

Era uma vez a capacidade de construir... E a “justa” indemnização!

Acórdão Excecional de Revista do Supremo Tribunal Administrativo de 05-11-2013

PLANO DE ORDENAMENTO – REVISÃO - INDEMNIZAÇÃO POR SACRIFÍCIO

I – O art. 143º, n.º 3, do RJIGT não é infiel à lei de bases (a Lei n.º 49/98, de 11/8), não padecendo das correspondentes ilegalidade e inconstitucionalidade orgânica.

II – Essa norma, ao exigir um «licenciamento prévio válido», não ofende o «princípio democrático» ou o princípio constitucional da igualdade.

III – As possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem aos respectivos «domini» um «jus aedificandi», ao menos «in actu», mas uma simples expectativa jurídica.

IV – Por isso, a eliminação posterior dessas possibilidades, fruto da revisão do plano, não corresponde a uma expropriação de sacrifício, susceptível de indemnização à luz do art. 62º, n.º 2, da CRP.

V – O art. 9º do DL n.º 48.051 não representava um instituto jurídico subsidiário, apto a conferir uma indemnização já negada pela lei directamente aplicável.

VI – Aliás, o risco que uma zona enfrenta devido ao avanço do mar sempre excluiria que a sujeição do local a restrições edificativas constituísse, para os respectivos «domini», um prejuízo especial e anormal.

Acordam na 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo:

O Estado Português, representado pelo MºPº, interpôs a presente revista do aresto do TCA-Sul que, revogando o saneador-sentença absolutório do TAF de Leiria, considerou que a autora A....., Ld.ª, tem o direito de indemnização que invocou na acção condenatória que propôs contra o Estado, pelo que os autos deviam baixar à 1.ª instância para «determinação do montante dos prejuízos a indemnizar».

O recorrente terminou a sua alegação de recurso oferecendo as seguintes conclusões:

A) Na presente acção, como em outras possíveis acções que venham a ser interpostas com o mesmo fundamento, está-se, perante a questão de saber se os requisitos do disposto no n.º 3 do art. 143º do RJIGT, como decorre do texto da lei e tendo em conta o seu elemento literal e o disposto no art. 9º n.º 2 do CC, são de verificação cumulativa, como o entendeu a sentença de 1.ª instância ou disjuntiva, como entendeu o Acórdão ora recorrido. B) Tal questão, pela sua controvérsia e eventual futura expansão reveste-se de importância fundamental pela sua relevância jurídica e clara necessidade de melhor aplicação do direito, motivo pelo qual se justifica, salvo melhor opinião, uma reapreciação excepcional por esse Venerando Tribunal, de acordo com o art. 150º n.º 1 do CPTA.

C) O Acórdão, ora recorrido, que revogou a sentença de 1.ª instância, seguindo de perto a sua fundamentação de facto, considerando que tais requisitos eram disjuntivos, decidiu, em resumo, que: por aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2001, que “sujeitou a medidas preventivas as áreas definidas nas plantas anexas” à resolução em causa e, posteriormente, pela aprovação do Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) de Alcobaça - Mafra, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2002, de 17 de Janeiro, que classificou o terreno da autora como “Faixa de Risco”, ficou aquela impedida de exercer a referida possibilidade objectiva de aproveitamento do solo, designadamente a possibilidade de nele construir.”

D) Mais concluindo que: “a subtracção do “ius aedificandi”, naquelas condições, violando a protecção da confiança legítima que a autora depositara na manutenção dos efeitos do plano, constituiu, como acima se viu, uma expropriação de sacrifício ou substancial, a carecer de ser ressarcida através do mecanismo indemnizatório previsto no art. 143º n.º 3 do RJIGT, pelo que, ao considerar não estarem preenchidos os requisitos daquele direito à indemnização, o despacho saneador-sentença incorreu em erro de julgamento e, como tal, não pode manter-se.».

E) Todavia, do elemento literal do disposto no n.º 3 do art. 143º do RJIGT, não se vê, salvo o devido respeito por opinião contrária, que o segundo requisito se possa considerar disjuntivo relativamente ao primeiro, já que, da simples leitura do mesmo preceito, o segundo requisito resulta como consequência do primeiro e como tal é cumulativo daquele.

F) Na verdade, se o legislador tivesse pretendido que aqueles dois requisitos fossem disjuntivos certamente o teria evidenciado, separando-os por um “ou”, ou dividindo-os em duas alíneas.

G) Não o tendo feito, que “não possa ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (art. 9º n.º 2 do CC), pelo que os dois referidos requisitos se tenham de considerar como cumulativos.

H) Se assim não fosse, aquele preceito do art. 143º do RJIGT iria contrariar o próprio art. 18º n.º 2 da LBPOTU (Lei n.º 48/98 de 11/08), onde se estipula a necessidade, para haver dever de indemnizar, de existirem direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados.

I) Como se refere na sentença de 1.^a instância, “não é pelo simples facto de um PDM referir que determinado terreno se situa em área urbanizável que se pode concluir, por si só, que o seu proprietário tem direito a edificar no referido local. Ou seja, não estamos perante uma situação que possa ser considerada juridicamente consolidada...”

J) Como ensina Fernando Alves Correia, na obra atrás mencionada e para o caso que nos importa: “O elemento textual do n.º 3 do artigo 143.º não deixa quaisquer dúvidas quanto à exigência de dois requisitos para a indemnização das restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de alteração, revisão ou suspensão dos planos municipais (e isto pressupondo, como determina o n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (...). De acordo com a interpretação que vem sendo avançada dos n.ºs 3 e 5 do artigo 143.º do RJIGT estão excluídos do dever de indemnização: a) Os danos resultantes da subtracção ou da diminuição de uma modalidade de utilização do solo conferida por um plano municipal, por efeito da alteração, revisão ou suspensão deste, ainda que estas ocorram dentro do prazo de cinco anos após a sua entrada em vigor, se o proprietário não for detentor de uma licença ou de uma comunicação prévia válida.

L) No caso da Autora, conforme facto dado como provado, havia sido indeferido o projecto de arquitectura para o terreno em causa, indeferimento esse com fundamento em factos que nada tinham a ver com as “medidas preventivas”, como seja a “área de construção” e as “características envolventes”.

M) Pelo que, em face dos factos dados como provados, se é certo que a Autora reunia o primeiro dos requisitos do n.º 3 do art. 143.º do RJIGT, já não reunia o segundo, por inexistir qualquer licenciamento válido para o terreno em causa.

N) Não se podendo, pois, dizer, como o faz o Acórdão recorrido, em adopção do conceito de que os mencionados requisitos do n.º 3 daquela disposição legal eram disjuntivos, que “a subtracção do “jus aedificandi”, naquelas condições, violando a protecção da confiança legítima que a Autora depositara na manutenção dos efeitos do plano, constituiu (...) uma expropriação de sacrifício ou substancial, a carecer de ser ressarcida através do mecanismo indemnizatório previsto no artigo 143.º n.º 3 do RJIGT (...)”.

O) Pois, como afirma Cláudio Monteiro, in “Cadernos de Justiça Administrativa” n.º 91, pág. 14 e seg., a propósito do art. 143.º do RJIGT: «na solução preconizada por esta disposição legal só se pode falar em “restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação”, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, quando o plano determine a caducidade ou alteração de um licenciamento válido anterior. Só nestes casos, portanto, é que existirá um sacrifício indemnizável das faculdades urbanísticas do proprietário do terreno afectado pela restrição, e consequentemente uma expropriação de sacrifício ou de valor protegida pela garantia expropriatória estabelecida no n.º 2 do art. 62.º da Constituição».

P) Também, no que se refere às restantes questões julgadas improcedentes pela sentença de 1.^a instância e sobre as quais o Acórdão recorrido já não se pronunciou, por as julgar prejudicadas pela solução dada, deverá tal improcedência ser mantida, pelos fundamentos exarados na sentença de 1.^a instância e nas alegações de recurso do M.^oP.^o, para este TCAS, que aqui se dão por integralmente reproduzidas.

Q) Pelo que o Acórdão ora em recurso deveria ter julgado totalmente improcedente o recurso da Autora e mantido a sentença proferida na 1.^a instância.

R) Ao assim não ter decidido, o Acórdão ora recorrido incorreu em vício de violação de lei, por errada interpretação e aplicação do n.º 3 do art. 143.º do RJIGT e do art. 9.º n.º 2 do CC.

Não houve contra-alegação.

A revista foi admitida pelo acórdão deste STA de fls. 335 e ss., da responsabilidade da formação a que alude o art. 150.º, n.º 5, do CPTA.

A matéria de facto pertinente é a dada como provada no acórdão «sub censura», a qual aqui damos por integralmente reproduzida – como ultimamente decorre do art. 713.º, n.º 6, do CPC anterior e aqui aplicável («ex vi» do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2013, de 26/6).

Passemos ao direito.

A autora e ora recorrida instaurou a acção dos autos para obter a condenação do Estado a indemnizá-la pela «expropriação de sacrifício» a que o réu a teria submetido ao incluir um seu terreno rústico – mas tido como urbanizável pelo Regulamento do PDM de Alcobaça – numa zona que o Regulamento do Plano de Ordenamento da Orla Costeira de Alcobaça-Mafra (doravante, POOC) veio, menos de cinco anos depois, qualificar como «faixa de risco» e onde proibiu quaisquer «obras de construção».

O TAF de Leiria julgou a acção improcedente no saneador em virtude do peticionado direito de indemnização não ter suporte legal – fosse nos arts. 18.º, n.º 2, da Lei n.º 48/98, de 11/8, e 143.º, n.º 3, do DL n.º 380/99, de 22/9 (o RJIGT), fosse no art. 9.º do DL n.º 48.051, de 21/11/1967.

A autora apelou, sustentando que o direito por si exercido era deduzível dessas duas fontes normativas. E o TCA-Sul, considerando que o Regulamento do PDM de Alcobaça conferia à autora «um verdadeiro direito urbanístico» de que ela – embora nunca tivesse sido «titular de qualquer licença» relativa ao dito terreno – não podia ser privada «durante

o prazo de 5 anos, sem indemnização», viu, na Resolução do Conselho de Ministros que aprovara o POOC, uma «expropriação de sacrifício» indemnizável nos termos do art. 143º, n.º 3, do RJIGT. Motivo por que o TCA revogou o saneador-sentença e impôs que os autos baixassem ao TAF para «determinação do montante dos prejuízos a indemnizar». Na presente revista, o Estado, representado pelo MºPº, pugna pela revogação do aresto «sub specie» por o caso da autora se não enquadrar completamente na hipótese daquele art. 143º, n.º 3, e não conduzir, por isso, ao «direito a indemnização» aí previsto. Com efeito, e embora não questione a presença dos demais requisitos do direito exercido, o Estado assinala que, «in casu», falta um: ter havido, a favor da autora, algum licenciamento relacionado com a aptidão urbanística alegadamente suprimida. Não há dúvida que o art. 143º do RJIGT constitui o parâmetro normativo imediato da atribuição de indemnizações do género. E, na resolução do problema presente, avultam os ns.º 2 e 3 desse artigo, que apresentam a seguinte redacção:

2 – São indemnizáveis as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação.

3 – As restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas conferem direito a indemnização quando a revisão ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

Portanto, o primeiro desses números confere, «in genere», um direito de indemnização a quem sofra «restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento» de um seu terreno. Mas acrescenta logo que o surgimento do direito requer a verificação cumulativa de três requisitos: (i) que essas «possibilidades objectivas de aproveitamento do solo» sejam «preexistentes» (às «restrições»); (ii) que as mesmas «possibilidades» estejam «juridicamente consolidadas» (aquando das «restrições»); (iii) e que as «restrições» correspondam a «efeitos equivalentes a uma expropriação».

Por seu turno, o n.º 3, que acima transcrevemos, ocupa-se de parte das «restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo» – a parte delas que resulte «da revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares». Tal «revisão» deve ser entendida «lato sensu», abrangendo também a «alteração» e a «suspensão» aludidas no art. 93º, n.º 1, do RJIGT; e, para os fins da norma, é indiferente que essa «revisão» ocorra «in situ» ou advenha da emergência de um plano com força jurídica superior. Sendo assim, o caso «sub judicio» reporta-se nitidamente a este n.º 3: pois o Regulamento do PDM de Alcobaça reconheceu à autora e aqui recorrida possibilidades objectivas de aproveitamento do seu terreno – as de nele edificar – que o Regulamento do POOC veio suprimir, proibindo-lhe aí «a realização de obras de construção» (art. 16º, n.º 1, desse diploma).

Mas o mesmo n.º 3 estabelece seguidamente dois requisitos para a existência do direito de indemnização; e é fácil ver que eles constituem um desdobramento explicativo de algo já ínsito no n.º 2. Assim, e por um lado, o n.º 3 diz que só têm alcance expropriativo e, portanto, indemnizatório as «restrições» («às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo») que resultem da «revisão dos instrumentos de gestão territorial» (dadores daquelas possibilidades) ocorrida «dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor». Passado esse período, a supressão das «possibilidades» entretanto não realizadas perde significado expropriativo, por dever triunfar o primado da flexibilidade dos planos.

