

*Medidas Preventivas de Planos Urbanísticos e Indemnização*¹

RESUMO

As medidas preventivas de salvaguarda dos planos municipais de ordenamento do território são um instituto de direito do urbanismo que comporta, para o direito de propriedade dos solos, fortes e relevantes restrições, uma vez que se traduz na imposição de condicionalismos e limitações ao seu uso, ocupação e transformação. Torna-se, desta forma, imprescindível determinar se as suas disposições ou, pelo menos, algumas delas apresentam dignidade indemnizatória, ou seja, se podem ser perspectivadas como verdadeiras expropriações de sacrifício.

Sendo consideradas as suas restrições, via de regra, como tendo uma eficácia meramente conformadora do direito de propriedade, vale o presente artigo para se proceder a um estudo dos casos e dos termos em que a aplicação das medidas preventivas deve, excepcionalmente, dar lugar a indemnização aos proprietários que a elas ficam sujeitos, com o auxílio, na ausência de uma regulamentação legal expressa, da doutrina e jurisprudência estrangeiras, em especial a alemã e a espanhola.

1. A questão.

As medidas preventivas dos planos urbanísticos são um instrumento jurídico de natureza cautelar cuja função é a de impedir que as circunstâncias e condições que serviram de base à elaboração dos planos se alterem tornando, assim, possível ou, pelo menos, menos onerosa a sua execução futura. Um dos aspectos mais importantes na caracterização destas medidas consiste no facto de elas comportarem, para o direito de propriedade dos solos, fortes e relevantes restrições à sua utilização, mediante a imposição de condicionalismos e proibições a certas formas de uso, ocupação e transformação dos solos.² Cabe, assim, perguntar se a sua adopção não comportará, para os proprietários destes, restrições excessivas nos seus direitos, a ponto de tais medidas deverem ser perspectivadas como verdadeiras medidas expropriativas.

Torna-se necessário, para responder a esta questão, averiguar os efeitos provocados por tais vinculações negativas na propriedade dos solos, ou seja, verificar se alguma das suas imposições apresenta dignidade indemnizatória e, em caso afirmativo, fundamentar a responsabilidade da Administração. O mesmo será perguntar se as limitações impostas pelas medidas preventivas podem assumir carácter expropriativo, estando, como tal, sujeitas ao pagamento de uma justa indemnização ou se, pelo contrário, elas definem apenas o conteúdo e os limites do direito de propriedade em nome da *função social* que os bens desempenham e, como tal, não estão sujeitas a qualquer ressarcimento.

2. As medidas conformadoras do direito de propriedade dos solos e as expropriações de sacrifício: distinção.

É hoje comumente aceite pela doutrina jurídica comparada, que o direito de propriedade está subordinado a um limite imanente à sua estrutura, designado por *função social* ou *vinculação social* (*Sozialbindung*).³

Em vários ordenamentos jurídicos tal obrigação social é, aliás, expressamente referida nos seus textos constitucionais.⁴

Apesar de a nossa Constituição não fazer referência expressa à função social da propriedade, tal vazio não poderá, de modo algum, ser interpretado como a adopção de um conceito absoluto e ilimitado de propriedade, à semelhança da velha maneira liberal.⁵ Com efeito, pese embora a ausência de uma alusão expressa à função social da propriedade na nossa lei fundamental, ela não pode deixar de ser retirada de alguns dos seus preceitos.⁶ Assim, a propriedade encontra-se hoje, também no nosso ordenamento jurídico, sujeita à socialização da sua função.⁷

A consequência normal e lógica da função social da propriedade privada é a de legitimar a lei e a Administração a produzir restrições ou compressões às faculdades de uso, fruição e disposição dos solos sem que se verifique, em princípio, uma obrigação de indemnização.⁸

É, porém, necessário fazer uma distinção entre este tipo de medidas simplesmente conformadoras do direito de propriedade, em nome da sua função social, e aquelas outras que se enquadram no conceito de expropriação de sacrifício (*Aufopferungsenteignung*), a qual se caracteriza por uma destruição ou limitação essencial de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição, mas à qual falta, porém, o momento translativo do direito, bem como a relação tripolar entre beneficiário da expropriação, expropriado e entidade expropriante.⁹ Com efeito, actualmente a expropriação assume dois sentidos claramente distintos. Por um lado, trata-se de um processo baseado num acto de autoridade da Administração com vista à aquisição e transferência da propriedade, em proveito de um terceiro beneficiário, ou à constituição de direitos reais ou outros, em proveito do Estado ou de um terceiro, por motivos de utilidade pública (expropriação em sentido clássico). A jurisprudência e doutrina alemãs vieram, no entanto, alargar o conceito de expropriação, ao enquadrarem nele também as situações em que a Administração imponha ao particular um sacrifício que despoja o direito de propriedade dos seus caracteres fundamentais (núcleo essencial), embora ele se mantenha intocável na sua titularidade. Trata-se de intervenções que não envolvem a perda da titularidade do direito mas apenas a privação de alguns direitos inerentes à qualidade de proprietário ou de algumas “faculdades” ou “irradiações” da propriedade.¹⁰

É em relação a este sentido de expropriação, que põe o assento tónico no sacrifício do expropriado susceptível de indemnização, que se levanta a questão de definir a linha que o separa daqueles atentados ao património dos particulares que se limitam a definir o conteúdo e limites do direito de propriedade, concretizando a sua função social, não sujeitos, por isso, a qualquer ressarcimento.¹¹

3. As medidas preventivas: medidas conformadoras do direito de propriedade dos solos ou expropriações de sacrifício?

No ordenamento jurídico português, o art. 11º da Lei dos Solos, ao determinar que as restrições decorrentes das imposições das medidas preventivas não conferem ao particular afectado o direito a qualquer indemnização, inclui-as na figura da vinculação social da propriedade dos solos. Alves Correia refere que elas se inserem na vinculação situacional dos solos (*Situationsgebundenheit*) - subespécie da vinculação social.¹²

Assim, as restrições à possibilidade de utilização dos solos decorrentes das medidas preventivas serão como que imanentes à sua especial situação factual. Será a ligação entre a obrigação anormal que impende sobre o interessado e a situação factual do terreno, que justificará o carácter não expropriativo das medidas preventivas. Deste entendimento podemos concluir que as limitações ou restrições impostas pelas medidas preventivas têm apenas uma eficácia conformadora do direito de propriedade dos solos.

