

de licenciamento para que possa considerar-se cumprido o regime do domínio hídrico.

3. Com relevância para a resposta à questão tal como agora vem formulada perfilam-se dois factos essenciais:

3.1. a área de implantação proposta para o edifício objecto do presente pedido encontra-se a menos de 50 metros da linha limite do leito do Rio Douro, no entanto

3.2. tal área está situada fora da área delimitada na Planta de Condicionantes do PDM actualmente em vigor como sendo a área de jurisdição da Administração dos Portos do Douro e Leixões - APDL.

4. Em face desta factualidade cumpre-nos esclarecer.

Análise Jurídica

a) Do regime do domínio público hídrico consagrado pelas Leis n.º 54/2005, de 15 de Novembro e 58/2005, de 29 de Dezembro

1. Iniciando a abordagem da questão que nos vem colocada através de uma perspectiva meramente positivista, compete-nos efectuar, antes de mais, uma breve síntese do regime do domínio hídrico actualmente consagrado nas Leis n.º 54/2005, de 15 de Novembro – que estabelece o regime aplicável à titularidade dos recursos hídricos - e 58/2005, de 29 de Dezembro – que aprova a Lei da Água.

2. Estabelece a Lei n.º 58/2005 (Lei da Água), nos seus artigos 59.º e ss., que:

2.1. o direito de utilização privativa do domínio público hídrico “*só pode ser atribuído por licença ou por concessão*” (artigo 59.º n.º 2);

2.2. “*a realização de construções que incidam sobre leitos, margens e águas particulares*” “*está sujeita a autorização prévia de utilização de recursos hídricos*” (artigo 62.º n.º 1 al. a)), salvo se a tais construções estiverem associados aterros e escavações, caso em que será necessária “*licença prévia de utilização*” (artigo 62.º n.º 2 al. e)).

3. O preenchimento dos conceitos de “domínio público hídrico” ou de “leito, margem e águas particulares” encontra-se plasmado nos artigos 2.º e ss. da Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, onde – salientando apenas as definições com relevância para o caso aqui em apreço – se estabelece que:

3.1. são domínio público hídrico “os cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos, e margens pertencentes a entes públicos” (cfr. artigo 5.º al. a));

3.2. a margem das águas navegáveis ou fluviáveis que se encontravam, à data da entrada em vigor da Lei sujeitas à jurisdição das autoridades marítimas e portuárias têm a largura de 50 m (cfr. artigo 11.º n.º 2), contados a partir da linha limite do leito;

3.3. “*Todos os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público podem ser objecto de comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil*” (artigo 18.º n.º 1)

4. Se a estes conceitos acrescentarmos o facto de o Rio Douro, bem como todas as suas margens, “desde 200m a montante da ponte de D. Luís I até à Foz” se encontrar sob jurisdição da APDL¹, isto é, sob a jurisdição de uma administração portuária, da mera leitura dos pontos 3.1. e 3.2. anteriores, poderemos ser tentados a concluir, sem mais, que a área objecto do presente processo se encontra integrada no domínio público hídrico e que, conseqüentemente, qualquer utilização que dela se pretenda fazer estará sujeita a licença ou concessão conferida por esta entidade².

5. Aliás, mesmo que assim não fosse, isto é, mesmo que se provasse que estaríamos *in casu* perante propriedade privada³, sempre teríamos que concluir – através desta análise meramente positivista – que no âmbito de um qualquer procedimento promovido ao abrigo do RJUE haveria que obter a autorização prévia da APDL,

¹ Cfr. artigo 2.º do Decreto-lei n.º 335/98, de 3 de Novembro, em conjugação com o artigo 3.º n.º 1 al. a) do Decreto-lei n.º 308/87, de 7 de Agosto.

² Apesar de não ter sido ainda publicada a Portaria a que se refere o n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, julgamos ser de concluir que a APDL ainda mantém as competências que lhe foram conferidas pelo Decreto-lei n.º 335/98, de 3 de Novembro, na medida em que da própria letra desta norma parece resultar a intenção do legislador de conservar a “afectação” de determinadas áreas do domínio público hídrico às administrações portuárias, tal como já anteriormente havia consagrado, pretendendo apenas remeter para regulação densificadora “os termos e âmbito da delegação e os critérios de repartição das respectivas receitas”.