Por outro lado, só há direito a indemnização se aquela «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial que autonomamente consagravam as agora restringidas possibilidades de aproveitamento do terreno) determinar «a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido». E esta exigência acresce, evidentemente, à anterior – como mostra o facto dela começar com um verbo no gerúndio, ou seja, dela se referir a uma acção que necessariamente acompanha o que atrás se dissera. Ademais, este outro requisito explicita que as «possibilidades juridicamente consolidadas», aludidas no n.º 2, são, afinal e tão só, as decorrentes de um qualquer «licenciamento prévio».

Perante isto, é imediatamente claro que o recorrente tem razão na fundamental crítica que dirige ao aresto recorrido. É que este, interpretando o art. 143º, n.º 3, do RJIGT de um modo gramaticalmente incorrecto, tomou o requisito começado pelo gerúndio como disjuncto do precedente – apesar de ser óbvio que eles são cumulativos; e, por via dessa interpretação inaceitável, o acórdão activou a favor da autora tal preceito – desprezando o facto dela não ter sequer alegado que, relativamente ao terreno em causa, obtivera algum licenciamento prévio, tendente a que nele viesse a edificar.

Todavia, a certeza de que o acórdão do TCA enveredou por um «iter» incorrecto para decidir ainda não chega para que concluamos que a sua decisão está errada – pois poderá estar certa «per accidens». É seguro que, exclusivamente à luz do art. 143º, n.º 3, do RJIGT – que, repitamo-lo, se apresenta como a regra jurídica imediata para resolver o assunto em presença – a autora carece do direito de indemnização que reclama. No entanto, ela sustentou nos seus articulados a ilegalidade e a inconstitucionalidade dessa norma, isto é, a sua desaplicação a fim de que o caso em apreço seja equacionado segundo diferentes parâmetros jurídicos. E, nos termos do art. 150º, n.º 3, do CPTA, importa aferir dessas objecções da autora a uma aplicação integral do art. 143º, n.º 3, do RJIGT.

Logo «in initio litis», a autora defendeu que este artigo deve ser interpretado e aplicado no sentido do «direito a indemnização» que prevê não estar dependente dum «licenciamento prévio válido»; pois ela acredita que, se assim não suceder, haverá de concluir-se que tal norma é ilegal, «por violação da lei de bases», ou inconstitucional, seja por ofensa do art. 165º, n.º 1, al. z), da CRP, seja por violação do «princípio democrático» (arts. 2º e 9º, al. d), da CRP), do princípio da igualdade e do art. 62º, n.º 2, da CRP.

Essas denunciadas ilegalidade e primeira inconstitucionalidade fundam-se na ideia de que o art. 143º do RJIGT é, no dito ponto, infiel à Lei n.º 49/98, de 11/8 – que estabeleceu «as bases da política de ordenamento do território e de urbanismo» (art. 1º, n.º 1) – e, «maxime», aos ns.º 2 e 3 do seu art. 18º.

O n.º 1 deste artigo alude aos «mecanismos equitativos de perequação compensatória», que não têm directamente a ver com o presente caso.

No seu n.º 2, o mesmo art. 18º estabelece que «existe o dever de indemnizar sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados nos termos do número anterior». E o n.º 3 desse art. 18º dispõe que «a lei define o prazo e as condições de exercício do direito à indemnização previsto no número anterior».

Apesar da indeterminação de vários conceitos que utiliza, o art. 18º, n.º 2, da Lei n.º 48/98 é estruturalmente claríssimo. Filia o «dever de indemnizar» nas «restrições» – trazidas por instrumentos de gestão territorial – àquilo que qualifica como «direitos de uso do solo». Para tanto, esses «direitos» devem ter duas características, cumulativas mas autónomas: serem «preexistentes» (aos «instrumentos» sobreditos) e estarem «juridicamente consolidadas». E o preceito acrescenta ainda que tais «restrições» só serão indemnizáveis se corresponderem a «efeitos equivalentes a expropriação».

Ora, tudo isto se harmoniza, no seu essencial, com o constante dos ns.º 2 e 3 do art. 143º do RJIGT, ressalvados os três pormenores que se seguem:

1 – Os «direitos de uso do solo», referidos na Lei n.º 49/98, passaram, no RJIGT, a ser identificados como «possibilidades objectivas de aproveitamento do solo». Mas esta diferença, que aliás representa um mero afinamento de conceitos benéfico para os particulares, não vem questionada pela autora.

2 – O RJIGT estatui que a «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial) relevante, para efeitos de haver «direito a indemnização», ocorre «dentro do período de cinco anos após a (...) entrada em vigor» desses instrumentos. Isso não constava da Lei n.º 49/98. Mas esta diferença, aliás explicável a partir do art. 18º, n.º 3, dessa lei, também não está questionada pela autora.

3 – O art. 143º, n.º 3, do RJIGT veio exigir, como dissemos, um «licenciamento prévio válido». É nesta exigência que a autora divisa a infidelidade do RJIGT relativamente à lei de bases. E importa apreciar imediatamente este assunto.

Já «supra» vimos que a expressão «licenciamento prévio válido» busca precisar e delimitar o que sejam as «possibilidades (...) juridicamente consolidadas» referidas no n.º 2 do artigo; e que estas, por sua vez, correspondem fielmente aos «direitos (...) juridicamente consolidados» que constam do art. 18º, n.º 2, da Lei n.º 49/98. Sendo as coisas assim, uma eventual infidelidade daquela lei de desenvolvimento relativamente à lei de bases haveria de se localizar nessa tentativa de delimitação e precisão. Mas, para que deveras existisse a inovação ou traição que a autora denuncia, seria indispensável que o legislador do RJIGT não estivesse mandatado para realizar tal tarefa. Ora, e como se evidencia no art. 18º, n.º 3, da Lei n.º 49/98, o legislador do RJIGT fora admitido pela Assembleia da República a definir «as condições de exercício do direito à indemnização previsto no artigo anterior». É óbvio que essas «condições de exercício do direito» eram, «in primis», os requisitos do direito, dos quais dependeria a sua própria emergência – e não somente a regulação do direito «in actu exercito», o que seria bem pouco e contrastaria com o modo vago, e por isso necessitado de uma determinação ulterior, como a Assembleia da República se exprimira. Donde se segue que o legislador do RJIGT podia perfeitamente afinar o requisito referente aos «direitos (...) juridicamente consolidados» por forma a que isso se traduzisse na prévia presença de um qualquer acto de «licenciamento».

Consequentemente, o art. 143º, n.º 3, do RJIGT não enferma da ilegalidade nem da inconstitucionalidade orgânica que a autora lhe atribuiu, não podendo ser desaplicado por causa disso.

E resta agora ver se o mesmo preceito legal, no segmento que nos importa – aquele que alude ao «licenciamento prévio válido» – sofre das inconstitucionalidades materiais também invocadas pela autora.

A primeira delas consiste na violação dos arts. 2º e 9º, al. d), da CRP, que a autora sintetizou numa «ofensa ao princípio democrático». Mas, entre essas normas – que definem a «República Portuguesa» e apontam programaticamente «tarefas fundamentais do Estado» – e o art. 143º, n.º 3, do RJIGT existe um hiato que os torna incomensuráveis. Assim, o raciocínio que a autora meramente esboçou para desenhar tal inconstitucionalidade sofre dum claríssimo «non sequitur», não sendo válido nem atendível. Não é, pois, por esta via que aquele segmento do art. 143º, n.º 3, do RJIGT pode ser desaplicado, por inconstitucionalidade.

A autora também considerou que a exigência «de um licenciamento prévio válido» é inconstitucional por ofensa do princípio da igualdade (art. 13º da CRP). Absteve-se, contudo, de explicar porquê. E não se vislumbra a razão desse segmento do art. 143º, n.º 3, do RJIGT violar tal princípio, posto que, sendo efectivamente desiguais, à partida, as situações dos que possuem tal «licenciamento» e as daqueles que o não possuem, justificado se torna que essa diferença redunde num tratamento desigual deles, «in fine». Portanto, ao diferenciar o que é

diferente, fazendo-o em termos que não são arbitrários, a parte ora em apreço do art. 143º, n.º 3, do RJIGT não feriu o princípio constitucional da igualdade.

Por último, a autora afirmou que a tal exigência de um «licenciamento prévio válido» envolve a recusa de a indemnizar pela «expropriação de sacrifício» a que foi sujeita pelo regulamento do POOC, o que ofende o disposto no art. 62º, n.º 2, da CRP. E esta denúncia já se mostra séria e requer uma complexa elucidação.

Em geral, as expropriações por utilidade pública acarretam uma ablação autoritária de direitos subjectivos privados referentes a imóveis, «maxime» o direito de propriedade, mas também direitos reais limitados e até, por extensão, direitos dos arrendatários. É, aliás, devido a esse seu objecto que os litígios sobre o «quantum» indemnizatório das expropriações correm tradicionalmente nos tribunais comuns. Sendo assim, a expropriação de sacrifício que a autora alegadamente sofreu há-de ter incidido sobre um seu direito subjectivo de índole privada ou sobre alguma faculdade inerente a um direito do género.

Foi, aliás, deste modo que a autora colocou o problema quando – no art. 50º da réplica – disse estar simplesmente em causa «o conteúdo do direito de propriedade antes e depois do POOC». E é claro que esse «conteúdo», porque referido à «potencialidade edificatória» (art. 25º da petição) que o PDM trouxera e o POOC suprimiu, corresponde propriamente ao «jus aedificandi» que teria temporariamente existido na esfera jurídica da autora.

Num sistema jurídico como o nosso, que fortemente condiciona as possibilidades de construção, é irrealista dizer-se que a mera dominialidade sobre um terreno inclui, ao menos «in actu», um «jus aedificandi» integrável no genérico poder de disposição do «dominus». No outro extremo, admite-se como incontroverso que exista um «jus aedificandi» após a emissão casuística da respectiva licença de construção – a qual, para além de incrementar a esfera jurídica privada do beneficiário, titula ainda um seu direito subjectivo público, exercitável contra a Administração.

Mas o que agora importa apurar é se há um «jus aedificandi» antes dessa licença. Pode suceder que a licença não crie deveras o «jus aedificandi» que revela, limitando-se a permitir o exercício de um direito de edificar já existente «ex ante» – fruto doutros factos constitutivos. E, no fundo, foi isto que a autora afirmou, pois entreviu o facto jurídico constitutivo desse suposto «jus aedificandi», eliminado pelo POOC, na previsão do PDM que conferira ao seu terreno aptidão construtiva.

Todavia, não cremos que a previsão meramente regulamentar, mesmo que detalhada, de que numa certa zona é admissível construir de um certo modo ou até determinados limites constitua de per si um título jurídico bastante para a criação, ou a actualização imediata, no património dos «domini» de um «jus aedificandi».

Não fora assim, e dada a possibilidade normal dos planos municipais serem revistos de três em três anos (art. 95º, n.º 1, do RJIGT), teríamos um direito de natureza real susceptível de surgir, desvanecer-se, ressurgir, voltar a desaparecer, «et caetera», consoante as revisões do plano – hipótese que brigaria com a natureza estável e absoluta dos direitos do género (arts. 1313º e 1315º do Código Civil). Ou, então, teríamos que o primeiro reconhecimento, num plano, das potencialidades edificativas dos terrenos situados numa certa área seria definitivo, podendo ser invocado pelo «dominus» em qualquer altura, a despeito de sucessivas revisões do plano terem entretanto recusado aquela anterior solução urbanística.

Estas hesitações suprimem-se se encarmos as possibilidades de transformação dos solos, previstas nos planos, como a outorga aos «domini» de meras expectativas jurídicas de edificar em certos moldes; expectativas que somente se transformarão em direitos genuínos e exercitáveis quando eles obtiverem uma qualquer licença – que, recorde-se, é definível como a permissão para a prática de uma conduta relativamente proibida – casuisticamente ordenada a um concreto acto de edificar.

E esta solução é a que melhor se ajusta a duas ideias: «primo», a de que não existe, ao menos «in actu», um «jus aedificandi» indeterminado na esfera jurídica do «dominus», de modo que esta só verdadeiramente se enriquece com a remoção, que pode ser progressiva, dos obstáculos administrativos ao livre exercício das faculdades urbanísticas; «secundo», a de que os instrumentos de gestão territorial cumprem sobretudo uma função negativa, restringindo as possibilidades de transformação do solo, de modo que os planos, ao admitirem certas soluções urbanísticas para determinada zona, exprimem mais a proibição de se construir diferentemente do que a outorga de um verdadeiro direito de edificar em conformidade. E, vistas as coisas por este prisma, reforça-se a ideia de que a previsão inserta no art. 53º do Regulamento do PDM de Alcobaça somente conferiu à autora a expectativa jurídica de que poderia obter da câmara o licenciamento de um projecto ajustado aos parâmetros aí previstos.

