

O direito de propriedade e o direito de construir

Joana Roque Lino

Já muito se escreveu sobre esta matéria. Não obstante, ela continua a ser objecto recorrente de litígios judiciais, razão pela qual consideramos ser útil debruçarmo-nos sobre ela.

O n.º 1 do art.º 62.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra a garantia do direito de propriedade, bem como a sua transmissão em vida ou por morte, ou seja, e como afirmam Jorge Miranda e Rui Medeiros¹, as pessoas singulares e as pessoas colectivas gozam do direito de ter bens em propriedade, constituindo o direito de propriedade uma garantia institucional e um direito fundamental.

Porém, o direito de construir não se insere no direito de propriedade, sendo uma atribuição pública, que depende do ordenamento e do planeamento do território, plasmado na alínea e) do art.º 9.º e na alínea b) do n.º 2 do art.º 66.º da CRP, bem como das regras relativas à ocupação, ao uso e à transformação dos solos urbanos (cfr. o n.º 4 do art.º 65.º da CRP).

¹ Vide Jorge Miranda; Rui Medeiros - *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 624-630.

Significa isto que o direito de propriedade não é um direito absoluto, pois embora ele apenas possa ser “ofendido” por motivos de utilidade pública previstos na lei e mediante o pagamento de uma justa indemnização (cfr. o n.º 2 do art.º 62.º da CRP), o direito a construir em solos aptos para construção depende das regras que forem fixadas para o uso dos solos. Por outro lado, a própria política de solos portugueses é enformada pela garantia constitucional do direito de propriedade privada dos solos urbanos².

O Tribunal Constitucional tem decidido de modo uniforme³ que a Constituição da República Portuguesa não tutela o direito à edificação como um elemento do direito de propriedade e que a necessidade de obtenção de licenciamento e ou autorização não viola o direito de propriedade consignado no art.º 62.º da CRP. O direito de construir deve ser exercido dentro dos parâmetros urbanísticos em vigor, em ordem a que sejam respeitados outros direitos e deveres, também eles constitucionalmente consagrados.

O Tribunal Constitucional explica-nos que o direito de propriedade só tem natureza análoga aos direitos fundamentais enquanto categoria abstracta, como susceptibilidade de aquisição de coisas e bens, onde se

² Nesse sentido, vide Fernando Alves Correia, in *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, 4ª. ed., Almedina, 2008, pp.156-157.

³ Cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional de 09/10/08 (Recurso n.º 523/07); de 01/04/04 (Recurso n.º 1550/03); de 16/01/2003 (Recurso n.º 1316/02); de 31/03/04 (Recurso n.º 35338); de 02/12/01 (Recurso n.º 34981); e de 02/07/96 (Recurso n.º 32459).

inclui o direito à sua livre fruição e disponibilidade, mas não como direito subjectivo de propriedade, entendido como poder directo, imediato e exclusivo sobre determinados bens. O *jus edificandi* e a sua dependência de regras relativas à necessidade de obtenção de licenciamento não integra o núcleo do direito de propriedade, não gozando do regime da tutela dos direitos, liberdades e garantias⁴.

Importa referir que as normas legais e regulamentares que alterem o regime jurídico relativo à ocupação, ao uso e à transformação do solo apenas produzem efeitos para o futuro, o que significa que têm de respeitar o edificado existente à data da sua entrada em vigor. É o que o Professor Fernando Alves Correia apelida de princípio da garantia da existência.

Quando porventura existam já licenças e autorizações validamente emitidas, sem que a construção se tenha iniciado, e venha a ser aprovado um plano que consagre regras de ocupação do solo contrárias àquelas permissões edificativas, tal incompatibilidade deverá dar origem à indemnização dos titulares das licenças e autorizações, dado que constitui uma verdadeira expropriação, caso não seja possível verificar-se a compensação dos particulares através dos chamados mecanismos de perequação compensatória (vide o art.º 18.º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo).

⁴ Vide o Acórdão do Tribunal Constitucional de 02/07/96 (Recurso n.º 32459).

No caso de construções ilegais cuja demolição se pretenda ordenar, ainda assim, em resultado da aplicação do princípio do aproveitamento do edificado, desde que a edificação possa ser passível de legalização, não deve ser ordenada a demolição⁵.

⁵ Vide, a título de exemplo, e a respeito da construção de um muro sem licença, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo com o nº 922/08, de 22/04/2009, da 2ª subsecção do CA, em que foi relatora a Senhora Conselheira Fernanda Xavier.