³ Designadamente na sequência de acção de reconhecimento de propriedade privada, promovida nos termos do disposto no artigo 15.º da Lei n.º 54/2005.

conforme estabelecido no normativo citado no ponto 2.2. da presente informação, bem como no n.º 2 do artigo 21.º da Lei n.º 54/2005, autorização esta a emitir em conformidade com o disposto no artigo 37.º do RJUE.

6. Não podemos, no entanto, esquecer que a aplicação do Direito não se confina à subsunção meramente literal/positivista das normas, mas deve antes obedecer a um cuidado e apurado exercício que, partindo do caso concreto, procure garantir, no seu resultado final, a aplicação da solução mais próxima da teleologia da norma, do fim que através dela pretende alcançar-se.

7. Conscientes disto mesmo não podemos, por isso, ignorar os específicos circunstancialismos que aqui nos são dados a analisar e que se prendem com o facto de o PDM do Porto, actualmente em vigor, representar como sendo a área de jurisdição da APDL uma área totalmente distinta daquela que resultaria da mera aplicação do que se encontra estatuído no Decreto-lei n.º 335/98, de 3 de Novembro.

b) Da efectiva área de jurisdição da APDL

8. A questão que, em face do exposto, iremos agora ponderar será, portanto, a de saber qual deve ser considerada a área de jurisdição da APDL:

- a) se a faixa de 50 m contados a partir da linha limite do leito do Rio Douro, “desde 200m a montante da ponte de D. Luís I até à Foz”, pela aplicação conjugada de uma interpretação literal do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 468/71, de 5 de Novembro⁴ com o artigo 2.º do Decreto-lei n.º 335/98, de 3 de Novembro ou
- b) se apenas a área delimitada na Planta de Condicionantes do PDM como sendo a área de jurisdição daquela entidade.

9. Iniciando, novamente, a abordagem a esta questão de uma perspectiva meramente positivista, poderíamos ser tentados a concluir, sem mais, que a Planta de Condicionantes de um Plano Director Municipal não pode sobrepor-se ou alterar a área de jurisdição legalmente fixada para a APDL.

⁴ Na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 16/2003, de 4 de Junho, em vigor no momento da aprovação do PDM do Porto.

10. Com efeito, ao estabelecer que a Planta de Condicionantes do Plano deve limitar-se a “*identificar as servidões e restrições de utilidade pública em vigor que possam constituir limitações ou impedimentos a qualquer forma específica de aproveitamento.*”⁵ o legislador parece pretender afirmar que a Planta de Condicionantes do Plano deve limitar-se a ser um local onde se aglomeram – sem se alterarem ou adaptarem – todas as *limitações ou impedimentos a qualquer forma específica de aproveitamento* estabelecidas nas diferentes legislações dispersas que vão sendo publicadas, sem qualquer possibilidade de conformação à realidade concreta que o Plano pretende regular.

11. Analisando, todavia, o procedimento de elaboração dos planos directores municipais julgamos que esta afirmação não poderá deixar de ser questionada em face do facto de o plano director municipal ser o resultado de um procedimento concertado e articulado entre diferentes entidades.

12. Com efeito, e como é sabido a formação dos planos resulta de um processo de “*colaboração e de uma concertação entre vários órgãos da administração directa do Estado, da administração indirecta do Estado e da administração local, cujas competências incidam sobre o território a abranger por eles*”⁶.

13. Uma das manifestações desta concertação é a criação de *organismos de acompanhamento* da elaboração dos planos.

14. Ora, a Comissão Técnica de Acompanhamento do processo de revisão do PDM do Porto foi constituída ainda ao abrigo do disposto no artigo 6.º do Decreto-lei n.º 69/90, tendo, por isso, por funções, entre outros “*facilitar o estabelecimento de consensos*” e “*promover a aplicação das disposições legais e regulamentares vigentes e dos princípios gerais de disciplina urbanística e de ordenamento do território*”.

⁵ Cfr. artigo 86.º do Decreto-lei n.º Decreto-lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro.