Deste modo, a emergência do POOC destruiu aquela expectativa jurídica da autora, mas não um «jus aedificandi» já integrado na sua esfera jurídica e que a enriquecesse. E, se ela não tinha esse direito de construir, enquanto faculdade incrementadora do valor do seu direito de propriedade sobre o terreno, logo parece ser vã a sua pretensão de ser indemnizada pela expropriação, afinal imaginária, que teria sacrificado esse «jus aedificandi».

Ora, se a autora não tinha antes o direito (o tal «jus aedificandi») nem este foi depois expropriado, a situação dela fica à margem do art. 62º, n.º 2, da CRP. E, por isso, a activação integral da norma inclusa no art. 143º, n.º 3, do RJIGT não pode conflitar com esse preceito da Constituição.

Objectar-se-á, porventura, que o Código das Expropriações valoriza, como solos aptos para se construir e indemnizáveis como tal, terrenos que, pelas infra-estruturas que os servem, sejam fisicamente idóneos a que neles se edifique, independentemente de haver regulamentos ou actos administrativos que apontem para essa edificabilidade; e que, se essa potencialidade construtiva é atendível nas expropriações «tout court», deverá sê-lo também no caso dos autos – regressando-se à tese de que a autora realmente sofreu uma expropriação de sacrifício por via da emergência do POOC.

Não é, contudo, assim – por não haver, entre a hipótese do Código das Expropriações e o caso vertente, qualquer igualdade ou maioria de razão. Justifica-se que esse código atenda àquela potencialidade – por definição, voltada para o futuro – porque o imóvel objecto da expropriação desaparece, de vez, da esfera jurídica do expropriado; pelo que a indemnização dessa perda forçada haverá de considerar as utilidades que o bem subtraído poderia trazer – o que, aliás, se consegue por uma aproximação aos critérios do mercado. Já no caso dos autos, a situação é bem diferente, posto que a autora permanece como proprietária do terreno. É certo que ele perdeu entretanto a aptidão edificativa que já tivera. Mas nada absolutamente garante que as circunstâncias objectivas causais da classificação da zona como «de risco» não mudem; pelo que é impossível assegurar que o terreno da autora não retomará a aptidão construtiva de que hoje carece. Assim, e ao invés do que sucede nas expropriações por utilidade pública, não é seguro que a perda de que a autora se queixa seja definitiva. E esta diferença entre as duas situações em cotejo explica por que motivo, numa, se deve atender à potencialidade edificativa e, na outra, não.

Persiste, pois, o que «supra» disséramos: que o art. 143º, n.º 3, do RJIGT, ao recusar indemnizações pela perda de um «*jus aedificandi*» potencial ou meramente expectável, porque ainda não titulado por qualquer licença, não fere o art. 62º, n.º 2, da CRP.

Porém, a nossa indagação ainda não está completa. É que a autora sustentou na petição inicial, de modo subsidiário («vide» o art. 56º dessa peça), que o direito de ser indemnizada lhe advirá, pelo menos, do estabelecido no art. 9º do DL n.º 48.051, de 21/11/1967 – em vigor aquando do surgimento do POOC.

Há, no entanto, duas razões sucessivas para que não vingue esta outra «causa petendi».

«Primo», a autora parece esquecer que o critério jurídico resolutivo do presente assunto é o que consta do art. 143º, n.º 3, do RJIGT. Portanto, ou o direito de indemnização que ela reclama lhe é conferido por essa norma, ou não é – e já vimos que se verifica «*in casu*» esta segunda alternativa – não fazendo sentido convocar o tal art. 9º para exumar um direito negado pela lei directamente aplicável. Com efeito, isso só seria possível se o art. 9º do DL n.º 48.051 se apresentasse como um instituto subsidiário relativamente a outros – algo ao modo do que sucede com o enriquecimento sem causa, por forma a que esse artigo fosse a «ultima ratio» do direito a uma reparação. Mas é claro que o art. 9º não tem essa natureza e esse alcance, não sendo de usar em substituição do figurino legislativo próprio ao enquadramento do assunto.

«Secundo», e se acaso se admitisse como possível a aplicabilidade «*in casu*» desse art. 9º, ela haveria de ser concretamente recusada por os prejuízos alegados pela autora não serem «especiais» nem «anormais». Tais especialidade e anormalidade pressuporiam sempre que a integração do terreno da autora na tal «zona de risco» adviera de uma opção administrativa que a discriminara relativamente aos demais «domini», impondo-lhe limitações desiguais e fortemente penalizadoras. Mas nada disto ocorreu «*in casu*», pois a classificação da «zona» fundou-se em razões objectivas, relacionadas com a refluência da linha da costa, sendo óbvio que esse «risco» exige dos poderes públicos a adopção de medidas que, desde já, previnam males maiores. É que, se não se proibissem novas construções no local, agravar-se-iam os danos resultantes do possível avanço do mar, pois a multidão dos prejudicados seria entretanto aumentada com os eventuais adquirentes dos prédios que aí se construíssem e isso faria ainda crescer o custo de quaisquer obras públicas destinadas a proteger a zona. Assim, a resposta administrativa à situação ajusta-se às circunstâncias consideradas no local; e a autora, para se dizer especial e anormalmente atingida pelo POOC devia comparar-se, não com os donos de um terreno qualquer, mas com os proprietários de prédios situados em zonas de similar risco – o que ela não fez.

O que acabámos de dizer reforça a inaplicabilidade, «*in casu*», do art. 9º do DL n.º 48.051; mas também reforça a conclusão a que atrás chegámos, ou seja, que a acção carece de razão de ser. De facto, e por um lado, é absurdo que a autora pretenda receber do Estado o preço que pagou por um terreno que continuará a ser seu, pois isso tornaria grátis a aquisição dele. Por outro lado, é também inaceitável que a autora persista na ideia de que deveria ser admitida a construir e a pôr eventualmente no mercado prédios sujeitos ao perigo que incide sobre a zona. E, se a autora já não quer o terreno, que diz nada valer, e pretende a repetição do preço, há-de voltar-se então contra o respectivo vendedor, se estiverem reunidas as condições para anular ou distratar o contrato. O que não faz sentido é que se volte contra o Estado, como bem se decidiu na 1.ª instância.

Assim, o recurso merece provimento e a acção dos autos está votada à improcedência.

Nestes termos, acordam em conceder a revista, em revogar o acórdão «sub censura» e em fazer subsistir a sentença da 1.ª instância.

Sem custas neste STA, ficando a cargo da aqui recorrida as custas da apelação julgada no TCA.

Lisboa, 5 de Novembro de 2013

Jorge Artur Madeira dos Santos (relator) – António Políbio Ferreira Henriques –
Alberto Acácio de Sá Costa Reis.

ANOTAÇÃO

1. O caso decidido pelo Acórdão em comentário

O caso decidido pelo Acórdão em comentário retrata a controvérsia que doutrinal e jurisprudencialmente tem levantado o **artigo 143.º do RJIGT** (Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro) e o direito a indemnização pelas denominadas *expropriações do plano* [como o comprova processualmente o próprio Acórdão, que decide um recurso excecional de revista, admitido nos termos do artigo 150.º do CPTA (Código do Processo nos Tribunais Administrativos) e, portanto, sufraga a importância fundamental e a relevância jurídica das questões controvertidas].

Mais, ilustra aquela que tem sido a interpretação largamente maioritária do Supremo Tribunal Administrativo sobre esta matéria, impondo (uma vez mais¹) uma visão restrita e puramente formal da matéria em equação, em detrimento do que, para nós, é da mais elementar justiça: o direito indemnizatório sempre que estejam em causa perdas de capacidade construtiva ou de utilização do solo equiparáveis a expropriações, conforme o legislador constitucional previu².

Se essa visão restritiva se impõe ou não pelas normas aplicandas, veremos, com as respetivas consequências jurídicas.

É que tal controvérsia chega ao ponto de se equacionar, com total propriedade, a própria inconstitucionalidade (sobretudo material) daquele normativo, o que é igualmente retratado no aresto em análise.

Por fim, porque no caso *sub judice* estão em equação dois tipos de planos, ambos vinculativos direta e imediatamente dos particulares, cumpre apreciar, ainda, esta particularidade à luz das normas em aplicação.

Vejamos:

2. As teses em confronto

A controvérsia doutrinal que a redação infeliz (como demonstraremos) do artigo 143.º do RJIGT provocou, está bem patente no caso decidido e na sua *dupla* decisão judicial:

A) Depois do TAF de Leiria ter negado a indemnização à Autora, o **TCASul** (no **Acórdão de 18-10-2012**) veio *deferir* a sua pretensão indemnizatória, com os seguintes fundamentos:

O **artigo 143.º, n.º 3 do RJIGT** (que, sob a epígrafe “*Dever de indemnização*”, estabelece que “*as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de*

¹ Consideramos que, apesar da “revolução” operada pela Reforma do Contencioso Administrativo de 2002-2004 e uma prática “*subjetivista*” que após a sua entrada em vigor se foi adotando nos tribunais administrativos, numa plena consagração dos princípios da tutela jurisdicional efetiva e plena e, sobretudo, *pro actione*, rapidamente se foi abandonando os intuitos da Reforma (ver, por todos, MARIO AROSO DE ALMEIDA e FERNANDES CADILHA, *in Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2005, onde confessam que “*um dos problemas que, até à reforma, mais consensualmente era identificado no funcionamento do nosso contencioso administrativo residia na circunstância de existir um número muito elevado de processos que eram objecto de decisões de mera forma, sem que o tribunal se chegasse a pronunciar sobre o mérito da causa*” - pág. 57), voltando-se claramente ao passado e às interpretações restritivas e apreciações puramente formais, em detrimento de uma Justiça material e apreciações de mérito que tanto urge no nosso País.

² Tem sido norma o Direito Constitucional impulsionar o Direito Administrativo, que acaba por se tornar Direito Constitucional concretizado ou por concretizar (ver, por todos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda Por Concretizar”?*).

revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas conferem direito a indemnização quando a revisão ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido”), não deixa quaisquer dúvidas quanto à exigência de **dois requisitos** para a indemnização das restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de alteração, revisão ou suspensão dos planos municipais: o primeiro é o de que aquelas ocorram dentro do período de cinco anos após a entrada em vigor do plano; e o segundo é o de que delas resultem a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

Tais requisitos têm **carácter disjuntivo**³, pelo que haverá lugar a indemnização, em primeiro lugar, sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano ocorra dentro do período de cinco anos a contar da sua entrada em vigor, independentemente de o particular ser titular de qualquer licença [1ª parte do n.º 3 do artigo 143º do RJIGT], pois o que se visa proteger, nesta situação, é a **confiança legítima** que os administrados depositaram na manutenção dos efeitos do plano.

A segunda situação de indemnização verificar-se-á sempre que a revisão, alteração ou suspensão, independentemente do momento em que ocorre – antes ou depois do decurso dos referidos cinco anos – determine a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido [parte final do n.º 3 do artigo 143º do RJIGT].

Com esta interpretação normativa, o TCASul decidiu haver lugar a indemnização porquanto, por força do disposto no artigo 53º, n.º 3 do RPDM de Alcobça, era permitida a construção em parcelas constituídas “[...] desde que fossem respeitados os seguintes condicionamentos: índice de construção máximo – 0,6; área mínima da parcela – 450 m²; respeito pelos alinhamentos existentes; cêrcea – a dominante das construções envolventes, não excedendo dois pisos”, considerando, portanto, que tal disposição regulamentar atribuía à autora uma possibilidade objectiva de aproveitamento do solo, designadamente a possibilidade de nele construir, observadas que fossem as condicionantes supra-referidas previstas no artigo 53º, n.º 3, conferindo-lhe um verdadeiro direito urbanístico, de tal modo que esse direito adquirido não podia ser diminuído ou subtraído durante o prazo de cinco anos, sem indemnização, independentemente da autora ser titular de qualquer licença [cfr. o disposto na 1ª parte do n.º 3 do artigo 143º do RJIGT].

Assim, face à aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2001, que “*sujeitou a medidas preventivas as áreas definidas nas plantas anexas*” à resolução em causa e, posteriormente, pela aprovação do Plano de Ordenamento da Orla Costeira [POOC] de Alcobça-Mafra, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2002, de 17 de Janeiro, que classificou o terreno da autora como “Faixa de Risco”, ficou aquela impedida de exercer a referida possibilidade objectiva de aproveitamento do solo, designadamente a possibilidade de nele construir, o que configura uma inadmissível subtracção do *jus aedificandi*, violadora da protecção da confiança legítima que a autora depositara na manutenção dos efeitos do plano, constituindo uma *expropriação de sacrifício ou substancial*, a carecer de ser ressarcida através do mecanismo indemnizatório previsto no artigo 143º, n.º 3 do RJIGT.