Esta solução é também normalmente seguida noutros ordenamentos jurídicos europeus. É o caso do alemão onde, como afirma Krautzberger, a *Veränderungssperre* se insere, para o proprietário dos solos, no quadro da função social da propriedade.¹³

Sobre este aspecto Rüdiger Breuer afirma que, no direito alemão, a *Veränderungssperre* bem como o *Zurückstellung von Baugesuchen*, são vistos como limitações provisórias à utilização dos solos, ou seja, como um “*antecampo*” das limitações definitivas que serão introduzidas pelo plano urbanístico. Da mesma forma que as limitações definitivas deste devem ser consideradas, via de regra, como conformadoras e delimitadoras do conteúdo do direito de propriedade e, como tal, livres de indemnização, o mesmo se deve considerar em relação às limitações provisórias daquelas medidas de garantia dos planos.¹⁴

Assim, a *interdição de alteração* e o *adiamento da apreciação de projectos* concretizam, em princípio, a obrigação social da propriedade, o que significa que elas determinam o conteúdo e limites desta, estando, como tal, livres de indemnização. No entanto, e como muito bem afirma este Autor, aquelas medidas não podem, sempre e ilimitadamente, ser qualificadas como determinações delimitadoras do conteúdo e limites do direito de propriedade, livres de indemnização (...*entschädigungsfreie Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums*...). Com efeito, o quadro jurídico destas medidas pode servir de base a um bloqueio excessivo e incalculável à utilização dos solos, a ponto de elas poderem ser consideradas como verdadeiras expropriações. Assim, no direito alemão, as medidas correspondentes às nossas medidas preventivas preenchem, mediante determinados pressupostos (os pressupostos formais e materiais da expropriação de sacrifício), o conceito de expropriação sujeita a indemnização.

Deste modo, segundo Breuer, o legislador deve, por força da constituição, realizar a tarefa de desenhar a *Veränderungssperre* quanto ao seu âmbito material e temporal, isto é, determinar quais as suas características que lhe permita enquadrar-se na vinculação social, não devendo, no entanto, deixar de definir em que medida a *Veränderungssperre* é excepcionalmente admitida como expropriação de sacrifício sujeita a indemnização. O legislador alemão deu cumprimento a esta exigência ao prescrever no BauGB, por um lado, os §§ 14 a 17, onde define a *Veränderungssperre* e o *Zurückstellung von Baugesuchen*, limitados temporal e materialmente e, por outro lado, o § 18, que determina uma indemnização para as proibições que durem mais de quatro anos.

Da mesma forma, também no direito espanhol se admite indemnização para alguns casos de *suspensão de outorga de licenças*, conforme se verá daqui a pouco.¹⁵

Ora, a questão que importa solucionar neste momento é a de saber se no nosso ordenamento jurídico, onde as medidas preventivas se incluem dentro da função social do direito de propriedade dos solos, se poderá de admitir um raciocínio deste tipo, a ponto de podermos concluir que, em determinadas circunstâncias, as suas limitações poderão dar origem a indemnização.

Freitas do Amaral responde, em parte, a esta questão. Afirma o Autor que a nossa legislação prevê a adopção de medidas preventivas que podem ir ao ponto de proibir a construção ou outras utilizações dos solos durante alguns anos. Reconhece este ilustre administrativista que o regime jurídico das

medidas preventivas está, todo ele, moldado em função de exigências de interesse público, mas afirma que o Direito Administrativo implica necessariamente a busca pelo melhor equilíbrio entre os poderes conferidos à Administração para a prossecução do interesse público e as garantias reconhecidas aos particulares para a protecção dos seus direitos e interesses legítimos.

Devido a esta exigência, defende Freitas do Amaral que se devem “*estudar os casos e os termos em que a aplicação de medidas preventivas deva dar lugar a indemnização aos proprietários que ficam a elas sujeitos. Se assim não for, o princípio da igualdade ficará violado em muitos casos, pois haverá particulares prejudicados com as medidas preventivas e, ao lado deles, outros altamente beneficiados, apenas por estarem fora da respectiva zona de incidência.*”¹⁶

A questão de saber quando é que uma medida preventiva se transforma, de uma vinculação social da propriedade não acompanhada de indemnização, numa medida de carácter expropriativo que reclama uma indemnização adequada, acaba por ser a mesma de saber onde fica a fronteira que separa as restrições à utilização dos solos que se limitam a conformar o direito de propriedade, daquelas que se traduzem numa verdadeira restrição do direito e que, por isso, se consideram como expropriações de sacrifício.

Antes de analisarmos a questão à luz do nosso ordenamento urbanístico vejamos como o direito estrangeiro resolve esta questão, por forma a verificar se o que aí vigora pode ser utilizado ou adaptado ao nosso direito.

Vejamos, assim, em que situações é que as restrições impostas pelas medidas de salvaguarda dos planos podem dar origem a indemnização, em especial no direito espanhol e alemão, onde esta matéria está regulada de uma forma expressa.¹⁷

3. 1. Direito espanhol.

No direito espanhol, a medida de *suspensão da outorga de licenças* não dá, por si só, direito a indemnização, isto é, o impedimento transitório ou mesmo definitivo (se após a vigência do plano que se pretendia garantir, o projecto pretendido pelo particular resultar como não autorizável) do exercício do *jus aedificandi* conforme com o normativo em vigor mas suspenso na sua eficácia, não dará lugar a indemnização.