⁶ in ALVES CORREIA, Fernando, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p. 266. Sem prejuízo de a concretização deste procedimento de colaboração e concertação vir assumindo configurações e manifestações distintas ao longo da evolução legislativa, certo é que já o Decreto-lei n.º 560/71, de 17 de Dezembro previa o acompanhamento da elaboração dos planos gerais de urbanização.

15. Esta Comissão Técnica era constituída, entre outras entidades, pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte e pela própria APDL.

16. Foi no âmbito de tal Comissão que a APDL, chamada a pronunciar-se sobre a forma como deveria ser representada a sua área de jurisdição, se pronunciou afirmando, através do Presidente do seu Conselho de Administração, que, não obstante as áreas legalmente fixadas, ***“bem cedo se reconheceu que esta disciplina normativa era manifestamente desajustada à realidade local em face do património edificado, muito dele centenário. Consequentemente, existe uma longa prática consuetudinária harmonizante dos superiores interesses e competências do Município portuense e da APDL é consistente em considerar a área da jurisdição da APDL tão só até à guia do passeio da faixa rodoviária do lado da água, assim e logicamente ficando reconhecida ao Município competência exclusiva desde essa guia para o interior. Porque a aludida prática consuetudinária tem provado bem, entende-se que deve continuar.”***

17. Ora, perante toda esta factualidade, a questão que aqui importa esclarecer será a de saber se, não obstante todos estes factos, a área de jurisdição da APDL constante da Planta de Condicionantes do PDM do Porto deve considerar-se como uma área não representada, porque ilegal em face do que se encontra estatuído na legislação por nós invocada na alínea a) do ponto 8 do presente parecer, ou se deverá ser outra a interpretação a efectuar de tal delimitação.

b) Da delimitação do domínio público hídrico e da área de jurisdição da APDL

18. Da mera leitura do disposto actualmente na Lei n.º 54/2005 – e anteriormente no Decreto-lei n.º 468/71 – parece ressaltar que o carácter dominial dos terrenos conexions com um determinado conjunto de categorias de águas públicas resulta automaticamente da previsão legal.

19. No entanto, nem a doutrina nem a jurisprudência prosseguem uma interpretação tão imediatamente literal destas normas.

20. Com efeito, o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade, “*por violação do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, das normas dos artigos 3.º, n.º 2, e 5.º do Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, quando interpretados no sentido de que a mera classificação de certos bens como do domínio público implica a sua automática transferência para tal domínio, independentemente de justa indemnização*”⁷.

21. Afirma, desde logo, este Tribunal que “*pode duvidar-se de que o entendimento referido se compagine perfeitamente com o teor literal do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 468/71*”, invocando, para sustentar esta dúvida, o Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Janeiro de 1935⁸, em que se escreveu que as disposições do Decreto n.º 12445, de 29 de Setembro de 1926, “*são somente para efeitos de fiscalização dos serviços hidráulicos e não de expropriação (...) e tiveram em vista proteger e não prejudicar os legítimos direitos dos proprietários*”, isto é, “*que as margens das correntes das águas navegáveis ou flutuáveis podiam constituir propriedade privada, caso em que o seu ingresso no domínio público dependia de expropriação ou de outro título legítimo de aquisição do direito de propriedade por parte do Estado*”.

22. Mais afirma, o Tribunal Constitucional que da dimensão do direito de propriedade consagrado no artigo 62.º da Constituição 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 com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização*” e, conseqüentemente, seriam inconstitucionais as normas aqui em apreço se interpretadas no sentido de preverem uma automática transferência da propriedade para o domínio público, apenas com base na classificação de certos bens, pelo preenchimento das previsões legais para tanto, e sem pagamento de “*justa indemnização*”.

23. Esta conclusão pela inconstitucionalidade dos artigos aqui em apreço interpretados como determinando uma integração automática de bens privados no domínio público

⁷ Cfr. Acórdão n.º 353/04, do Tribunal Constitucional, emitido a 19 de Maio de 2004, no âmbito do processo n.º 567/03.