B) O acórdão do STA de 5-11-2013 em comentário revogou esta decisão do TCASul (que em termos normais seria definitiva...), negando o direito a indemnização e considerando, portanto, não estarmos face a uma expropriação de sacrifício, susceptível de indemnização à luz do art. 62º, n.º 2, da CRP, porquanto:

³ Opinião sufragada por FERNANDA PAULA OLIVEIRA; Ver *O direito de edificar dada ou simplesmente admitido pelo plano*, em anotação ao Acórdão do STA de 1 de Fevereiro de 2001, em CJA n.º 43 (Jan/Fev 2004), pág. 56

O art. 143.^o, n.^o 3, do RJIGT impõe **requisitos cumulativos**⁴, o que não é infiel à LBOTU (Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo, aprovada pela Lei n.^o 49/98, de 11 de agosto), não padecendo das alegadas ilegalidade e inconstitucionalidade, dado que essa norma, ao exigir um “*licenciamento prévio válido*”, não ofende o “princípio democrático” ou o princípio constitucional da igualdade. É que as possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem aos respectivos “*domini*” um *jus aedificandi*, ao menos “*in actu*”, mas uma simples expectativa jurídica, pelo que a eliminação posterior dessas possibilidades, fruto da revisão do plano, não corresponde a uma expropriação de sacrifício.

São estas as teses em confronto.

3. Crítica à técnica legislativa

A controvérsia decorre de uma infeliz e incorreta técnica legislativa quanto à matéria em apreciação, que originou mais dúvidas (muitas) do que certezas (poucas) – e a prova é que temos uma doutrina dividida e decisões jurisprudenciais para todos os gostos, como o comprova o processo aqui em apreciação, decidido em primeira Instância a favor do réu Estado (desconsiderando o direito indemnizatório requerido), depois pelo TCASul a favor do direito à indemnização da empresa proprietária que viu a aprovação do POOC de Alcobaça-Mafra afetar-lhe o seu alegado direito urbanístico e, por fim, pelo STA que considerou que as possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem um *jus aedificandi*, mas meras expectativas jurídicas, pelo que a sua eliminação por plano vinculativo dos particulares não corresponde a qualquer expropriação de sacrifício susceptível de indemnização...

Enfim, um ziguezaguear que põe em causa valores fundamentais de Direito e que tem a sua origem numa defeituosa redação normativa.

Na nossa modesta opinião, teria sido preferível o legislador manter a coerência no Capítulo V do RJIGT (sob a epígrafe *Execução, compensação e indemnização*), conservando para efeitos indemnizatórios alguns conceitos (determinados) que usa quanto aos mecanismos de perequação (em vez dos indeterminados com que brinda o artigo 143.^o). Explicamos:

Dos três mecanismos de perequação indicados no RJIGT, assume especial importância para o que iremos abordar o mecanismo do *índice médio de utilização* (cfr. artigo 139.^o), pelos conceitos que utiliza e que devem aqui ser relevados, porquanto são fundamentais para a análise do *jus aedificandi* (que faremos *infra*) e para a interpretação do disposto nas leis urbanísticas sobre as “*expropriações do plano*”. Compete desde já referir que consideramos que, na esteira do que tem sido decidido pelo Tribunal Constitucional e na Jurisprudência Administrativa⁵, o *jus aedificandi* (direito de urbanizar, de lotear e de edificar)⁶ não constitui uma faculdade que faz parte do conteúdo natural do direito de propriedade, mas antes uma faculdade atribuída ou conferida pelo ordenamento jurídico urbanístico ao proprietário, configurando, portanto, um poder que acresce na sua esfera jurídica, nos termos e condições definidos pelas normas jurídico-urbanísticas⁷.

⁴ Opinião sufragada por ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 781 ss.

⁵ Jurisprudência recordada por ALVES CORREIA, em *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I (4.^a edição), págs. 847 ss.

⁶ ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 830 ss.

⁷ Neste sentido, a doutrina administrativista é largamente maioritária; ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, 2012, pág. 484; ALVES CORREIA, *ob. cit.*, pág. 847 ss e *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, págs. 299 ss; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, págs. 627 ss; CLÁUDIO MONTEIRO, *O Embargo e a Demolição de Obras no Direito do Urbanismo*, págs. 23 ss; JOÃO MIRANDA, *a Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial (a Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos)*, pág. 295 ss; ANTÓNIO CORDEIRO, *a Protecção de Terceiros em Face de Decisões Urbanísticas*, pág. 24 ss.

Contudo, aparentemente pelo menos, a doutrina publicista⁸ diverge e tem dado azo a algumas discussões sobre qual o instrumento de atribuição deste *jus aedificandi*; não competindo aqui esmiuçar esta discussão, cremos que os Planos Urbanísticos não concedem qualquer direito de construir⁹, apenas o prevendo abstractamente (deixando, portanto, a sua definição e atribuição para atos administrativos urbanísticos, v.g. a licença)¹⁰. E esta constatação é a única consentânea com o “*tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal – um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respetivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definiu, apenas a admitiu*” e com o “*conteúdo típico de determinado tipo de planos municipais: os planos diretores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura*”¹¹.

Ora, estes considerando parecem-nos importantes face à redação dos artigos 18.º, n.º 2 da LBOTU e 143.º do RJGT, designadamente dos n.ºs 2 e 3, pois o que aí está em causa são “*restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas*”. Conceitos indeterminados que urge concretizar, portanto.

Como refere ALVES CORREIA, “*o legislador recorreu... a cláusulas de contornos imprecisos para definir as situações de indemnização resultantes dos planos territoriais direta e imediatamente vinculativos dos particulares*”, o que, como constatamos, gera muitas dúvidas, divergências de opiniões e interpretações e, sobretudo, diferentes decisões jurisprudenciais, em nada contribuindo para valores fundamentais do Direito, como a segurança e certeza jurídicas¹². O uso de conceitos indeterminados não se afigura, *in casu*, uma boa técnica legislativa, tendo sido preferível, na nossa perspetiva, usar os conceitos que emprega para efeitos de perequação, como seja o *direito abstrato de construção*, facultado e com as condições definidas no Plano, e o *direito concreto de construção*, que resulta dos atos de licenciamento proferidos em respeito pelas disposições do Plano. De facto, a entender-se, como até então, que o intuito do legislador foi, apenas, incluir este *direito concreto de utilização do solo* no direito indemnizatório em causa nestes artigos, teria sido bem mais fácil e correto, como é bom de ver, optar por manter estes conceitos igualmente na Secção III do Capítulo V do RJGT,

⁸ À *tese privatista*, de acordo com a qual o *jus aedificandi* é uma faculdade inerente ao direito de propriedade privada, face aos poderes que este implica nos termos do direito civil, contrapõe-se a *tese publicista*, para a qual o *jus aedificandi* é um direito autónomo, desintegrado do direito de propriedade privada, concedido pela autoridade pública através de um ato jurídico próprio do direito público [ver, por todos, ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 799 ss quanto ao direito de propriedade privada e a sua função, vinculação ou obrigação social, e págs. 830 ss quanto ao conteúdo urbanístico da propriedade do solo].

⁹ Ou não concederam até agora, pois podemos admitir a discussão quanto aos Planos de Pormenor, *maxime* aos que têm efeitos registais nos termos do artigo 92.º-A, dado que estes definem com conteúdo suficientemente denso, rigoroso e concretizador as regras urbanísticas conformadoras do direito de propriedade (nomeadamente os tipos, intensidades e parâmetros de ocupação dos solos); aliás, como se sabe, a respetiva certidão constitui, ainda, título bastante para a individualização no registo predial dos prédios resultantes das respetivas operações de loteamento, estruturação da compropriedade ou reparcelamento nele previstas – ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485 e *O Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. As Alterações do Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro*; e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume I, nota 21, págs. 55 e 56.

Apesar de aparentemente defender a tese aqui em crítica, FERNANDO ALVES CORREIA não deixa de admitir que são os planos de pormenor que estão melhor posicionados para esta atribuição da vocação construtiva de certos solos (*O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, págs. 377 ss).

¹⁰ Sobre as disposições do planeamento e o dever de indemnizar, ver, por todos, DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 45 ss.

¹¹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485; ver, ainda, desta autora *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 130 ss.

¹² Para uma análise muito sucinta destes valores, ver o nosso *Direito – Noções Fundamentais*, Porto Editora, págs. 27 e 28.

atribuindo o dever de indemnizar apenas nos casos em que tal *direito concreto* de construção fosse posto em causa pelas disposições do plano... Ou seja, assumia-se, também aqui, que os planos apenas concebem um *direito abstrato de construção* (eventualmente com uma edificabilidade máxima¹³), ou, se se quiser usar as expressões do Acórdão em comentário, “*simples expectativas jurídicas*”, que necessitam de concretização, pelo que o *direito concreto* de construir, isto é, a possibilidade objetiva de aproveitamento do solo, preexistente e juridicamente consolidada, decorre (apenas) dos atos de licenciamento de operações urbanísticas, os quais, para serem válidos, devem ser conformes aos índices e parâmetros urbanísticos estabelecidos no plano¹⁴.

Mantinha-se a coerência e chegava-se ao mesmo resultado: *o dever de indemnizar apenas existe sempre que haja restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo definidas em atos administrativos válidos (direitos concretos de utilização do solo), que comportam uma restrição significativa equivalente a uma expropriação...* É esta, aliás, a interpretação subjacente ao Acórdão em anotação.

Não obstante, como veremos, consideramos que o dever de indemnizar deve ser, e muito, alargado a outras situações, o que recomenda outra técnica legislativa, que poderia bem ser, em alternativa, tipificar as disposições dos planos que deveriam ser acompanhadas de indemnização¹⁵.

4. O *Jus Aedificandi*

Tal como referimos já e tem sido decidido pela abundante jurisprudência constitucional e administrativa¹⁶, que acolhem a tese *jus-publicista* do *jus aedificandi*¹⁷, o direito de propriedade privada garantido constitucionalmente não inclui, como suas componentes essenciais, o “direito” de urbanizar (a faculdade de dotar um terreno de infraestruturas urbanísticas), de lotear (a faculdade de realizar uma operação de loteamento, entendida como a ação que tenha por objeto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes urbanos, isto é, destinados imediata e subsequentemente à edificação¹⁸) e de edificar (a faculdade de erigir uma nova construção no solo)¹⁹, estando estes direitos dependentes de uma atribuição jurídico-pública decorrente do ordenamento jurídico urbanístico, seja prescrições do planeamento, seja medidas concretizadoras destes planos.

Consideramos, porém, dentro da divisão doutrinal já referida, que com o “*tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal – um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respetivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definiu, apenas a admitiu*” e com o “*conteúdo típico de determinado tipo de planos municipais: os planos diretores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura*”²⁰,

¹³ Diversamente, no mecanismo de perequação do *índice médio de utilização*, este conceito evolui para uma *edificabilidade média*, nos termos do n.º 1 do artigo 139.º do RJIGT. Ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 750 ss e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 477 ss.

¹⁴ Em termos de mecanismos de perequação, cfr. n.º 2 do artigo 139.º do RJIGT.

¹⁵ Como defende ALVES CORREIA, in *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 767 e 768, recordando os ordenamentos jurídicos alemão e espanhol.

¹⁶ Ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 830 ss, e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., págs. 58 ss, em especial nota 26.

¹⁷ Ver nota 8.

¹⁸ Ver artigo 2.º, alínea i) do RJUE e anotações de FERNANDA PAULA OLIVEIRA e Outras, *RJUE Comentado*, 2011, págs. 50 ss.

¹⁹ Como refere ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 831.

²⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485; ver também *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 130 ss.

esse *jus aedificandi* é apenas atribuído por atos administrativos válidos, dado que os Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) não concedem qualquer direito de construir²¹, apenas o prevendo abstratamente (deixando, portanto, a sua definição e atribuição para atos administrativos urbanísticos, v.g. a licença)²²; e muito menos têm esta capacidade os PEOT (como o POOC em causa no processo decidido), que, apesar de vincularem os particulares, não se destinam a fixar as regras de ocupação e uso do solo²³.

Os direitos concretos de construir e, portanto, os direitos de uso do solo juridicamente consolidados, nos termos da legislação vigente, advêm (apenas) dos atos administrativos respetivos. É que, estabelecendo em regra os PMOT (eventualmente com exceção de alguns Planos de Pormenor) *índices máximos de edificabilidade*, “*não se pode, com propriedade, referir que há atribuição de um qualquer direito..., até porque não há qualquer obrigatoriedade de esgotamento de índices, estando a sua modelação concreta dependente do exercício da discricionariedade por parte do município que tem, designadamente, de aferir a inserção urbanística da pretensão concreta e a existência de infraestruturas adequadas que sirvam aquela área*”.²⁴

Tal como a Jurisprudência constitucional²⁵ e administrativa²⁶ têm insistentemente decidido, os direitos de urbanizar, lotear e edificar não fazem parte da essência do direito de propriedade constitucionalmente consagrado, só podendo construir-se “*onde os planos o consentirem... Atenta a função social da propriedade privada e os relevantes interesses públicos que confluem na decisão de quais sejam os solos urbanizáveis, o direito de edificar vem, assim, a ser inteiramente modelado pelos planos urbanísticos*”²⁷; ou seja, “*existindo um instrumento de planeamento, é este que define o direito de construção*”²⁸, mas de forma meramente geral e abstrata, como melhor se demonstrará de seguida.