Neste aspecto, o direito espanhol acompanha a maior parte dos ordenamentos europeus, que não reconhecem o direito de indemnização pelas restrições impostas por medidas deste tipo. No entanto, o art. 121º do Regulamento do Planeamento Urbanístico Espanhol (aprovado pelo Real Decreto 3288/1978, de 23 de Junho), no seu nº 2, regula uma hipótese de indemnização devida pela *suspensão da outorga de licenças*. Com efeito, reconhece este regulamento o direito de o requerente da licença de edificação ser indemnizado do custo oficial dos projectos (honorários do arquitecto) ou da parte dos mesmos que tenham sido rectificadas, bem como da devolução, sendo caso disso, das taxas municipais.¹⁸ No entanto, para que o requerente da licença tenha direito a ser indemnizado é necessário que se verifiquem os seguintes requisitos: apresentação do requerimento à Administração antes da entrada em vigor (publicação) da *suspensão da outorga de licenças* e conformidade do projecto apresentado com o normativo vigente (o que é lógico, pois uma pretensão ilegal não pode constituir título legítimo de um direito de indemnizar).¹⁹ Para além disto, a indemnização terá de ser requerida pelo particular afectado. O prazo será de um ano a contar da aprovação definitiva do novo plano. Isto significa que o direito à indemnização apenas é exigível no momento em que o plano que motivou a suspensão seja aprovado definitivamente, pois só a partir desse momento é possível determinar se o projecto é ou não incompatível com o novo ordenamento. Apenas no primeiro caso, e na medida de tal incompatibilidade, subsistirá o direito a indemnização.²⁰

Para uma sentença de 24 de Novembro de 1977, do Tribunal Supremo espanhol, citada por González Pérez, a indemnização do custo dos projectos é, ao fim e ao cabo, uma aplicação especial do princípio geral sobre indemnização, que impõe à Administração Pública a obrigação de reparar lesões causadas nos direitos dos particulares quando estes cedam ante o exercício de poderes administrativos, mas com a especialidade, neste caso, de ser a própria norma que presume a existência de lesões, pelo simples facto de a elaboração do projecto e a sua apresentação ante a Administração terem sido efectuados antes da decisão de suspensão de licenças, fixando a própria mensurabilidade do dano equivalente ao custo dos projectos. É a própria lei que declara e dá por certa a realidade do dano e o alcance da sua importância económica, correspondendo à Administração, a quem se opõe a pretensão indemnizatória, o encargo da prova de que o projecto apresentado é perfeitamente utilizável uma vez decorrido o período de suspensão, já que tal demonstração destruirá a presunção do dano contida em tal artigo.²¹

3. 2. Direito alemão.

Relativamente ao ordenamento jurídico alemão, o legislador definiu nos quatro anos de restrições impostas pela *interdição de alteração* (*Veränderungssperre*), eventualmente precedidas por um *adiamento da apreciação do projecto* (*Zurückstellung von Baugesuchen*) o limite que permite distinguir a função social da propriedade que deve ser suportada sem indemnização e as situações de obrigação de indemnização, desde que os outros pressupostos para tal, como por exemplo, os danos patrimoniais diminuidores do valor dos solos, estejam verificados.

Com efeito, todo o particular que tenha sido afectado por estas medidas (separada ou conjuntamente ou ainda com eventuais prorrogações, feitas nos termos do § 17 do BauGB), por um prazo inferior a quatro anos, não terão, em princípio, direito a indemnização por danos decorrentes de tais restrições. Mas se o particular tiver estado impedido de utilizar os seus solos para determinadas finalidades admitidas pelo ordenamento em vigor, por um prazo superior a quatro anos, quer o tenha sido exclusivamente pela via da *interdição de alteração* quer através desta conjuntamente com o *adiamento de apreciação dos projectos*, passará a ter direito a uma indemnização, calculada nos termos do § 18 do BauGB.²² Adoptou, assim, o legislador alemão o princípio segundo o qual a interdição de alteração de um imóvel se transforma, pelo decurso do prazo de quatro anos, de uma vinculação social da propriedade não acompanhada de indemnização, numa medida de carácter expropriativo que reclama um ressarcimento adequado.²³

Não há dúvida que uma *Veränderungssperre* demasiado longa conduz tipicamente a uma perturbação na propriedade privada que necessita de indemnização. O legislador alemão preocupou-se, pois, em determinar em que medida é que a *Veränderungssperre* é excepcionalmente admitida como expropriação de sacrifício sujeita a indemnização.

Rüdiger Breuer afirma, no entanto, que devemos ter também presente a distinção entre aquilo que ele designa por possibilidade qualificada de utilização dos solos e possibilidade de utilização dos solos não qualificada (*qualifizierten und nicht-qualifizierten Bodenutzungsbefugnissen*) ou, de outra forma, possibilidade de utilização dos solos consolidada e possibilidade de utilização dos solos simples (*verfestigten und nicht verfestigten Bodenutzungsbefugnissen*).²⁴

Este aspecto torna-se importante na medida em que, segundo este Autor, não devemos ignorar o facto de que uma *Veränderungssperre* inferior a quatro anos pode atingir, de uma forma sensível, um determinado proprietário (cuja possibilidade de utilização dos solos seja qualificada), assim como uma interdição superior a quatro anos pode não ser significativa para o proprietário afectado.

O que significa então que uma possibilidade de utilização dos solos é qualificada ou está consolidada? Considera-se estarmos perante uma situação destas, quando o proprietário dos solos tenha feito investimentos próprios por forma a poder dar início ao seu aproveitamento. Tais investimentos consistirão no pagamento da elaboração dos projectos (honorários dos arquitectos e engenheiros) ou nos gastos com as operações de preparação da utilização dos solos, para além de outros. Um proprietário só terá, em princípio, o direito a uma indemnização se demonstrar que tinha vontade em utilizar os solos e podia fazê-lo, tendo as medidas de salvaguarda do plano impedido tal utilização. Se, pelo contrário, estivermos perante uma possibilidade de utilização dos solos simples ou não qualificada, Breuer defende que ela pode até ser restringida e limitada definitivamente sem que haja lugar a indemnização. Perante uma possibilidade de utilização dos solos deste tipo, as restrições feitas pela *Veränderungssperre* mantêm-se no quadro da função social, não sujeita a indemnização. No entanto, entende este Autor ser necessário estarem estas restrições limitadas temporalmente, caso contrário seria atribuir ao poder público liberdade plena para atrasar e impedir projectos de forma arbitrária. Daí que elas devam ser indemnizadas quando ultrapassem o prazo de quatro anos previsto no § 18 do BauGB. Uma possibilidade de uso não qualificada ou simples que tenha sido tocada pelas restrições das medidas de garantia do plano ficarão, no entanto, sujeitas a indemnização antes de decorrido aquele prazo, quando forem ilícitas, designadamente, quando não obedeam ao princípio da proporcionalidade ou não sejam necessárias para a execução do futuro plano.²⁵

