas suscitados. Ora se os problemas suscitados se prendem com uma (auto)vinculação administrativa sem prazo, evidentemente que o particular interessado, e contraparte no contrato para planeamento, terá de acautelar a falta de prazo para a execução da atividade a que a Administração se vinculou através da aposição, no contrato, numa cláusula que estabeleça um prazo para o cumprimento das obrigações das partes. Aliás, nada impede que seja estabelecida alguma indemnização para o incumprimento do prazo de execução, ou mesmo uma sanção pecuniária compulsória. Mas cremos que estas soluções acontecerão em casos extremos, uma vez que a principal vantagem dos contratos para planeamento é a garantia que a Administração tem na colaboração com os particulares, que consubstancia a solução para o problema da “falta de efectividade das normas do plano”⁵⁶.

(v) Reação contenciosa

O artigo 77.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante CPTA, estabelece que, em situações de ilegalidade, causadas pelo facto de se verificar uma omissão das normas cuja adoção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação, o tribunal dá a conhecer a ilegalidade à entidade competente e fixa um prazo, não inferior a seis meses, para que a omissão seja suprida.

O facto de a norma referir apenas atos legislativos carentes de regulamentação leva alguma doutrina a afastar a possibilidade da sua aplicação às reservas de urbanização⁵⁷. Contudo, vários cultores do Contencioso Administrativo apontam uma solução diferente, afirmando que a declaração de ilegalidade também deveria ter lugar nas hipóteses de autovinculação administrativa⁵⁸, uma vez que “não tornar aplicável, regulamentarmente, um anterior regulamento de execução de lei que carecia, ele mesmo, de regulamentação posterior, é tornar inaplicável a própria lei.”⁵⁹

No entanto, esta aplicação analógica não opera sem mais. É necessário que a omissão se verifique objetivamente, por incumprimento de um prazo legalmente

56. Cfr. JOÃO MIRANDA, *A função*, p. 325.

57. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discrecionariade*, p. 313. A Autora, porém, não afasta a possibilidade de uma reação contenciosa às reservas de urbanização; apenas a dirige para o âmbito das ações impositivas, por via da alínea h), do n.º 1 do artigo 37.º do CPTA. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “A ação sobre (alguns) comportamentos: breves considerações” in CARLA AMADO GOMES / ANA FERNANDA NEVES / TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, 2ª edição, Lisboa, 2016, pp. 471 ss..

58. Cfr. JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 14ª edição, Coimbra, 2015, p. 197.

59. Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código do Processo dos Tribunais Administrativos Comentado*, Coimbra, 2004, p. 456.

estabelecido ou de um prazo razoável⁶⁰.

Efetivamente, nem a lei estabelece um prazo para o cumprimento do dever de planear nas situações de autovinculação, nem, por norma, os PDM, pelo que cumpre procurar indícios, no nosso ordenamento, que apontem para um prazo razoável.

FERNANDA PAULA OLIVEIRA aponta como prazo razoável para o cumprimento do dever de planear cinco anos⁶¹, por identificar esse período de tempo nas normas constantes do n.º 3 do artigo 143.º do RJIGT – relativamente ao prazo dentro do qual as modificações planificadoras devem dar origem a indemnização – e do n.º 2 do 96.º do RJIGT – relativamente à caducidade das reservas de urbanização *supra* mencionados. É também o prazo de 5 anos que faz caducar as reservas de solo (cfr. artigo 18.º da Lei de Bases e artigo 154.º do RJIGT), pelo que há indícios sistemáticos deste ser o prazo razoável que o CPTA refere.

Assim, decorrendo cinco anos após a previsão de reservas de urbanização, poder-se-á recorrer, analogicamente, ao artigo 77.º do CPTA, para que o dever de planear seja cumprido.

A Lei n.º 100/2015, de 19 de agosto, que autoriza o Governo a rever o CPTA, aponta para a condenação à emissão de normas devidas (sublínea *ii*) da alínea *a*) do artigo 2.º), pelo que a lacuna do atual CPTA parece ter sido acautelada pelo legislador. No entanto, a proposta apresentada pela comissão encarregada de redigir o anteprojeto da revisão não menciona qualquer prazo⁶² a decorrer antes da ação de condenação. Contudo, as alterações efetivas ao artigo 77.º do CPTA não foram tão abrangentes como a lei de autorização parecia prescrever, pelo que a situação se mantém e as considerações que a doutrina fez, a propósito dos prazos na aplicação analógica do artigo 77.º do CPTA antes da revisão, são ainda úteis.

5. Conclusões

1º) A revisão do RJIGT foi um pretexto pertinente para solucionar estes “vínculos de inedificabilidade indeterminada”;

2º) O artigo n.º 2 do artigo 85.º do RJIGT podia ter prescrito uma caducidade mais ampla para as reservas de urbanização e não o fez;

3º) As soluções que já vinham sendo apresentadas pela doutrina podiam ter sido acolhidas pelo Direito do Urbanismo, mas não foram;

60. Cfr. JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça*, p. 197, nota 484.

61. Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Discrecionalidade*, pp. 312 e 313.

62. Cfr. o artigo 77.º da proposta disponibilizada em <http://www.portugal.gov.pt/media/1352316/20140225%20mj%20prop%20lei%20cpta%20etaf.pdf>

4º) A única solução consagrada é a de um instituto geral do Contencioso Administrativo, introduzido no CPTA – a condenação à emissão de normas – mas utilizada apenas por analogia.