Por conseguinte, concordamos com a tese de que “*a faculdade de construir apresenta-se como o resultado de uma concessão jurídico-pública em face dos planos urbanísticos*”²⁹, mas daqui não retiramos que o *jus aedificandi* seja atribuído pelos planos: estes não concedem qualquer direito de construir, apenas o prevendo abstratamente, sendo a sua atribuição através de atos administrativos urbanísticos (v.g. a licença) conformes às disposições desses planos. Parafraseando um título de FERNANDA PAULA OLIVEIRA³⁰, diremos que *o direito de edificar não é dado mas simplesmente admitido pelo plano*, dependendo a sua atribuição de um concreto ato administrativo (conforme ao plano), consubstanciador da tal *concessão jurídico-pública em face dos planos urbanísticos*.

Concluindo,

Acompanhamos, pois, nesta parte, a tese do STA, no sentido de que, “*Num sistema jurídico como o nosso, que fortemente condiciona as possibilidades de construção, é irrealista dizer-se que a mera dominialidade sobre um terreno inclui, ao menos «in actu», um «jus aedificandi» integrável no genérico poder de disposição do «dominus». No outro extremo, admite-se como incontroverso que exista um «jus aedificandi» após a emissão casuística*

²¹ Ou não concederam até agora, pois, como constatamos, admite-se a discussão quanto aos Planos de Pormenor, *maxime* aos que têm efeitos registais nos termos do artigo 92.º-A. Ver nota 9 e doutrina aí citada.

²² Sobre as disposições do planeamento e o dever de indemnizar, ver, por todos, DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 45 ss.

²³ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 133.

²⁴ Como refere DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., nota 21, págs. 55 e 56, embora façamos aqui uma adaptação à tese sufragada por esta ilustre autora.

²⁵ Ver, por exemplo, Acórdão n.º 496/2008.

²⁶ Ver, por exemplo, Acórdãos do STA de 16 de Janeiro de 2003, 1 de Abril de 2004, de 25 de Setembro de 2012 e de 29 de Junho de 2013; e Acórdãos do Pleno do STA de 2 de Dezembro de 2001 e 31 de Março de 2004.

²⁷ Acórdãos do TC n.º 329/99 e n.º 517/99.

²⁸ Acórdão do STA de 30 de Setembro de 1997.

²⁹ Acórdão do STA de 18 de Maio de 2006.

³⁰ Em anotação ao Acórdão do STA de 1 de Fevereiro de 2001, nos CJA n.º 43 (Jan/Fev 2004).

da respectiva licença de construção – a qual, para além de incrementar a esfera jurídica privada do beneficiário, titula ainda um seu direito subjectivo público, exercitável contra a Administração”. Mas já se discorda da decisão *sub judice* quanto à situação intermédia entre estas, pois, se, na esteira do STA, “*não cremos que a previsão meramente regulamentar, mesmo que detalhada, de que numa certa zona é admissível construir de um certo modo ou até determinados limites constitua de per si um título jurídico bastante para a criação, ou a actualização imediata, no património dos «domini» de um «jus aedificandi»*”, e, portanto, encaramos igualmente “*as possibilidades de transformação dos solos, previstas nos planos, como a outorga aos «domini» de meras expectativas jurídicas de edificar em certos moldes; expectativas que somente se transformarão em direitos genuínos e exercitáveis quando eles obtiverem uma qualquer licença – que, recorde-se, é definível como a permissão para a prática de uma conduta relativamente proibida – casuisticamente ordenada a um concreto acto de edificar*” entendemos, ao invés, que tais expectativas jurídicas são merecedoras de tutela jurídica, pois a sua supressão ou desproporcional encurtamento geram danos ou encargos especiais e anormais, de carácter expropriativo.

5. A nossa posição

Na verdade, esta tese sobre a não atribuição pelos planos do *jus aedificandi* não afasta, para nós, a necessidade imposta constitucionalmente de indemnizar certas expectativas jurídicas ou interesses legalmente protegidos, pelo que a sua eliminação por plano vinculativo dos particulares pode, de facto, corresponder a uma expropriação do plano susceptível de indemnização, dado que é inegável que a possibilidade abstracta de construir, isto é, a previsão desse direito (a atribuir, depois, em concreto, pelos atos administrativos competentes) é um fator de fixação valorativa dos solos. Ou seja, ao invés do defendido por certa doutrina mais avalizada, consideramos que *uma expectativa jurídica, mesmo que não seja de tal forma concretizadora do direito de construção, deve merecer proteção sempre que a sua restrição tenha um efeito equivalente a uma expropriação*³¹, e **assim acontecerá sempre que o Plano (em modificação) diretamente vinculativo dos particulares e dos entes públicos, ao classificar e qualificar o solo, preveja uma certa e efetiva potencialidade edificativa (que desaparecerá).**

Recorde-se que o regime do uso do solo é definido, precisamente, nos planos municipais de ordenamento do território através da classificação³² e da qualificação³³ do solo, sendo que a sua reclassificação ou requalificação se processa através dos institutos jurídicos de dinâmica dos planos, como expressamente estabelece o artigo 71.º do RJIGT; há, portanto, uma distinção clara entre a *classificação ou qualificação*, e *reclassificação ou requalificação*, o que marca, igualmente, como se demonstrará, a disciplina do artigo 143.º do RJIGT (que reserva o n.º 2 para os casos de *classificação ou qualificação* e o n.º 3 para os casos de *reclassificação ou requalificação*). De qualquer forma, para o que ora importa, são os PMOT (e não os planos especiais³⁴, como o POOC) os instrumentos adequados para determinar o destino básico dos terrenos, identificando os perímetros urbanos e delimitando as várias

³¹ Ao invés dos doutos ensinamentos de FERNANDA PAULA OLIVERIA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., págs. 485 ss e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 54 ss.

³² Cfr. artigo 72.º do RJIGT.

³³ Cfr. artigo 73.º do RJIGT.

³⁴ Estes, apesar da sua natureza regulamentar e vinculatividade direta e imediata em relação aos particulares, devem somente determinar regimes de salvaguarda de recursos e valores naturais e estabelecer regimes de gestão das suas áreas compatíveis com a utilização sustentável do território, deixando para os PMOT a fixação das regras de ocupação e uso do espaço (FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 133).

categorias de solos em função do seu uso dominante, que assenta na distinção entre solo rural e solo urbano (sendo esta classificação determinante, porquanto estes últimos são os que detêm reconhecida vocação para o processo de urbanização e de edificação); assim, se num PMOT, a determinado imóvel classificado como solo urbano, for reconhecida certa e efetiva idoneidade edificatória, naturalmente que tais determinações regulamentares geram legítimas expectativas que devem ser legalmente protegidas.

Tal imóvel tem, por efeitos das normas do plano, efetiva e juridicamente uma potencialidade construtiva, prevista regulamentarmente, pelo que cria expectativas jurídicas legítimas e com múltiplos efeitos práticos, designadamente valorativos³⁵. E é o próprio legislador a admitir esta evidência, quando no n.º 4 do artigo 143.º do RJIGT determina que o valor da indemnização *“corresponde à diferença entre o valor do solo antes e depois das restrições provocadas pelos instrumentos de gestão territorial, sendo calculado nos termos do Código das Expropriações”*.

Ora, é indiscutível que o valor do solo com potencialidade edificativa é totalmente díspar do valor do solo sem tal potencialidade, pelo que certas disposições do plano podem ser (e são muitas vezes) equivalentes a verdadeiras expropriações, mesmo que os respetivos *“domini”* não sejam titulares de qualquer direito concreto de construção. O Direito não serve para negar a prática, a vida social, mas antes para regulá-la e conformá-la³⁶, e esta evidência tem que ter tutela jurídica. Aliás, embora noutra sede, o Tribunal Constitucional³⁷ tem-na acolhido, esclarecendo que a potencialidade construtiva é importante factor de formação dos preços numa economia de mercado, ao ponto de considerar que *“as expectativas relativas a acontecimentos futuros são determinantes do comportamento dos agentes económicos, pelo que constituem um elemento imprescindível na determinação do valor dos bens, o que, aliás, é especialmente relevante na formação dos preços da propriedade imobiliária, relativamente às possíveis alterações do estatuto fundiário, através da projeção de futuras possibilidades de construção em solo em que atualmente é relativamente proibida essa utilização. Não estamos aqui perante uma valorização de um qualquer fenómeno especulativo, resultante de um aumento artificial dos preços que não corresponde ao valor corrente de mercado, em situação de normalidade, mas sim perante a consideração de reais expectativas que não podem deixar de influir na determinação daquele valor corrente, pelas potencialidades que conferem ao imóvel”*³⁸. É, portanto, insofismável que a atribuição de potencialidade construtiva por um plano vinculativo dos particulares tem um importante impacto (designadamente, económico) no direito de propriedade, que merece a tutela do Direito. São razões de justiça que assim determinam.

Não aceitando, portanto, a tese de que *“é o plano o instrumento jurídico pelo qual a Administração concede o direito de edificar...”*, consideramos, no entanto, que *pode ser considerada como expropriativa certa “modificação planeadora que viesse determinar a diminuição substancial ou extinção de uma posição jurídica vantajosa admitida pelo plano anterior”*³⁹.

³⁵ Como o comprovam as justas indemnizações atribuídas nos termos dos artigos 23.º e segs do Código das Expropriações, para as designadas expropriações clássicas, onde o *solo apto para construção* tem valorações inegavelmente superiores aos *solos aptos para outros fins*.

Para a distinção entre as expropriações clássicas e de sacrifício (e, também, de indemnização pelo sacrifício), vide, entre outros, ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 765 a 767, notas 42 e 43, e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 68 ss.

³⁶ Ver o nosso Direito – Noções Fundamentais, cit., págs. 11 ss.

³⁷ Designadamente no Acórdão n.º 93/2014, proferido sobre a problemática norma do artigo 26.º, n.º 12 do Código das Expropriações, bem como no Acórdão n.º 408/08.

³⁸ Acórdão do TC n.º 408/08.

³⁹ Adaptando aqui a expressão de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, no *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485.

São expectativas jurídicas e económicas, legal e regulamentarmente concedidas por instrumentos de gestão territorial direta e imediatamente vinculativos dos particulares e das entidades públicas, que são de tal forma retiradas ou restringidas, que apresentam (ou podem apresentar) efeitos equivalentes a uma expropriação, devendo, como tal, dar origem a responsabilidade e a uma compensação ou indemnização pelo sacrifício⁴⁰, dentro de certas condições (sobretudo de prazo) a estipular. E assim, chegamos, na prática, aos mesmos resultados que no caso apreciado chegou o TCASul no seu Acórdão de 18-10-2012 (revogado pelo STA no Acórdão em comentário) e que FERNANDA PAULA OLIVEIRA chega quando interpreta corretivamente o n.º 3 do artigo 143.º do RJIGT (considerando os seus requisitos disjuntivos): *o dever de indemnizar a perda da potencialidade ou da aptidão construtiva sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano ocorra dentro de certo período temporal* (exigência que se justifica pelo equilíbrio entre a tutela da confiança dos administrados e o princípio da flexibilidade e da adaptabilidade dos planos; *in casu* o nosso legislador optou por 5 anos⁴¹) *a contar da sua entrada em vigor, independentemente de o proprietário ser (já) titular de qualquer ato administrativo constitutivo do direito concreto de construir*, pois o que aqui está em causa é a **confiança legítima** que os administrados depositaram na manutenção das regras e dos efeitos do plano (cujo prazo legal de vigência é indefinido, nos termos do artigo 83.º, embora o dos PDM deva ser tendencialmente de 10 anos⁴², nos termos do artigo 98.º, n.º 3 do RJIGT⁴³)⁴⁴. E, registe-se, no Acórdão do STA em análise admite-se que o terreno perdeu “*a aptidão edificativa que já tivera*”, mas disso não retirou qualquer consequência jurídica, numa interpretação restritiva e puramente formal que não acompanhamos...