Já quanto às restrições feitas numa possibilidade de uso qualificada, Breuer entende que estamos perante situações idênticas àquelas que nos termos do § 14.3., do BauGB, são excluídas do âmbito material de aplicação da *Veränderungssperre* (situações enquadráveis no domínio da chamada “protecção do existente” - *Bestandsschutz*). Com efeito, nos termos do § 14.3 do BauGB a posição da esfera jurídica adquirida dos particulares não é desconhecida da lei, ficando assim protegidos os projectos cujas autorizações tenham sido concedidas antes da entrada em vigor desta medida, bem como os trabalhos de manutenção e de reparação dos edifícios e as utilizações nos solos até aí exercidos. Para evitar novos tipos de expropriação, a lei nem sequer estende as proibições decorrentes da *Veränderungssperre* a estas situações.

Pode, no entanto, acontecer que, não tendo ainda sido concedida autorização (e, portanto, numa hipótese que não fica protegida pela *Bestandsschutz*), o proprietário tenha feito despesas com base na confiança de uma possibilidade de uso, confiança essa fundamentada no plano em vigor. Numa situação destas, e como não há ainda autorização, parece não ter de haver qualquer protecção da confiança. Com efeito, a possibilidade de uso que os proprietários consolidaram através de investimentos não é mencionada na cláusula de excepção do § 14.3., do BauGB, ficando, por isso, sujeita à *Veränderungssperre*. A única solução que parece lógica, do ponto de vista da protecção dos direitos e interesses legítimos dos particulares, é a de visualizar estas situações como expropriações de sacrifício e, como tal, conducentes ao reconhecimento de um direito à indemnização.

Face a este quadro, somos levados a questionar, juntamente com a doutrina alemã, se a utilização de um limite temporal (quatro anos) como critério de distinção entre medidas conformadoras do direito de propriedade e medidas de carácter expropriativo é legítima.

Com efeito, como afirma Breuer, o legislador alemão utilizou uma técnica de globalização (*Pauschalierung*) pela medida do tempo, tendo evitado normativizar as circunstâncias de cada caso susceptíveis de implicar uma expropriação sujeita a indemnização. Efectivamente, a globalização pela medida do tempo simplifica e generaliza a delimitação do direito de propriedade, sendo desnecessário debruçarmo-nos sobre as circunstâncias do caso concreto. Coloca-se, no entanto, a questão de saber

se o legislador, ao utilizar esta técnica da *globalização*, não estará a colocar em risco o princípio da igualdade, sendo, por isso, ilegítima. De facto, uma *Veränderungssperre* inferior a quatro anos pode atingir, de uma forma sensível, o proprietário que tenha feito investimentos elevados anteriormente à adopção daquela medida, assim como uma *Veränderungssperre* superior a quatro anos pode não afectar o proprietário quando ele não tenha feito investimentos ou cuja intenção de utilizar os solos seja pouco forte ou nenhuma.

Breuer afirma, no entanto, que se for impossível ou de extrema dificuldade decidir cada caso de acordo com as suas circunstâncias específicas, a técnica da *globalização* torna-se justificada, na medida em que corresponde às situações médias normais.²⁶ Assim, considera-se que, da mesma forma que nos outros ramos de direito, também no direito do urbanismo é possível, no quadro do art. 14. 1 e 2, da Constituição alemã, determinar o conteúdo e limites do direito de propriedade com a ajuda da *globalização*.

A utilização, pelo legislador, desta técnica (*globalização temporal*), com o objectivo de estabelecer uma certa segurança jurídica, acabou por ser “forçada” por alguns aspectos, como seja, o esforço inútil da jurisprudência em encontrar outros critérios de delimitação que não o critério temporal e a impossibilidade de normativizar, de uma forma suficientemente clara e precisa, quais as “limitações à propriedade”, por via de uma *Veränderungssperre*, que têm carácter ou valor de expropriação, através da análise das circunstâncias de cada caso, como o montante dos investimentos feitos pelo proprietário, a urgência dos interesses na construção ou critérios semelhantes para medir as lesões. Do facto de o legislador alemão ter determinado o limite temporal em quatro anos não se pode concluir que ele tenha feito uma utilização errada da discricionariedade de *globalização*. Com efeito, a *Veränderungssperre* necessita, muitas vezes, desta duração para garantia do futuro plano e, por outro lado, este limite não torna tipicamente sem valor os investimentos que tenham sido feitos pelo proprietário ou utilizações já exercidas, nos casos de proibições inferiores a quatro anos. Para isto, torna-se importante verificar se estamos perante uma possibilidade de utilização dos solos qualificada (ou consolidada) ou uma possibilidade não qualificada (simples).

A questão de saber se, e em que medida, uma *Veränderungssperre* lícita que dure menos ou mais de quatro anos está sujeita a indemnização deve ser, pois, respondida, não apenas com base da estatuído no § 18 do BauGB mas também com a ajuda de princípios jurídicos gerais de sacrifício (*allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Aufopferung*).

3. 3. Direito português.

Estamos, neste momento, em condições de podermos comparar o regime jurídico português, em matéria de indemnização por causa das imposições decorrentes das medidas preventivas, com os sistemas jurídicos que aqui analisámos mais em pormenor.

Ao contrário do que se passa no ordenamento urbanístico alemão, o nosso legislador não estabeleceu uma disposição que, como acontece com o § 18 do BauGB, delimite, de uma forma genérica, as medidas preventivas simplesmente conformadoras do direito de propriedade dos solos das medidas preventivas com carácter expropriativo. Entre nós, a inexistência de critérios apriorísticos que permitam desenhar claramente esta linha de fronteira faz com que a determinação das restrições ou imposições das medidas preventivas que devam dar origem a indemnização seja feita na ponderação do caso concreto, tendo em conta as situações típicas de conflito.