⁸ Publicado na *Revista dos Tribunais*, Ano 53º, n.º 1251, págs. 35-36.

vai beber à doutrina perfilhada por MARCELLO CAETANO, de acordo com o qual, “*para que os leitos e as margens das águas do mar se possam considerar efectivamente incluídos no domínio público do Estado não basta que a lei assim o declare em abstracto: é necessário, em concreto, que esses terrenos pertençam em propriedade ao Estado, como reconhece o artigo 5.º n.º 1 do Decreto-lei n.º 468/71*”⁹

24. Em esclarecimento desta afirmação, recorda o Ilustre Professor que “*foi o Decreto de 31 de Dezembro de 1864 que declarou pela primeira vez no direito português a dominialidade dos leitos e margens*”.

25. Compreende-se, por isso, que tanto o artigo 8.º do Decreto-lei n.º 468/71, como, actualmente, o artigo 15.º da Lei n.º 54/2005, obriguem a remontar a 1864 a prova da natureza privada dos leitos e margens das águas públicas.

26. Consagra-se, portanto, “*o princípio do reconhecimento da propriedade privada sobre bens incluídos na faixa dominial, desde que já tivessem natureza particular quando as leis dominializaram a respectiva categoria abstracta*”¹⁰.

27. Salienda, todavia, o mesmo Professor que “*o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos ou margens públicos surge habitualmente a propósito de **processos de delimitação.***”

28. Com efeito, o artigo 10.º do Decreto-lei n.º 468/71, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 16/2003, de 4 de Junho (em vigor no momento da aprovação do PDM do Porto) estabelecia que “*a delimitação dos leitos e margens dominiais confinantes com terrenos de outra natureza compete ao Estado, que a ele procederá oficiosamente, quando necessário, ou a requerimento dos interessados*”

29. No entanto, e ao contrário do que sucede actualmente com o disposto no Decreto-lei n.º 353/2007, as regras sobre o procedimento de delimitação encontravam-se pouco densificadas, apenas se estabelecendo os deveres de:

- a) das comissões de delimitação fazerem parte “*representantes dos proprietários dos terrenos confinantes com os leitos ou margens dominiais a delimitar*”;

⁹ in CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1980, p. 901.

¹⁰ *idem*, p. 903.

- b) a delimitação ser homologada “*pelos Ministros da Justiça e da Marinha*” e publicada “*no Diário do Governo*”

30. A interpretação da norma assim consagrada – e que se manteve inalterada desde 1971 até à data da entrada em vigor da Lei n.º 54/2005 – não pode, porém, deixar de ser objecto de uma interpretação actualista, em face de todo um conjunto de legislação entretanto entrada em vigor e através da qual se vem demonstrando a intenção do legislador de prever a possibilidade de, no âmbito dos processos de elaboração ou revisão dos planos municipais de ordenamento do território, poder proceder-se à delimitação do regime hídrico¹¹.

31. Compreende-se que assim seja: com efeito, o procedimento de elaboração ou de revisão de um plano director municipal é um dos procedimentos mais participados e concertados no âmbito da elaboração dos instrumentos de gestão territorial, na medida em que aí convergem e são chamados a pronunciar-se e articular-se todos os diferentes interesses públicos que possam ter expressão na carta que, produzindo efeitos directos e imediatos na esfera jurídica dos particulares, sustentará toda a gestão urbanística de um determinado Município.

32. E o que assim se afirma adquire maior evidência se recordarmos que o PDM do Porto foi ainda aprovado durante a vigência do Decreto-lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, na sua versão original, o que corresponde a afirmar que a ratificação, pelo Governo, do PDM, era obrigatória e correspondia, conforme resultava do artigo 80.º, então em vigor, ao reconhecimento, pelo Governo “da sua conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes”.

33. Pretende-se, em face de tudo o exposto demonstrar como o facto de a delimitação da área de jurisdição da APDL constante da Planta de Condicionantes do PDM não coincidir com as “*margens do Rio Douro*” tal como definidas através da letra da lei não corresponde a qualquer lapso no âmbito do procedimento de revisão do Plano, mas

¹¹ Refira-se, a título de exemplo, o Decreto-lei n.º 364/98, de 21 de Novembro, que determina que devem ser os Municípios, através dos seus planos, a “*elaborar uma carta de zonas inundáveis, que demarque, no interior dos perímetros urbanos, as áreas atingidas pela maior cheia conhecida*”, mediante parecer das direcções regionais do ambiente.

resulta antes de uma intenção expressamente manifestada pela APDL e homologada tanto pela CCDR, como pelos Ministérios competentes¹².