Assim, somos da opinião de que sempre que se apure que se produziram danos especiais e anormais⁴⁵ em virtude da adopção de restrições de utilidade pública à potencialidade edificatória prevista em plano diretamente vinculativo dos particulares e dos entes públicos, a quebra da confiança e das legítimas expectativas geradas deve ser devidamente tutelada, através da correspondente indemnização, mesmo que não haja qualquer direito concreto de construção atribuído por uma qualquer licença. Tal direito, porém, encontra uma limitação temporal, justificável para não colocar em causa o princípio da flexibilidade ou da susceptibilidade da sua adaptação às realidades urbanísticas dos planos, sancionando, assim, a inércia ou incúria dos proprietários que durante esse lapso temporal em que vigorou estavelmente o plano, nada fizeram para concretizar a potencialidade construtiva permitida. Todos sabem (ou devem saber) que os planos são flexíveis e que existem “prazos de vigência”, sendo que os planos diretamente vinculativos dos particulares (e das entidades públicas)⁴⁶ são inalteráveis durante 3 anos, conforme artigo 95.º, n.º 1 do RJIGT,

⁴⁰ Não é aqui o tempo e espaço oportuno para explorarmos o critério indemnizatório em causa, distinguindo a expropriação de sacrifício e a indemnização de sacrifício, embora se admita que os critérios de cálculo da indemnização de sacrifício ora em causa fujam ao disposto no artigo 3.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas).

⁴¹ Aplaudindo este prazo, ver DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 55 e nota 20; e ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 783 ss.

⁴² MARISA MIRADOR defende que o prazo para a indemnização deveria situar-se no limiar destes 10 anos (em *A Constituição e o dever de indemnizar pelo sacrifício imposto pelos instrumentos de gestão territorial*, in *Os Dez Anos da LBOTU. Gênesis e Evolução do Sistema de Gestão Territorial*, Ad Urbem, págs. 66 e 67).

⁴³ Como se sabe, se não houver esta revisão após os 10 anos de vigência, o plano não caduca – ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 298.

⁴⁴ No fundo, o que aqueles que atribuem carácter disjuntivo aos requisitos do artigo 143.º, n.º 3 sufragam para o estabelecido na sua 1.ª parte.

⁴⁵ Conceitos que podem ser visitados no artigo 2.º do *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (Ver *Regime Anotado* de FERNANDES CADILHA, 2008, págs.65 ss).

⁴⁶ Os PMOT e os PEOT, nos termos do artigo 3.º, n.º 2 do RJIGT.

pelo que o prazo de 5 anos admitido pelo legislador para tutela da confiança (atendendo ao dever de revisão de 10 em 10 anos⁴⁷) pode considerar-se “razoável”⁴⁸.

E este entendimento não belisca a tarefa pública do planeamento, antes pelo contrário; obriga-a, antes, a ser exercida de forma responsável, ponderada e comedida, e, sobretudo, a prever a sua execução programada, o que, como se sabe, não tem acontecido⁴⁹.

São, insiste-se, valores de Justiça que impõe esta consideração indemnizatória, sendo que o artigo 62.º da CRP reclama maior amplitude e exige que “*quaisquer figuras afins (à requisição e expropriação) que afetem a propriedade ou os direitos patrimoniais dos cidadãos devem submeter-se a limites similares, sempre de acordo com postulados de necessidade, adequação e proporcionalidade*”⁵⁰.

Porém, aparentemente não é esta a tese consagrada nas normas legislativas em aplicação (admite-se), nem foi esta a interpretação sufragada no Acórdão do STA, como vimos.

6. A análise do artigo 143.º do RJIGT.

Mas o Acórdão em análise vai mais longe na sua análise, pois para além de ter atribuído aos requisitos indemnizatórios do artigo 143.º, n.º 3 um carácter cumulativo, debruçou-se, ainda, sobre a alegada ilegalidade e inconstitucionalidade dessa norma.

a. Subsidiariedade da indemnização no seio dos Planos de Ordenamento do Território

Assim, cumpre, desde já, registar que as disposições dos instrumentos de gestão territorial, ao procederem com discricionariedade própria⁵¹ à classificação e qualificação do

⁴⁷ Previsto no artigo 98.º, n.º 3 do RJIGT.

⁴⁸ Não nos repugna, antes pelo contrário, que tal prazo possa ser aumentado, por exemplo para os 7 anos definidos na legislação alemã (ver ALVES CORREIA, que no entanto não considera o prazo português irrazoável e desproporcionado, em *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 783 e nota 58).

⁴⁹ Sobre os problemas – defeitos e insuficiências – dos denominados PMOTs de 1.ª geração, ver, entre outros, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo. De um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*, 2011, págs. 41 ss; *As virtualidades das unidades de execução num novo modelo de ocupação do território: alternativa aos planos de pormenor ou outra via de concertação de interesses no direito do urbanismo?*, em *Direito Regional e Local* n.º 2 (abr/Jun 2008), págs. 17 e 18; e *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., págs. 425 ss.

Também para os Urbanistas – por todos, ver, SIDÓNIO PARDAL, *Contributo para uma Taxonomia dos Usos do Solo*, Lisboa, 2009 e *Taxonomia dos Usos do Solo e Revisão dos PDM*, Lisboa, 2009 – estes PDM’s foram manifestamente deficitários e, até, erróneos, sendo evidente que têm servido quase exclusivamente para demarcar áreas urbanas e urbanizáveis e índices de construção, não cumprindo a função de planear de forma integrada os diversos usos do solo. E tudo foi permitido e acontecendo numa execução assistemática marcada, por exemplo, pela demarcação em excesso das áreas urbanizáveis, gerando uma valorização dos solos e inflação dos preços, por um desordenamento do território, ao se admitir facilmente a divisão da propriedade rústica e a construção dispersa fora dos perímetros urbanos, etc., mostrando a prática da gestão urbanística assente em tais Planos de 1.ª Geração que se foi actuando dispersa e desgarradamente. Aliás, para este Ilustre Urbanista, “*o modo como os PDM demarcam e fixam rigidamente as áreas urbanizáveis teve como efeito a valorização desses solos na posse dos seus proprietários...*” (em *Contributo para...*, cit., pág. 26).

Nesta esteira, pode ainda ver-se o PNPOT, que faz um exaustivo diagnóstico da ocupação territorial do País.

Para um “resumo” da avaliação do sistema de gestão territorial, resultante de mais de dez anos volvidos sobre a sua institucionalização, ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 136 ss; e para seu aprofundamento, ver *Os Dez Anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo: Gênese e Evolução do Sistema de Gestão Territorial, 1998 – 2008. Actas do Encontro Anual da Ad Urbem*. DGOTDU 2010 (este encontro ocorreu a 12 de Dezembro de 2008).

⁵⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, págs. 629 e 630.

⁵¹ Sobre a discricionariedade e o planeamento, ver, por todos, FERNANDA PAULA OLIVEIRA na sua Tese de Doutoramento, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coleção Teses, Almedina, 2011

solo e ao estabelecerem os parâmetros e indicadores da sua utilização, são normas que *restringem* a esfera jurídica dos seus destinatários, introduzindo ou agravando a diferenciação das possibilidades de uso e ocupação do solo.

Ora, como definem o conteúdo e limites do direito de propriedade do solo, as proibições, limitações e condicionamentos às possibilidades de utilização do solo que deles decorrem não têm, geralmente, carácter expropriativo, não atribuindo, por conseguinte, qualquer direito indemnizatório⁵² – é o *princípio do carácter não indemnizatório* dos planos territoriais, justificado na função social e na vinculação situacional dos solos⁵³.

Daqui decorre a *subsidiariedade do dever de indemnização* e uma preferência pelos mecanismos de perequação, como decorre expressamente do artigo 18.º da LBPOTU.

Significa, portanto, que nem todas as limitações introduzidas pelo plano, ainda que provocando um prejuízo grave e especial aos seus destinatários, dão lugar a uma indemnização: necessário é que sejam, pelo menos, compensados, através dos mecanismos de perequação adequados⁵⁴. Assim, nos termos da legislação urbanística em vigor, “os mecanismos de perequação, sempre que compensem integralmente as posições desigualitárias introduzidas pelo plano em virtude da afetação de partes do território a usos diferenciados e pela aplicação de índices e parâmetros distintos, assumem prevalência relativamente à indemnização”⁵⁵, conforme estipulam os artigos 18.º da LBPOTU e 143.º, n.º 1 do RJIGT.

Desta forma, a responsabilidade decorrente do exercício da tarefa pública de planeamento tem um âmbito limitado, apenas ocorrendo nas hipóteses excepcionais que a lei identifica e que a doutrina tem designado de “expropriações do plano” ou “expropriações em sentido substancial”, em que as limitações introduzidas são de tal ordem que afetam o conteúdo essencial do direito de propriedade, esvaziando o seu valor económico; nestes casos, tem-se considerado justificar um tratamento similar ao reclamado pelo artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa: o pagamento de uma indemnização.

Ora, o STA considerou que o caso em apreço não integra esta previsão, ao invés do que, em tese, defendemos, pois consideramos que esta é uma situação paradigmática de limitações introduzidas pelo plano, geradoras de prejuízos graves e especiais aos seus destinatários, que deveriam dar lugar a uma indemnização (a questão, portanto, é saber se, de facto, à luz da legislação vigente, tal é contemplado).

b. A concretização do artigo 18.º da LBPOTU – (i) legalidade do artigo 143.º do RJIGT

Como já deixamos assinalado, a técnica legislativa do artigo 18.º da LBPOTU não é a mais “transparente”; não obstante, o STA considerou que “*Apesar da indeterminação de vários conceitos que utiliza, o art. 18º, n.º 2, da Lei n.º 48/98 é estruturalmente claríssimo. Filia o «dever de indemnizar» nas «restrições» – trazidas por instrumentos de gestão territorial – àquilo que qualifica como «direitos de uso do solo». Para tanto, esses «direitos» devem ter duas características, cumulativas mas autónomas: serem «preexistentes» (aos «instrumentos» sobre-ditos) e estarem «juridicamente consolidadas». E o preceito acrescenta ainda que tais «restrições» só serão indemnizáveis se corresponderem a «efeitos equivalentes a expropriação».*

⁵² Como expressa ALVES CORREIA, in *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 764.

⁵³ ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 799 ss, em especial, 810 ss; DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 63 ss; LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico – um outro paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*, págs. 51 ss, com especial atenção para 64 ss.

⁵⁴ Sobre estes mecanismos, ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 729 ss, em especial, 738 ss; FERNANDA PAULA OLIVERIA e JORGE CARVALHO, *Perequação, Taxas e Cedências. A Administração Urbanística em Portugal*; CLÁUDIO MONTEIRO, *A Perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico*, em *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, págs. 591 ss,

⁵⁵ DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 58.

Ora, tudo isto se harmoniza, no seu essencial, com o constante dos ns.^º 2 e 3 do art. 143^º do RJIGT, ressalvados os três pormenores que se seguem:

1. Os «direitos de uso do solo», referidos na Lei n.^º 49/98, passaram, no RJIGT, a ser identificados como «possibilidades objectivas de aproveitamento do solo». Mas esta diferença, que aliás representa um mero afinamento de conceitos benéfico para os particulares, não vem questionada pela autora.
2. O RJIGT estatui que a «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial) relevante, para efeitos de haver «direito a indemnização», ocorre «dentro do período de cinco anos após a (...) entrada em vigor» desses instrumentos. Isso não constava da Lei n.^º 49/98. Mas esta diferença, aliás explicável a partir do art. 18^º, n.^º 3, dessa lei, também não está questionada pela autora.
3. O art. 143^º, n.^º 3, do RJIGT veio exigir, como dissemos, um «licenciamento prévio válido». É nesta exigência que a autora divisa a infidelidade do RJIGT relativamente à lei de bases. E importa apreciar imediatamente este assunto.

Já «supra» vimos que a expressão «licenciamento prévio válido» busca precisar e delimitar o que sejam as «possibilidades (...) juridicamente consolidadas» referidas no n.^º 2 do artigo; e que estas, por sua vez, correspondem fielmente aos «direitos (...) juridicamente consolidados» que constam do art. 18^º, n.^º 2, da Lei n.^º 49/98.

No Acórdão em análise, o STA constata que estas opções do RJIGT surgem no desenvolvimento e delimitação da Lei de Bases, ao abrigo do que dispõe o seu artigo 18^º, n.^º 3, que atribuiu ao legislador do RJIGT a definição das “condições de exercício do direito à indemnização previsto no número anterior”; concordamos, obviamente, com esta constatação, mas já duvidamos da sua legal concretização.

E duvidamos face ao que atrás expusemos sobre o *jus aedificandi*, o direito de propriedade constitucionalmente garantido e as expectativas jurídicas indemnizáveis; é que se concedemos que a redação dos normativos em causa permite claramente a interpretação do STA, não podemos deixar de constatar que a mesma, à luz do por nós defendido e a critérios de Justiça, fica muito aquém do que era devido! Mas será que o artigo 18^º da LBPOTU afasta a interpretação extensiva que daria cobertura ao por nós aqui defendido?