Saber em que circunstâncias as medidas preventivas implicam um dever de indemnização para a Administração implica determinar até onde vai, segundo a consciência social de cada época, a

tolerabilidade natural do proprietário, ou seja, até onde se pode restringir sem indemnização. Isto significa que apenas assumirão dignidade expropriativa ou ressarcitória aquelas limitações ou compressões ao direito de propriedade dos solos que, segundo a consciência social de cada época, não se mantenham dentro do grau normal de exigibilidade, fazendo, por isso, perigar o conteúdo dos direitos subjectivos patrimoniais que integram o direito de propriedade.²⁷

Para tornar as coisas mais claras, devemos começar por afirmar que devem ser consideradas como expropriativas, no nosso direito, as imposições decorrentes das medidas preventivas que causem danos na esfera jurídica dos particulares, desde que sejam “*especiais e anormais*” (art. 9º, nº 1, do Decreto-Lei 48.051, de 21 de Novembro de 1967).²⁸

Como veremos mais à frente, os danos decorrentes das medidas preventivas devem ser considerados na mesma perspectiva que os danos do plano, pelo que, do mesmo modo que Alves Correia faz em relação a estes, devemos também aplicar analogicamente o princípio da responsabilidade da Administração Pública por actos lícitos às restrições de carácter expropriativo decorrentes das imposições das medidas preventivas.

Quando, ou mediante que circunstâncias, é que os danos provenientes das imposições das medidas preventivas revestem as características de especialidade e anormalidade, caracterizadoras da expropriação de sacrifício, é tarefa que nos propomos resolver.

Um dos critérios normalmente adoptados para caracterizar os danos indemnizáveis é o da “intervenção individual”, segundo o qual as restrições genéricas não estão sujeitas a indemnização enquanto as específicas estão. Gomes Canotilho considera que a concepção de “intervenção individual”, não sendo perfeita, é aquela que adere com maior êxito aos critérios da contemporização material que se usam para caracterizar a anormalidade e a especialidade de sacrifícios.²⁹

Para Alves Correia, não sendo o critério da “intervenção individual” suficiente na distinção entre vinculação social e sacrifício indemnizável, deve ainda assim entender-se que “...*todas as vezes que um indivíduo ou um grupo de indivíduos, em comparação com os restantes cidadãos, suportem um sacrifício especial e desigual em proveito da comunidade, sejam indemnizados em termos de ser estabelecida ou reposta a igualdade violada*”.³⁰ Introduce-se, assim, uma ligação entre a teoria do sacrifício especial e o princípio da igualdade, na sua vertente da igualdade perante encargos públicos.³¹ Alves Correia não deixa, no entanto, de chamar a atenção para o facto de o princípio da igualdade não ser um critério caracterizador das medidas expropriativas já que podemos encontrar também medidas não expropriativas que implicam a violação deste princípio, agora na sua vertente de igualdade de chances ou oportunidades urbanísticas. É o que se passa com alg umas das disposições dos planos urbanísticos que definem o conteúdo e os limites do direito de propriedade dos solos.³² Segundo este Autor estaremos perante uma expropriação susceptível de indemnização quando haja a “... *imposição de um sacrifício especial a alguém, de tal modo que constituiria uma violação do princípio da igualdade a não atribuição de uma indemnização ao lesado*”, devendo, além disso, “*tratar-se de uma medida de carácter individual, que coloque o particular numa posição diferente dos restantes cidadãos*”.³³

Tendo presente este critério, devemos começar por distinguir várias situações, partindo do princípio de que o reconhecimento das restrições impostas pelas medidas preventivas que devam dar origem a indemnização deve ser feito a partir da análise das circunstâncias específicas de cada caso.

Com efeito, esta questão há-de ter soluções diferentes consoante exista já ou não autorização para a realização dos projectos susceptíveis de ser abrangidos pelas medidas preventivas. São, assim, várias as hipóteses com que nos podemos confrontar: aquelas em que os projectos ou actividades

susceptíveis de ser abrangidos pelas medidas preventivas estejam já autorizados ou, no domínio das obras particulares e loteamentos urbanos, exista informação prévia favorável; aquelas em que o requerimento para autorização tenha sido formulado pelo particular mas ainda não tenha sido decidido pela Administração aquando da entrada em vigor das medidas preventivas, e aquelas situações em que o requerimento de autorização tenha dado entrada na Administração já após a entrada em vigor daquelas.

Na primeira hipótese, estamos perante situações que estão excluídas do âmbito material de aplicação das medidas preventivas. Tendo havido autorização ou informação prévia favorável constitutiva de direitos, não são de aplicar estas medidas. Mas a Administração pode entender que, excepcionalmente, elas devam ser aplicadas também a estas situações porque, por exemplo, pretende rever de uma forma profunda algumas das disposições do anterior plano, devendo a área onde foi concedida a autorização ficar reservada, por motivos preponderantes ligados, por exemplo, com a protecção de determinados valores (arqueológicos, ambientais ou paisagístico) até aí desconhecidos, para outros fins absolutamente incompatíveis com os autorizados. Desta forma, e para a protecção daquelas finalidades, justifica-se que a Administração possa aplicar medidas preventivas nestas hipóteses. No entanto, nestes casos, as suas restrições darão lugar, obrigatoriamente, a indemnização, visto estarmos, sem qualquer dúvida, perante uma expropriação de sacrifício. Para justificar esta solução indemnizatória podemos utilizar as palavras de Alves Correia, segundo as quais *“uma modalidade de utilização dos solos conferida por um plano urbanístico (ou pelo acto administrativo de autorização) ou uma modalidade de uso já exercitada (...) não podem mais tarde ser diminuídas ou subtraídas por um plano (ou por medidas preventivas) sem indemnização.”*³⁴

A justificação para a atribuição de uma indemnização deve ser encontrada, nestes casos, nos princípios da protecção da confiança, dos direitos adquiridos e da garantia do existente.³⁵

Pode, no entanto, acontecer que, não tendo ainda sido concedida a autorização, o particular tenha já efectuado despesas em função de uma utilização dos solos prevista e possível à data da formulação da pretensão. Trata-se de despesas realizadas com base na confiança de uma possibilidade de uso fundamentada à luz do ordenamento (plano urbanístico) então vigente, e que tenha sido impedida devido às medidas preventivas que entretanto entraram em vigor. Não existindo, nesta hipótese, uma situação de direitos adquiridos com base num acto autorizativo, não restam, no entanto, dúvidas de que aquele particular teve já custos, eventualmente avultados, que não devem ser ignorados pelo ordenamento jurídico, uma vez que podem preencher o conceito de danos “especiais e anormais” determinante para efeitos de atribuição de uma indemnização, configurando-se as imposições ou restrições decorrentes das medidas preventivas, nestes casos, como autênticas expropriações de sacrifício.