34. Ora, se no âmbito de um processo tão participado e concertado como é o da revisão do PDM:

- a) a entidade com jurisdição sobre o domínio público hídrico manifesta expressamente a sua decisão de considerar que o interesse público que fundamenta a dominialidade hídrica apenas existe “*até à guia do passeio da faixa rodoviária do lado da água*”;
- b) as demais entidades com competências específicas relativamente ao domínio hídrico, e que deveriam pronunciar-se no âmbito de um concreto processo de delimitação, aderem a este entendimento, ratificando um Plano que contém peças gráficas com uma nova delimitação da área de jurisdição daquela entidade, e, através de tal ratificação, vinculando-se a um “*reconhecimento da sua conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes*”;
- c) o Plano revisto é ratificado em Conselho de Ministros e publicado em Diário da República,

35. estão observadas, no âmbito do processo de revisão, todos os procedimentos e diligências a que deveria obedecer um concreto acto de delimitação do domínio público hídrico¹³.

36. Aliás, em face da informação emitida pela ADPL e homologada (ainda que tacitamente) pelas demais entidades que participaram no processo de revisão do PDM, manter o carácter dominial das áreas relativamente às quais, de acordo com a

¹² Saliente-se a este propósito a forma como o Ministério do Ambiente foi especialmente chamado a analisar o PDM do Porto, no âmbito do seu processo de revisão, devido às dúvidas colocadas, já em sede de ratificação do Plano, sobre a competência do INAG para emitir parecer nesse momento. Em face desta questão, o Ministério do Ambiente não teve quaisquer dúvidas em concluir que as questões relacionadas com o domínio hídrico se encontravam já devidamente acauteladas pelo Plano, o que reforça a sua homologação da delimitação da área de jurisdição da APDL.

¹³ E contra isto julgamos não poder afirmar-se que no âmbito deste procedimento não participaram os “*representantes dos proprietários dos terrenos confinantes com os leitos ou margens dominiais a delimitar*”, tal como previsto no Decreto-lei n.º 468/71, não apenas porque no âmbito do procedimento do PDM existe uma forte componente de participação pública – realçada, aliás, no processo de revisão do PDM do Porto, em que existiram três discussões públicas -, mas também porque sendo esta delimitação favorável aos proprietários nunca tais proprietários viriam opor-se a esta delimitação.

APDL, não havia já qualquer interesse público a acautelar, seria por si só expropriativo, na medida em que obrigaria proprietários com prédios registados em seu nome a fazer prova de propriedade sob pena de dominialização dos seus terrenos, sem que a tal dominialização estivesse subjacente qualquer interesse público¹⁴.

37. Pretendemos assim demonstrar, com tudo o exposto, que **a ratificação da revisão do PDM do Porto tem insita uma delimitação do domínio público hídrico, nos termos e com os efeitos previstos no artigo 10.º do Decreto-lei n.º 468/71.**

38. O mesmo é dizer que, através da ratificação do Plano, a APDL, a CCDR, o Ministério do Ambiente e as demais entidades com competência na matéria reconheceram inequivocamente que as áreas localizadas entre a guia do passeio da faixa rodoviária do lado da água e os 50 metros contados do leito do Rio Douro, até 200 metros a montante da ponte D. Luís I, são propriedade privada, pelo que não lhes é aplicável qualquer uma das regras estabelecidas actualmente para o domínio público hídrico¹⁵.

39. E o que assim afirmamos para a delimitação do domínio público hídrico julgamos dever aplicar-se, *mutatis mutandi*, para a delimitação da área de jurisdição da APDL.

40. Não deixamos de reconhecer que, mais uma vez uma interpretação positivista do regime de que aqui tratamos, poderia pretender defender que o facto de ser aprovada uma delimitação do domínio público hídrico não tem por consequência a redução da

¹⁴ Note-se aliás, a este propósito, como as áreas aqui em apreço não só não estão já intimamente conexas com o próprio leito do rio, como nem sequer existe, relativamente a elas, qualquer ameaça de cheia.