O que se equaciona, tal como referido no Acórdão em análise, é, de facto, a concretização de dois conceitos indeterminados do artigo 18^º, n.^º 2:

- i. “direitos de uso do solo...”
- ii. “...juridicamente consolidados”

Como refere o STA, o primeiro desses conceitos foi “transformado” em “possibilidades objectivas de aproveitamento do solo”, o que, na nossa perspetiva, faz até uma interpretação extensiva daquele: é que se “direitos de uso do solo” abranger o “direito abstrato de construir”, que o plano prevê, então claramente engloba a “possibilidade objetiva de aproveitamento do solo”. Ou seja, se um plano prevê a aptidão construtiva a um terreno, essa é a sua possibilidade objetiva de aproveitamento; não se vê forma de não assim se considerar. E isso tem, como defendemos, consequências...

Por isso, quanto a este primeiro conceito, consideramos, até, que o legislador do RJIGT o alargou, numa interpretação extensiva que a letra da lei permite. Daí se concordar com o Acórdão do STA, quando considera que se trata de um “mero afinamento de conceitos benéfico para os particulares”.

Questão mais controversa está, pois, no segundo conceito: “direitos juridicamente consolidados” permite ao legislador do RJIGT, na verdade, enveredar pela consideração apenas de atos de licenciamento, pois o *jus aedificandi*, como referimos, apenas se consolida com tais “permissões” concretas; porém, esta é uma visão restrita, de constitucionalidade muito duvidosa e de resultados, como o verificado no caso em apreço, injustos... E sendo a justiça

o valor supremo do Direito, consideramos que ao intérprete (*in casu*, o legislador do RJIGT) caberia prosseguir uma interpretação extensiva, ao ponto de incluir nos “direitos de uso do solo juridicamente consolidados” as expectativas jurídicas criadas regulamentarmente pelos planos.

Porém, conceda-se, a interpretação restritiva, à letra, meramente formal, desenvolvida pelo STA não está ferida de legalidade, pois não cremos que o artigo 143.^o RJIGT tenha restringido os casos de indemnização previstos pelo legislador da Lei de Bases no artigo 18.^o, n.^o 2⁵⁶.

Questão diversa é saber se tal restrição acompanha os ditames constitucionais, o que nos obriga a uma análise mais detalhada dos n.^{os} 2 e 3 do artigo 143.^o do RJIGT.

c. O artigo 143.^o, n.^o 2: indemnização pela violação de direitos adquiridos por parte de certas disposições do Plano

Na nossa perspetiva, o legislador do RJIGT foi coerente quando nos n.^{os} 2 e 3 do artigo 143.^o distinguiu duas situações, na esteira do que havia definido no artigo 71.^o, onde diferencia *classificação ou qualificação de reclassificação ou requalificação*; no seguimento de tal diferenciação, reserva o n.^o 2 para os casos de *classificação ou qualificação* e o n.^o 3 para os casos de *reclassificação ou requalificação*.

Assim, seguindo a tese sufragada pelo STA e equiparando as *possibilidades juridicamente consolidadas* a atos de licenciamento, o legislador no n.^o 2 incluiu, apenas⁵⁷, as situações em que o plano põe em causa, revogando ou fazendo caducar, as licenças ou admissões de comunicações prévias⁵⁸ de construção, válidas e emitidas previamente à sua entrada em vigor⁵⁹ (registre-se, aqui, que a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes em alargar estas “possibilidades juridicamente consolidadas” a outros atos administrativos constitutivos de direitos, como pedidos de informação prévia favoráveis⁶⁰ e aprovações de projeto de arquitetura⁶¹).

Mas trata-se, portanto, de casos em que existe violação de “direitos adquiridos” por ato administrativo prévio e válido.

Ora, esta violação opera-se independentemente do prazo em que ocorra a elaboração e estipulação das normas do Plano, nada tendo a ver, portanto, com o n.^o 3, que está reservado, como veremos, para casos de revisão (alteração ou suspensão) dos planos. Porém, ALVES CORREIA⁶² integra neste n.^o 2 os casos de diminuição ou supressão de uma modalidade de utilização conferida por um plano, por efeito da sua revisão, alteração ou suspensão, mesmo que tenha lugar após os 5 anos, atribuindo um direito a indemnização; seguindo esta

⁵⁶ Posição contrária assume ALVES CORREIA, em *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 769 ss.

⁵⁷ A doutrina tem-se inclinado para abranger outras situações, nomeadamente casos de reserva de terrenos e de destinação de parcelas de terrenos a espaços verdes privados. FERNANDA PAULA OLIVEIRA integra-os no n.^o 2 do artigo 143.^o (ver *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., págs. 487 e 488), enquanto que ALVES CORREIA considera que este normativo não as abarca (ver *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 774 ss).

⁵⁸ Ver nosso *A Comunicação Prévia: do modelo teórico à experiência autárquica*, em *Direito Regional e Local*, n.^o 14 (Abril/Junho 2011), pág. 63 ss.

⁵⁹ ALVES CORREIA (em *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 771) fala, ainda, de atos administrativos relativos a loteamentos, mas a jurisprudência administrativa tem considerado não incluí-los aqui, porquanto os licenciamentos de loteamento não atribuem direitos de edificação (ver DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., nota 17, pág. 53 e nota 57, pág. 75).

⁶⁰ Ver nosso *Pedidos de Informação Prévia: Uma Necessidade por incúria legislativa ou municipal? Um novo paradigma e implicações no respectivo regime jurídico*, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume II (2012), pág. 13 ss.

⁶¹ Ver, entre outros, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Duas Questões no Direito do Urbanismo: Aprovação do projeto de arquitetura (ato administrativo ou ato preparatório?) e Eficácia de alvará de loteamento (Desuso)*, anotação ao Acórdão do STA de 5-5-1998, CJA n.^o 17, págs. 51 ss; MARIO TORRES, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.^o 40/2001*, CJA n.^o 27, págs. 41 ss; ANTÓNIO CORDEIRO, *Arquitetura e Direito*, págs. 281 ss; ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 771 ss.

⁶² *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 787.

tese, cremos que, na prática, está a concordar com FERNANDA PAULA OLIVEIRA e o Acórdão do TCASul proferido nos autos em apreciação, atribuindo o mesmo efeito que resulta da consideração dos requisitos indemnizatórios consagrados no n.º 3 como, afinal (ao invés do que defende), disjuntivos...

Na verdade, o autor considera que este artigo prevê que a revisão, alteração ou suspensão de um Plano possa dar lugar a indemnização após o decurso do prazo de 5 anos de vigência do Plano, embora por efeito do seu n.º 2, constituindo, portanto, uma norma que “derroga” a norma específica que trata das figuras da dinâmica dos planos, o seu n.º 3! Com todo o respeito, cremos que assim não poderá ser, pois se o legislador viu necessidade de estabelecer um número autónomo para as situações referentes à dinâmica dos planos, seguindo a lógica do artigo 71.º (como constatamos), é porque as quis destacar da norma geral do n.º 2. E percebe-se, pelo que já referimos quanto aos prazos de vigência dos Planos, ao princípio da flexibilidade do plano ou da susceptibilidade da sua adaptação às realidades urbanísticas⁶³ e à incúria dos proprietários...

Sendo assim, uma integração nos casos indemnizatórios do artigo 143.º desta situação de danos decorrentes de uma expropriação de sacrifício ou substancial, como a que está em causa, só pode ocorrer por via da interpretação corretiva defendida por FERNANDA PAULA OLIVEIRA (e sufragada no Acórdão do TCASul revogado pelo STA na decisão em análise): serem os requisitos do n.º 3 disjuntivos.

Percebendo as doutas fundamentações de ambos os autores, ousamos delas discordar, apesar de considerarmos que estas verdadeiras expropriações substanciais [casos em que a revisão, alteração e suspensão dos planos, ocorridas após 5 anos da sua vigência, põem em causa direitos adquiridos por ato administrativo válido (e que, nos termos do artigo 71.º do RJUE, não caducou)], deveriam dar lugar a indemnizações, como veremos. Porém, não foi essa (consciente ou inconscientemente) a opção do legislador do RJIGT⁶⁴; ou seja, mesmo que se defenda que “*não faz sentido excluir da indemnização danos só pela simples razão de eles terem a sua origem na alteração, revisão ou suspensão dos planos municipais*”⁶⁵, não podemos partir desta eventual “justiça” para corrigir a norma estipulada, numa “engenharia interpretativa”, corretiva, que extravasa e viola a letra da lei, que, aliás, tem sido objeto, como infelizmente vem sendo habitual na Jurisprudência Administrativa portuguesa (mesmo com a “reforma do contencioso” e a consagração de artigos como o 2.º e 7.º do CPTA), de uma interpretação restritiva e formal, como a prosseguida no Acórdão em referência...

d) O artigo 143.º, n.º 3 (e n.º 5): requisitos cumulativos ou disjuntivos?

Esta constatação e diferenciação das situações do n.º 2 e 3 levam-nos para uma análise do n.º 3, especificamente previsto para os casos de “revisão” dos planos, neles se incluindo as outras figuras jurídicas da dinâmica dos planos: a *alteração* e a *suspensão* (cfr. artigo 93.º do RJIGT).

Relativamente à divisão da Doutrina e da Jurisprudência *supra* referenciada, quanto à interpretação deste normativo, consideramos, de facto, que a letra da lei impele para a consideração dos dois requisitos exigidos no n.º 3 como **cumulativos**. Desta forma, concordando com as explicações do STA, entendemos que o n.º 3 do artigo 143.º estabelece “*dois requisitos para a existência do direito de indemnização; e é fácil ver que eles constituem um desdobramento*

⁶³ ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, págs. 520 e 521.

⁶⁴ O que pode dar origem a uma inconstitucionalidade material, como avança a doutrina, até para casos análogos (ver F. ALVES CORREIA, pág. 791, e para os tais casos análogo, págs. 779 ss), se consideramos que esta situação consubstancia uma verdadeira expropriação substancial ou de sacrifício, como tal merecedora do dever de indemnização, ao abrigo dos artigos 2.º e 9.º, alínea b) da CRP, que consagram o princípio do Estado de direito democrático, e do artigo 13.º, que estabelece o princípio da igualdade (designadamente, dos cidadãos perante os encargos públicos).

⁶⁵ Como alega ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I (4.ª Edição), pág. 789.

explicativo de algo já insito no n.º 2. Assim, e por um lado, o n.º 3 diz que só têm alcance expropriativo e, portanto, indemnizatório as «restrições» («às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo») que resultem da «revisão dos instrumentos de gestão territorial» (dadores daquelas possibilidades) ocorrida «dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor». Passado esse período, a supressão das «possibilidades» entretanto não realizadas perde significado expropriativo, por dever triunfar o primado da flexibilidade dos planos. Por outro lado, só há direito a indemnização se aquela «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial que autonomamente consagravam as agora restringidas possibilidades de aproveitamento do terreno) determinar «a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido». E esta exigência acresce, evidentemente, à anterior – como mostra o facto dela começar com um verbo no gerúndio, ou seja, dela se referir a uma acção que necessariamente acompanha o que atrás se dissera. Ademais, este outro requisito explicita que as «possibilidades juridicamente consolidadas», aludidas no n.º 2, são, afinal e tão só, as decorrentes de um qualquer «licenciamento prévio».”.

Desta forma, o n.º 3 estabelece como requisitos indemnizatórios cumulativos:

- i. Que as restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo resultantes da revisão, alteração ou suspensão dos planos ocorram dentro do período de 5 anos após a sua entrada em vigor;
- ii. Que delas resultem a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido;

Pelo que se corrobora a interpretação seguida no Acórdão do STA em comentário.

Porém,

e) A nossa opinião – em jeito de modesto contributo para a futura norma

Consideramos que as situações de revisão, alteração e suspensão dos planos, ocorridas após o período de 5 anos da sua vigência, e que coloquem em causa direitos adquiridos por ato administrativo válido (que, nos termos do artigo 71.º do RJUE, não caducou), deveriam dar lugar a indemnizações. Portanto, o lapso temporal em que ocorrer a revisão do plano seria, apenas, determinante para as situações em que não existem atos administrativos constitutivos de direitos, mas meras expectativas jurídicas oriundas das normas dos planos, nos termos *supra* explanados.

E esta “justiça” não tange, repete-se, com o princípio da flexibilidade dos planos, pois nenhuma limitação ao poder ou função pública de planear e alterar pode dela ser retirada; os titulares do poder-dever de planear (e de planear adequadamente, com a respetiva execução programada, como exige a Lei⁶⁶) permanecem na sua plenitude com tal função (sob pena, até, de inconstitucionalidade...⁶⁷), mas a sua prossecução ou exercício implicam, igualmente, responsabilidade⁶⁸ e, seguramente, a inclusão nos planos vinculativos dos particulares de corretos e justos mecanismos de perequação dos benefícios e encargos deles resultantes, que prevalecem sobre o dever indemnizatório.