Parece-nos que os ensinamentos trazidos pelos ordenamentos espanhol e alemão têm aqui alguma utilidade. Com efeito, num e noutro ordenamento admite-se a possibilidade de indemnização naquelas situações em que não existindo, embora, uma autorização de utilização dos solos, os proprietários tenham tido despesas com vista a tais autorizações. É necessário que o proprietário prove que teve danos efectivos provocados pelas medidas preventivas, danos esses que resultam do facto de ele ter tido a concreta intenção e possibilidade de utilizar o seu solo, tendo sido impedido de o fazer apenas por causa das restrições impostas pelas medidas preventivas. Aquilo que na Alemanha se designa por possibilidade de utilização dos solos qualificada ou consolidada pode ser adaptado ao nosso ordenamento urbanístico. Deve, por isso, ter-se em conta, nestes casos, para efeitos da determinação da necessidade de uma indemnização, os investimentos (legítimos) que o proprietário já efectuou.

Estes servem para provar a concreta intenção daquele em realizar as utilizações admitidas para o seu solo à luz do ordenamento então vigente.

Estes danos susceptíveis de ser indemnizados, provocados pelas medidas preventivas, são danos que, de uma forma idêntica, podem ser provocados pelas disposições dos planos urbanísticos, com a diferença de estes últimos serem definitivos enquanto os primeiros são meramente provisórios. Aproximam-se assim as situações que vimos de referir daquelas hipóteses que Alves Correia designa como expropriações do plano (na Alemanha *Planungsschadensrecht* - §§ 39-44 do *BauGB*).³⁶ Com efeito, como bem demonstra este Autor, uma das hipóteses considerada como expropriação do plano é a que abrange as situações de eliminação, por via da sua revisão, de possibilidades de uso dos solos, tenham ou não sido já exercitadas, bem como as situações de supressão, por via da elaboração de um primeiro plano, de utilizações já efectuadas. Ora, como vimos, sempre que a Administração decida rever um plano urbanístico ela pode, para garantia dessa revisão, adoptar medidas preventivas que poderão consistir na proibição das possibilidades de utilização dos solos que se quer suprimir com a revisão (estejam ou não já exercidas). E, desta forma, as medidas preventivas assim adoptadas vão produzir os mesmos efeitos práticos que as medidas do plano urbanístico quando entrarem em vigor: impossibilidade de se utilizarem os solos para os fins previstos no anterior plano ou para os fins para os quais os solos estavam a ser utilizados. Assim, durante o período de revisão do plano, as medidas preventivas adoptadas para a sua garantia vão produzir, de facto, danos idênticos aos que eventualmente serão provocados posteriormente pelas medidas do plano.³⁷ Como dissemos, sendo as medidas preventivas medidas acessórias dos planos, elas acabam, embora de uma forma provisória, por dar origem a limitações e danos idênticos aos que podem ser produzidos por aqueles.

Quanto aos danos dos planos Alves Correia entende, no entanto, que relativamente a uma possibilidade de utilização dos solos ainda não concretizada, só deve haver indemnização dentro de um período temporal circunscrito, que há-de ser o período normal de vigência do plano. *“Decorrido esse prazo, se o proprietário não tiver concretizado no seu terreno a modalidade de utilização prevista no plano, não pode exigir qualquer indemnização no caso de diminuição ou supressão dessa possibilidade de utilização do solo por efeito de uma revisão do plano.”*³⁸ De uma forma idêntica, também na Alemanha o § 42 do *BauGB* determina que se um plano de urbanização suprime ou modifica uma utilização lícita de um terreno mas esta ainda não foi efectivada, a lei só atribui indemnização durante um prazo de sete anos a contar da data da admissibilidade da utilização referida. Quando tal supressão ou modificação se verifica dentro desse prazo, não se coloca sequer a questão de saber se a possibilidade de utilização encontra ou não fundamento sólido em prestações do proprietário e, em particular, na prática de actos preparatórios com vista à efectivação de tal utilização, visto haver aqui, indubitavelmente, lugar a indemnização. No entanto, após o decurso dos sete anos não há mais lugar, segundo o § 42.3., do *BauGB*, a uma indemnização pela supressão ou alteração da possibilidade de utilização dos solos mas apenas pelas intervenções efectuadas na sua utilização concreta que eventualmente tenham sido realizadas.³⁹

Na sequência deste entendimento, Breuer defende que se o uso admitido para o solo for impedido provisoriamente, através de uma *Veränderungssperre*, dentro do prazo de sete anos a contar da sua admissibilidade, o dano patrimonial daí resultante deverá ser indemnizado. Ao contrário, quando uma *Veränderungssperre* impedir provisoriamente um uso admitido num lote após o decurso do prazo dos sete anos, os danos patrimoniais daí resultantes não serão, em princípio, indemnizáveis, a não ser que o uso admitido tenha sido exercido.⁴⁰

Dada a proximidade do sistema jurídico português ao sistema urbanístico alemão, neste caso de

danos do plano, cremos que a regulamentação defendida por Breuer para a *Veränderungssperre* deve ser adaptada ao nosso ordenamento jurídico. Deste modo, como as medidas preventivas provocam danos idênticos aos dos planos (embora provisórios), se elas impedirem uma utilização lícita, atribuída há menos de dez anos por um plano urbanístico, embora ainda não exercida, o dano patrimonial daí resultante deve dar origem a indemnização, da mesma forma que a ela haveria lugar se o impedimento (supressão ou modificação) tivessem sido efectuados pelo plano. Se o impedimento provisório do uso admitido no lote ocorrer já após o decurso do prazo de dez anos, os danos patrimoniais daí resultantes (quando o uso não tenha sido efectuado) não serão indemnizáveis.⁴¹

Apesar da proximidade entre as situações de danos indemnizáveis provocados pelas medidas preventivas e dos provocados pelas disposições dos planos urbanísticos, o cálculo da indemnização, num e noutro caso, deve ser feito, como é óbvio, com base em critérios substancialmente diferentes. Sendo os danos provocados pelas medidas preventivas meramente provisórios, isso há-de ter relevo a propósito da determinação do montante da indemnização.