¹⁵ Cumpre-nos esclarecer, a este propósito, que a conclusão que assim alcançamos não se confunde com a afirmação de que no âmbito do procedimento de elaboração ou revisão dos planos municipais a pronúncia das entidades que integram as comissões de acompanhamento relativamente às opções do plano correspondem a verdadeiras co-decisões que vinculam essas mesmas entidades e substituem os actos que teriam que adoptar, designadamente relativamente a alterações de instrumentos de gestão territorial de hierarquia superior. Não é relativamente a esta questão, controversa na doutrina, que aqui tomamos posição. O que aqui afirmamos é tão só que, a propósito do procedimento de revisão do PDM, as entidades da Administração Central com competência para o efeito, promoveram uma delimitação do domínio público hídrico, mediante proposta expressa da APDL e homologada – ainda que implicitamente - pelas demais entidades com competência na matéria. Estamos, portanto, aqui perante a prática de um acto administrativo distinto de qualquer acto a praticar no âmbito do procedimento de revisão do PDM, mas cuja formação foi ocorrendo por, motivos de simplificação e desburocratização, através do aproveitamento das diligências que foram sendo promovidas no âmbito do referido procedimento.

área de jurisdição da APDL, na medida em que a noção de margem, tal como se encontra legalmente definida não se encontra prejudicada pelo carácter privado dos terrenos sobre a qual se implanta, e que, além do mais, a alteração da área de jurisdição da APDL deveria obedecer ao disposto no n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 335/98, de 3 de Novembro.

41. No entanto, ainda que assim se defendesse não poderíamos deixar de considerar a posição adoptada pela APDL, no âmbito do processo de revisão do PDM, como uma **“autorização antecipada e geral”**.

42. Isto é, ao afirmar que não seria necessária a sua pronúncia relativamente a todas as operações urbanísticas promovidas nas áreas de terreno que se encontrassem fora dos limites por si indicados, a APDL emitiu uma autorização antecipada para todas as intervenções a promover numa área bem determinada - a área da margem do Rio Douro situada fora da área delimitada na Planta de Condicionantes do PDM como sendo da jurisdição da APDL, e conseqüentemente fora do domínio público -, concluindo-se por isso que **a APDL já autorizou todos os pedidos que venham a ser apresentados para tal área no Município do Porto.**

43. Outra não poderá ser a interpretação a dar à afirmação proferida no Ofício remetido à CCDR pela APDL, no âmbito do processo de revisão do PDM, onde se afirma que *“fica reconhecida ao Município competência exclusiva desde essa guia para o interior”*, afirmação esta homologada pela CCDR e ratificada pelo próprio Governo.

44. E não poderá ser outra a interpretação a efectuar de toda esta factualidade não apenas sob pena de colocar-se em causa a presunção de legalidade que impende sobre toda a actuação administrativa, e designadamente sobre a pronúncia da APDL no âmbito do processo de revisão do Plano, ou sob pena de esvaziamento de conteúdo dos fundamentos que estiveram na base da delimitação, pela APDL, da sua área de jurisdição no âmbito do processo de revisão do PDM, mas sobretudo porque uma interpretação distinta da que vimos de promover seria contrária aos mais elementares princípios de direito.

45. Com efeito, não podemos deixar de salientar que a questão que aqui analisamos não se coloca apenas relativamente à área objecto do presente parecer, mas estende-se a toda a faixa dos 50 metros contados a partir da linha limite do leito do Rio Douro, “desde 200m a montante da ponte de D. Luís I até à Foz”, que se encontrem fora da área de jurisdição da APDL, tal como esta entidade determinou que ficasse demarcada no PDM.

46. Ora, defender uma interpretação contrária à que aqui vimos de expender teria como consequência considerar que toda essa longa mancha de terrenos, caracterizada por um carácter indiscutivelmente urbano, em que as edificações há muito se encontram consolidadas, sendo comercializadas ao longo de décadas sem qualquer oposição da APDL, é na verdade domínio público e todas as edificações nela promovidas são nulas e de nenhum efeito, salvo se os proprietários, conseguirem provar, através da respectiva acção de reconhecimento da propriedade, que estes terrenos são propriedade privada desde data anterior a 1864.