Por conseguinte, podendo o Plano ser revisto, alterado ou suspenso, nos termos gerais, as opções que forem tomadas e que configurem uma subtração ou diminuição de uma modalidade de utilização do solo que implique a caducidade ou alteração das condições de um ato administrativo válido não poderão deixar de ter a necessária e correspondente “responsabilidade”, tal como genericamente está prevista no regime geral da revogação de

⁶⁶ Cfr. artigos 4.º e 16.º da LBPOTU e 118.º, n.º 1, 138.º a 142.º do RJIGT. Aliás, defendemos que o artigo 118.º do RJIGT estipula igualmente um verdadeiro dever de execução programada e sistemática dos planos.

⁶⁷ Cfr. artigos 9.º e 65.º, n.º 4 da CRP. Ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 140 ss.

⁶⁸ Princípio consagrado no artigo 5.º alínea g) da LBPOTU (Lei n.º 48/98, de 11-8, com a versão introduzida pela Lei n.º 54/2007, de 31-8), embora numa ótica ligeiramente diversa.

atos administrativos, consagrado no Código do Procedimento Administrativo [cfr. artigo 140.º, n.º 1 alínea b), que consagra o princípio da irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos, que, assim, são apenas revogáveis, nos termos do artigo 141.º do CPA, com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso]⁶⁹.

Assim, estando perante atos constitutivos de direitos, a sua “revogação” pelo plano deverá originar, naturalmente, um dever indemnizatório, por consubstanciar um ato substancialmente expropriativo.

E não se diga que nestas circunstâncias deve haver um prazo para a aquisição do direito indemnizatório (diferente, evidentemente, é o prazo de caducidade para o seu exercício); o dano da confiança, nestes casos, não está na estabilidade do plano, mas antes na prolação de um ato administrativo constitutivo de direitos, que para todos os efeitos se presume válido, nos termos gerais; por outro lado, tal ato tem um regime próprio, pois tratando-se de uma “permissão urbanística”, o RJUE contém regras específicas, designadamente no que tange a respetiva caducidade (cfr. artigo 71.º); mais, se as entidades públicas cumprirem o seu dever de planear (com mecanismos de perequação, como impõe o artigo 136.º do RJIGT) e de execução programada e sistemática dos planos, em que existirá um dever do particular em “adequar as suas pretensões às metas e prioridades estabelecidas pelo município, para além do dever de participarem no financiamento da infraestrutura geral”⁷⁰ (que é a nova lógica do planeamento)⁷¹, por maioria de razão os direitos adquiridos por via de atos constitutivos devem ser respeitados, sob pena da necessidade constitucional de uma justa indemnização.

Desta forma, a inércia ou incúria do proprietário apenas deverá ser sancionada e fará algum sentido para os casos já referidos, em que um terreno deixa de ter aptidão construtiva e o seu proprietário não desenvolveu durante um certo lapso de tempo (hoje de 5 anos) as diligências necessárias à obtenção da licença ou da admissão de comunicação prévia para a realização da operação urbanística admitida no Plano objeto de revisão, alteração ou suspensão; mas estabelecer um prazo de “validade” para os atos constitutivos do direito concreto de construir já não merece o nosso aplauso, pelo que discordamos aqui, novamente, das opções legislativas. A ideia inversa ínsita na lei e na interpretação do STA viola o *princípio da proteção da confiança*, inserto no princípio do Estado de direito democrático, tal como admitido pelo Tribunal Constitucional, que por diversas vezes se tem pronunciado sobre a ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado e dos entes públicos, o que implica um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas (e, consequentemente, a confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica).⁷² Consideramos, pois, que este princípio não se restringe à atividade normativa, mas a toda a atividade administrativa, pelo que a prolação de atos administrativos válidos está (igualmente) no âmbito da sua atuação, sendo que a postergação de forma intolerável, opressiva e demasiado acentuada dos direitos adquiridos através dos respetivos atos permissivos de edificação terá necessariamente de merecer a devida sanção, independente dos prazos em que tal postergação ocorra: o dever de indemnização pela expropriação substancial que implica o seu afastamento da ordem jurídica.

Assim, consideramos que numa revisão do RJIGT (necessariamente a ocorrer se entrar em vigor a nova Lei dos Solos), estas duas situações que aqui retratamos deverão ser contempladas

⁶⁹ Ver anotações aos respetivos artigos de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e JOÃO PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*.

⁷⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, RJIGT Comentado, pág. 428.

⁷¹ E que tudo indica será ainda mais se o Projeto da Nova Lei dos Solos for aprovado (consultar site da DGOTDU). Sobre Programação Territorial e seus vários instrumentos, ver JOSÉ LUIS CUNHA, *Apontamentos em Matéria de Programação Territorial*, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume I (2012), pág. 279 ss.

⁷² Como expressamente refere ALVES CORREIA, no *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., na nota 64 pág. 791, com identificação de inúmeros Acórdãos do Tribunal Constitucional.

como casos especiais de indemnização dos danos resultantes dos planos direta e imediatamente vinculativos dos particulares, pois inegavelmente consubstanciam uma “expropriação do plano” merecedora de tutela indemnizatória:

- i. Indemnização pela perda ou diminuição da potencialidade ou da aptidão construtiva sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano ocorra dentro de certo período temporal a contar da sua entrada em vigor, independentemente de o proprietário ser (já) titular de qualquer ato administrativo constitutivo do direito concreto de construir.
- ii. Indemnização pela perda ou diminuição da potencialidade ou da aptidão construtiva sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano, independentemente do tempo em que ocorram, ponha em causa o respetivo ato administrativo constitutivo do direito concreto de construir.

Estas são verdadeiras expropriações de sacrifício ou substanciais que carecem de tutela, por evidentes razões de Justiça.

7. Inconstitucionalidade material

Resta saber se tais “omissões” estão feridas de inconstitucionalidade ou não (como expendido no acórdão do STA).

Antes de mais, devemos confirmar a ideia de que consideramos esta não previsão como verdadeira “omissão”, pois cremos que seria o espírito do legislador da LBPOTU (já vimos que não foi, contudo, a letra da lei) indemnizar todas as *restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriações*, o que implicaria a previsão da primeira situação *supra* referida; bem como, indemnizar todas as *restrições significativas a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados*, o que implicaria a previsão da segunda situação *supra* referida.

Porém, tal não aconteceu, o que, se afasta o problema da “ilegalidade” do n.º 3 do artigo 143.º (pois, com o STA, entendemos que este normativo não é infiel à Lei de Bases), levanta fortes dúvidas sobre a sua conformidade constitucional.

O STA no Acórdão em análise afastou essa alegação⁷³, mas não estamos certos da sua justiça (uma vez mais).

Em primeiro lugar, o **princípio da igualdade** consagrado no artigo 13.º da CRP, e a sua vertente da igualdade na repartição dos encargos públicos, exige um outro tratamento, pois se as situações de quem é titular de uma licença e de quem apenas possui legítimas expectativas criadas por normas urbanísticas é diferente (como acentua o STA), elas não são assim tão radicalmente diferentes que justifiquem tamanha diferenciação e desproporção de tratamento: uns são “ressarcidos” com indemnização, os outros *com nada!* O tratamento desigual dispensado a ambos os proprietários não acompanha, assim, a muito menor desigualdade das respetivas situações.

É evidente que, quem tem apenas legítimas expectativas, pode muito bem nunca as “confirmar”, pois, como dissemos aquando da abordagem ao *jus aedificandi*, a sua pretensão pode ser indeferida por qualquer razão (legal e fundamentada); este proprietário ainda não é titular de qualquer *jus aedificandi*, como vimos. Mas não deixa igualmente de ser verdade que, sendo os planos que definem o regime do uso do solo, essa definição pode gerar uma aptidão ou potencialidade construtiva de tal forma evidente que essa atribuição é um fator inegável e de importância capital na determinação do valor do solo.

Como acima definimos, a diferença entre o direito abstrato (definido no plano) e o direito concreto (definido em ato administrativo) de construir não pode justificar uma diferença tão grande de tratamento ao ponto de o afastamento do primeiro não merecer qualquer tutela,

⁷³ Que seguiu as ideias de ALVES CORREIA, no *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 791.

pelo que consideramos violados os princípios da igualdade e da proporcionalidade, não acompanhando, assim, a doughta decisão do STA no aresto em anotação. Ao diferenciar o que é diferente, deve o legislador fazê-lo dentro dos limites impostos pela necessidade, adequação e proporcionalidade, o que não aconteceu, pelo que pensamos que a diferenciação deveria ocorrer (apenas) quanto ao critério indenizatório das duas situações em comparação.

Por outro lado, consideramos, ainda, que a situação decidida pelo STA demonstra a violação do n.º 2 do artigo 62.º da CRP, enquanto norma que exige para outras figuras afins que afetem a propriedade ou os direitos patrimoniais dos cidadãos, os mesmos “limites” previstos para a requisição e expropriação. Por isso, não fazendo o *jus aedificandi* parte do direito de propriedade, não podemos deixar de lembrar que o proprietário era titular de um direito patrimonial importante, um terreno com capacidade edificativa, e que, por alteração regulamentar válida e justificada, o deixou de ser, com a consequente diminuição brutal do seu direito patrimonial, num nexo de causalidade que não pode deixar de merecer a devida tutela indenizatória.

Não é, pois, o *jus aedificandi* que se estaria a indemnizar, mas a perda do valor, a perda de um evidente direito patrimonial que desaparece ou encolhe com a alteração do plano, o que não pode deixar de ser comparável a uma expropriação do plano. O próprio STA admite no aresto em análise que o terreno “perdeu entretanto a aptidão edificativa que já tivera”, mas disso não retira a devida ilação: esta diminuição ou supressão de um direito abstrato de construção, importante e capital fator na determinação do valor do terreno, merece a tutela do Direito. Daí que não se entenda o juízo restritivo e irrealista de que só o direito (concreto) de construir, o *jus aedificandi*, é que constitui “*faculdade incrementadora do valor do seu direito de propriedade sobre o terreno*”!! (se assim fosse, o mercado imobiliário apenas vivia de terrenos com licença de construção, o que não é verdade, como é do conhecimento de todos). Por tudo isto, cremos que o direito da autora no caso analisado não ficava à margem do n.º 2 do artigo 62.º da CRP, pelo que se o plano não prevê mecanismos de perequação compensatórios, então terá de haver lugar ao meio subsidiário: a indemnização. Obviamente que esta terá de ser, naturalmente, diferente da “justa indemnização” das expropriações clássicas e das expropriações decorrentes da caducidade ou “revogação” de “licenças”, mas não poderá é deixar de existir...

Uma vez mais a distinção de situações se faria quanto ao critério da indemnização.

Por conseguinte, pautamos de inconstitucional o n.º 3 do artigo 143.º; e não afasta este juízo a futurologia que se faz no Acórdão, um pouco até contra a “ciência” e o fenómeno das “alterações climáticas”, de que o terreno pode vir a retomar a potencialidade edificativa! Este é um argumento que, com todo o respeito, não serve (é o mesmo que não atribuir a alguém uma indemnização pelos prejuízos patrimoniais sofridos porque pode vir a ganhar o *euromilhões*...).

Em segundo lugar, e apesar de não estar em causa nos autos decididos pelo STA, não podemos deixar de registar que a não indemnização de uma “revogação” (*caducidade ou alteração das condições*) de atos administrativos constitutivos do direito de construir sempre que ocorra após certo período, ofende claramente o disposto nos artigos 2.º e 62.º, n.º 2 da CRP.

Efetivamente, como defendemos, ofende, desde logo, o **princípio da proteção da confiança**, insito no princípio do Estado de direito democrático, tal como admitido pelo Tribunal Constitucional, que por diversas vezes se tem pronunciado sobre a ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação dos entes públicos, o que implica um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas... Ainda para mais quando tais direitos são, precisamente, atribuídos pelos entes públicos.

Mais, ofende igualmente e por maioria de razão o n.º 2 do artigo 62.º da CRP, pelas razões *supra* explanadas e que aqui se reproduzem.

Uma norma injusta, a clamar pela sua correta revisão...

8. Conclusão: a Jurisprudência e a interpretação normativa “vencedora”

Não obstante a nossa apreciação e consideração de que não podem deixar de merecer tutela as expectativas jurídicas criadas com a atribuição do *direito abstrato de construção* pelos planos diretamente vinculativos dos particulares, importando os casos de supressão ou compressão dessa aptidão construtiva efeitos equivalentes a uma expropriação, não podemos deixar de admitir que a interpretação normativa assumida largamente pelo STA é a restritiva e formal que consta do Acórdão em referência, pelo que a indemnização por expropriação do plano resultante da sua revisão apenas acontece quando (requisitos cumulativos) as restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo ocorram dentro do período de 5 anos após a sua entrada em vigor e delas resultem a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

Carlos José Batalhão

Mestre em Direito e Advogado especialista em Direito Administrativo