Para melhor compreendermos isto podemos, uma vez mais, socorrer-nos da doutrina alemã. Com efeito, a este propósito, defende Breuer que, uma vez que a *Veränderungssperre* tem como efeito a limitação do uso dos solos de uma forma simplesmente provisória, apenas deve ser indemnizado, nos termos do § 18 do BauGB, a diminuição de valor que o lote tenha sofrido pelo facto de a sua possibilidade de utilização ter sido provisoriamente limitada. Consequentemente, a indemnização será contabilizada segundo a diferença entre o valor que o lote teria tido sem a *Veränderungssperre* e a diminuição de valor que foi atribuído ao lote em consequência da limitação provisória feita pelas interdições da *Veränderungssperre* nas possibilidades de uso dos solos.⁴²

Isto deve valer também para a determinação do cálculo da indemnização a ser atribuída por causa dos danos excepcionais ou anormais que tenham sido provocados pelas medidas preventivas, no âmbito do direito português. A indemnização deve, pois, ser determinada tendo em conta o lucro médio do solo de que o proprietário se viu privado durante o período de vigência das medidas preventivas.

Quanto às despesas que o proprietário já efectuou, como sejam os gastos com a elaboração dos projectos, honorários dos arquitectos e engenheiros, estudos geológicos do terreno, levantamentos topográficos, dispêndios feitos com as medidas preparatórias para o pedido de financiamento do projecto e, no caso de já ter havido autorização administrativa, as taxas municipais pela emissão da licença de construção, etc., elas não deverão ser incluídas nos danos decorrentes das medidas preventivas. Pelo contrário, apenas deverão ser apreciadas aquando da entrada em vigor do plano, entrando em consideração na determinação do montante da indemnização por expropriação deste. Isto, porque na sequência das medidas preventivas pode acontecer uma de duas coisas. Primeiro, com a entrada em vigor do plano urbanístico que vem substituir as medidas preventivas, a Administração pode libertar o solo em causa de qualquer restrição, permitindo, de novo, a utilização anteriormente admitida para aquela área. Neste caso, as despesas efectuadas não serão inutilizadas, uma vez que o particular poderá utilizar o projecto em causa e aproveitar as despesas que já havia efectuado. No entanto, se com a entrada em vigor do plano urbanístico, este confirmar o impedimento estabelecido previamente pelas medidas preventivas (mudando, por exemplo, o uso do solo que aí era admitido), o projecto elaborado, bem como as restantes despesas, ficarão sem efeito, pelo que apenas nestes casos os danos resultantes da inutilização destes investimentos e despesas deverão ser indemnizados. Trata-se, no entanto, já de danos específicos dos planos e não das medidas preventivas, devendo ser indemnizadas como tal.⁴³

4. Relação entre as medidas preventivas expropriativas e as expropriações dos planos.

Convém referir, neste momento, uma questão diferente daquela que tratamos até aqui.

Com efeito, na análise das hipóteses supra referidas isolamos as medidas preventivas de quaisquer outras medidas, por forma a verificar em que situações é que elas, por si só, provocam danos que se consideram especiais e anormais fundamentando, por isso, uma pretensão autónoma de indemnização. É, no entanto, necessário verificar se, no caso em que com a entrada em vigor do plano, se segue, a uma medida preventiva, uma expropriação do próprio plano, se deve falar numa pretensão autónoma de indemnização devida pelos danos provisórios provocados pelas medidas preventivas ou apenas numa única pretensão que englobe os danos provocados pelas medidas de salvaguarda do plano e das expropriações deste.

Mais uma vez, trata-se de uma questão suscitada no direito alemão onde a doutrina determinou qual o tipo de relação que existe entre uma indemnização devida por causa das limitações provisórias provocadas pela *Veränderungssperre* e a devida por causa das limitações definitivas de um plano ou de um acto de expropriação (*Verhältnis der Entschädigung für Veränderungssperre zur Entschädigung nachfolgende Dauerakte der Planung oder Enteignung*).⁴⁴

A questão levanta alguma controvérsia no direito alemão, pelo que nos parece útil analisar como é que ela é aí tratada. Para isso, sigamos de perto as palavras de BREUER, segundo as quais a indemnização que é devida por causa dos danos patrimoniais provisórios resultantes de uma *Veränderungssperre* e a indemnização devida por causa dos prejuízos patrimoniais definitivos provocados pelas disposições dos planos ou actos de expropriação, cobrem tipos diferentes de intervenções com especificidades próprias. Se apreciarmos as intervenções provisórias e as duradouras que eventualmente lhe sigam, cada uma de per si, isto resultará em duas indemnizações sequentes e escaladas (*gestuften Entschädigung*). A indemnização em dinheiro por danos patrimoniais provocados pela *Veränderungssperre* segue-se uma indemnização por causa dos danos patrimoniais provocados pelas disposições dos planos.

Contrariamente entende o BGH, ao defender que, nestes casos haverá apenas lugar a uma única indemnização que é completada aquando da produção do dano definitivo. Entende o BGH que, com a entrada em vigor da *Veränderungssperre*, os impedimentos por ela provocados dão logo, nesse momento, lugar a uma pretensão de indemnização sujeita ao pagamento de juros por causa das perdas patrimoniais definitivas mais tarde completadas. O BGH designa esta situação por “pré-efeito” (*Vorwirkung*) de uma *Veränderungssperre* em relação a uma expropriação de sacrifício futura. Entende este Tribunal que o § 18, em especial a sua isenção de indemnização até ao prazo dos quatro anos, não é aplicável quando os lotes em causa são afectados posteriormente por um impedimento definitivo do plano ou uma expropriação em sentido clássico. De acordo com o entendimento do BGH designam-se estes casos, por *dauernden Bausperren* (Lemmel) ou *dauernden Bauverbotten* (Bielenberg), para os distinguir das limitações provisórias aos usos dos solos não seguidas de expropriações do plano.