47. O resultado de uma interpretação assim promovida, longe de conduzir a uma solução próxima da teleologia das normas aqui em apreço, seria, por um lado, esvaziada de qualquer sentido, na medida em que, conforme já o reconheceu expressamente a entidade com competência na matéria, não há qualquer interesse público a acautelar naquela área e, por outro lado, seria violador dos mais elementares princípios do Direito na medida em que violaria:

- a) o princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão, por colocar em causa os interesses públicos e privados inerentes às construções promovidas naquela área, com a legítima convicção da sua legalidade, sem que tal facto tenha por contraposição a prossecução de qualquer interesse público – na medida em que a própria entidade que tutela o interesse público aqui em apreço reconheceu já que tal interesse não estaria aqui em causa;
- b) o princípio da boa fé, uma vez que nunca a APDL, a CCDR ou qualquer outra entidade com competência na matéria actuaram como entidades de jurisdição fora da área delimitada no PDM como sendo a área de jurisdição da APDL.

Assim sendo, e em síntese, julgamos pode retirar de tudo o exposto, as seguintes

Conclusões

1. O regime do domínio hídrico, actualmente consagrado nas Leis n.º 54/2005, de 15 de Novembro e 58/2005, de 29 de Dezembro, estabelece que:

1.1. constituem domínio hídrico, entre outras, as margens dos cursos de água navegáveis ou flutuáveis, considerando-se ser “*margem*” a faixa de terreno contígua ou sobranceira à linha que limita o leito das águas com uma largura de 50 ou 30 metros, conforme o respectivo curso de água esteja ou não sujeito a jurisdição das autoridades marítimas e portuárias;

1.2. o domínio hídrico pode ser público ou privado;

1.3. a prova da natureza privada das margens deverá ser efectuada através de acção judicial de reconhecimento da propriedade privada, através da qual se prove documentalmente que os terrenos em causa eram, por título legítimo, objecto de propriedade particular ou comum antes de 31 de Dezembro de 1864;

1.4. qualquer intervenção urbanística no domínio hídrico carece de prévia anuência da entidade com jurisdição sobre tal domínio, sendo que:

1.2.1. relativamente ao domínio público hídrico essa anuência concretiza-se através da atribuição de licença ou concessão do direito de utilização privativa;

1.2.2. relativamente ao domínio privado essa anuência concretiza-se através de autorização prévia;

2. Nos termos do disposto no Decreto-lei n.º 335/98, o Rio Douro e respectivas margens, numa faixa de 200 metros a montante da Ponte D. Luís I até à foz, encontram-se sob a jurisdição da Administração dos Portos do Douro e Leixões (APDL), pelo que, por aplicação da regra citada no anterior ponto 1.1., a sua margem é de 50 metros.

3. Sucede, todavia, que consultada a Planta de Condicionantes do PDM do Porto actualmente em vigor se constata que em tal planta a delimitação da área de jurisdição da APDL se circunscreve à faixa contígua ao leito até à guia do passeio da faixa rodoviária do lado da água, ficando, por isso, muito aquém dos referidos 50 metros.

4. A delimitação assim constante da Planta de Condicionantes do PDM do Porto tem por fundamento a posição expressamente assumida pela APDL que, no âmbito do procedimento de revisão do plano, se pronunciou, através do seu Presidente, nos seguintes termos:

“bem cedo se reconheceu que a disciplina normativa (constante da mera aplicação positivista do regime do domínio hídrico) era manifestamente desajustada à realidade local em face do património edificado, muito dele centenário. Consequentemente, existe uma longa prática consuetudinária harmonizante dos superiores interesses e competências do Município portuense e da APDL é consistente em considerar a área da jurisdição da APDL tão só até à guia do passeio da faixa rodoviária do lado da água, assim e logicamente ficando reconhecida ao Município competência exclusiva desde essa guia para o interior. Porque a aludida prática consuetudinária tem provado bem, entende-se que deve continuar.”

5. Em face desta factualidade e chamados a pronunciarmo-nos sobre a legalidade da delimitação assim promovida pela APDL concluímos pela sua validade, porquanto:

5.1. esta delimitação, promovida pela APDL, homologada pela DRAOT e por Conselho de Ministros e publicada em Diário da República - através de um procedimento que correu a sua tramitação por aproveitamento das diligências que foram sendo efectuadas no âmbito do processo de revisão do PDM – corresponde à **delimitação do domínio público** prevista no artigo 10.º do Decreto-lei n.º 468/71, de 5 de Novembro¹⁶:

- com efeito, e conforme vêm salientando tanto a doutrina como a própria jurisprudência constitucional, os limites quantitativos fixados por lei para o domínio público hídrico não correspondem a uma integração automática dos terrenos inseridos dentro de tais limites no domínio público,
- pelo contrário, a própria lei prevê a possibilidade de se efectuar o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos ou margens presumivelmente públicos,
- sendo que, conforme ensina o Prof. Marcello Caetano, *“o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos ou margens públicos surge habitualmente a propósito de **processos de delimitação**”*;

¹⁶ Diploma então em vigor.

- ao contrário do que sucede actualmente com o disposto no Decreto-lei n.º 353/2007, as regras sobre o procedimento de delimitação do domínio público hídrico ao abrigo do Decreto-lei n.º 468/71, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 16/2003, limitavam-se estabelecer os deveres de das comissões de delimitação fazerem parte “*representantes dos proprietários dos terrenos confinantes com os leitos ou margens dominiais a delimitar*” e de a delimitação ser homologada “*pelos Ministros da Justiça e da Marinha*” e publicada “*no Diário do Governo*”;
- considerando que no âmbito do processo de revisão do PDM a delimitação indicada pela APDL foi homologada por Conselho de Ministros, objecto de três discussões publicadas e publicada em Diário da República, estão reunidas as condições para que se conclua que o acto de ratificação do PDM pelo Conselho de Ministros teve implícita a prática do acto de delimitação do domínio público hídrico sob jurisdição da APDL;
- o mesmo é dizer que todas as entidades com competência para se pronunciarem sobre o reconhecimento da natureza privada dos terrenos situados dentro da faixa de 50 metros contados do leito do Rio Douro, desde 200 metros a montante da Ponte D. Luís I até à Foz, mas para além da guia da faixa rodoviária do lado da água, concordaram com tal delimitação;
- o que faz concluir que todos esses terrenos se encontram integrados não no domínio hídrico público mas no domínio hídrico privado.

5.1. a afirmação pela APDL de que na sua área de jurisdição, para além da guia da faixa rodoviária do lado da água, o Município seria a entidade com “*competência exclusiva*” para promover o licenciamento das intervenções urbanísticas aí promovidas, corresponde a uma **autorização prévia e geral** para todas essas operações, sustentada na constatação de que é inexistente em tais áreas o interesse público que justificaria a sua intervenção.

6. Mais salientamos que outra não poderá ser a interpretação a efectuar de toda esta factualidade não apenas sob pena de colocar-se em causa a presunção de legalidade que impende sobre toda a actuação administrativa, e designadamente sobre a pronúncia da APDL no âmbito do processo de revisão do Plano, ou sob pena de esvaziamento de conteúdo dos fundamentos que estiveram na base da delimitação,

pela APDL, da sua área de jurisdição no âmbito do processo de revisão do PDM, mas sobretudo porque uma interpretação distinta da que vimos de promover violaria:

- a) o princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão, por colocar em causa os interesses públicos e privados inerentes às construções promovidas naquela área, com a legítima convicção da sua legalidade, sem que tal facto tenha por contraposição a prossecução de qualquer interesse público – na medida em que a própria entidade que tutela o interesse público aqui em apreço reconheceu já que tal interesse não estaria aqui em causa;
- b) o princípio da boa fé, uma vez que nunca a APDL, a CCDR ou qualquer outra entidade com competência na matéria actuaram como entidades de jurisdição fora da área delimitada no PDM como sendo a área de jurisdição da APDL.

7. Tudo o exposto nos impõe, portanto, que concluamos que qualquer operação urbanística a realizar na margem do Rio Douro que se integra na área de jurisdição da APDL deve considerar-se:

- 7.1. promovida em domínio hídrico privado, em conformidade com a delimitação do domínio público hídrico efectuada pela APDL e homologada pelo Conselho de Ministros;
- 7.2. já autorizada pela APDL através do acto praticado pelo seu Presidente no âmbito do processo de revisão do PDM.

Este é, s.m.o., o nosso parecer.

À consideração superior,

A Consultora Jurídica

(Ana Leite)