Segundo Breuer, à citada jurisprudência formulam-se, no entanto, fortes objecções. Com efeito, a *Veränderungssperre* determinada para a protecção de um plano urbanístico abrange normalmente uma diversidade de lotes mas apenas alguns, de entre eles, serão afectados pelas determinações definitivas dos planos. A jurisprudência do “efeito prévio” defendida pelo BGH acaba por conduzir, em regra, a um tratamento desigualitário dos particulares, já que coloca em posição de desvantagem os proprietários que, segundo o § 18 do BauGB, tenham de suportar sem indemnização uma *Veränderungssperre* até ao decurso do prazo dos quatro anos, na medida em que não se lhe segue nenhuma expropriação.

No dizer de Breuer, uma *Veränderungssperre* determinada nos termos do § 14 e ss. do BauGB está sujeita a indemnização exclusivamente nos termos do § 18 do mesmo código (ou seja, após o decurso de quatro anos), mesmo quando a ela se segue uma expropriação do plano ou expropriação acessória ao plano. À *Veränderungssperre* não pode ser dado outro efeito indemnizatório do que o que decorre do § 18 do BauGB. Trata-se, por isso, segundo este Autor, de duas indemnizações autónomas, a resultante dos danos provocados pela *interdição de alteração* e a resultante do próprio plano. Como deve a questão ser resolvida no ordenamento urbanístico português?⁴⁵

Podemos começar por dizer que é possível encontrarmos no direito português situações de medidas preventivas seguidas de expropriações do plano que dão origem a uma única indemnização. É o que se passa naquelas situações em que a expropriação do plano resulta do facto de os terrenos particulares ficarem reservados para expropriação (terrenos destinados, pelo plano, para equipamentos colectivos).⁴⁶ As áreas abrangidas por estas reservas de expropriação ficam oneradas com um vínculo de inalterabilidade ou inedificabilidade que não devem prolongar-se por tempo indeterminado sem indemnização, sob pena de violação do art. 62º, nº 2, da CRP, já que os vínculos de duração indefinida constituem uma expropriação de carácter substancial.

Alves Correia entende que a imposição destes vínculos não deve prolongar-se para além de um prazo razoável o qual, no entender daquele Autor, deve coincidir com o prazo de vigência normal dos planos urbanísticos. Este é, nos termos do Decreto-Lei 69/90, de 10 anos.⁴⁷ Ora, o facto de terem sido adoptadas medidas preventivas antes de o plano urbanístico ter entrado em vigor, pode acarretar danos que devem ser contabilizados no montante da indemnização a ser paga ao proprietário cujo terreno tenha estado reservado para expropriação por tempo excessivo. É o que acontecerá quando, na elaboração do plano, a Administração pretende destinar determinada parcela para um equipamento colectivo, sujeitando tal área a medidas preventivas com o intuito de proibir a alteração do seu uso durante o período de elaboração do plano. Tais medidas poderão vigorar, porventura, por três anos (período máximo de admissão das medidas preventivas, o que, só por si, nunca poderia dar origem a uma expropriação deste tipo). Se após a entrada em vigor do plano a Administração não expropriar o terreno no prazo de sete anos, pensamos que o particular terá já o direito a requerer uma indemnização e, eventualmente, o direito de requerer que a Administração exproprie de imediato o imóvel, pondo assim termo à situação de incerteza em que se encontram os seus bens. Com efeito, numa situação destas, o proprietário ficou já impedido de utilizar o seu solo por um período de tempo suficientemente longo (dez anos) para que não lhe deva ser atribuída uma indemnização.

Nestes casos, para aqueles particulares que tenham sido afectados por medidas preventivas antes da entrada em vigor do plano urbanístico, o prazo máximo a partir do qual se entende que há já direito a indemnização deve ser determinado contabilizando-se também o período de tempo de impedimento que decorreu à luz das medidas preventivas. É o carácter acessório e instrumental daquelas medidas que, neste caso, determina a solução de contabilização conjunta dos danos decorrentes das medidas preventivas e dos planos urbanísticos. Não podemos esquecer, tendo em conta que muitas vezes as restrições provocadas pelas medidas preventivas serão confirmadas pelas disposições dos planos que as substituem, que tais restrições podem produzir danos excepcionais que o plano não importaria de imediato se não tivesse sido precedido por medidas preventivas. Devemos, pois, ter presente que nestas situações de expropriações dos planos torna-se necessário que se tenha em conta as restrições produzidas, durante um certo período de tempo, pelas disposições das medidas preventivas.

Estas situações devem, no entanto, ser consideradas como danos do plano, uma vez que a pretensão indemnizatória surge apenas já no domínio de vigência e devido à vigência do próprio plano urbanístico

e, para além do mais, porque, nesta hipótese, as medidas preventivas nunca dariam lugar, só por si, a uma pretensão autónoma de indemnização.

A situação que acabamos de analisar diz respeito aos casos de sucessão de medidas preventivas e medidas expropriativas do plano, em que as primeiras não produzem danos autónomos na esfera jurídica dos particulares mas apenas quando conjugadas com estas medidas expropriativas. As situações de medidas preventivas expropriativas a que aludimos antes determinam, pelo contrário, danos na esfera jurídica dos particulares, autónomos e independentes dos danos decorrentes das medidas expropriativas dos planos que lhes sucedem. Nestes casos estamos perante uma dupla pretensão de indemnização, uma decorrente dos danos provisórios provocados pelas disposições das medidas preventivas e a outra dos danos definitivos provocados pelas disposições dos planos urbanísticos. E isto será assim porque, como afirmámos antes, o cálculo de uma e outra indemnização é feito de uma forma substancialmente diferente. Num caso contabiliza-se o lucro médio do solo de que o proprietário se viu privado durante o período de vigência das medidas preventivas, enquanto no outro a indemnização deverá corresponder à diferença entre o valor que o solo tinha antes da medida de diminuição ou supressão da utilização admitida e o valor que passa a ter depois daquela ocorrência, entrando também neste cálculo, conforme já vimos, o valor das despesas que o particular tenha efectuado e que não possam, ou na medida em que não possam, ser aproveitadas por ele.

Há, no entanto, um aspecto que devemos ainda considerar.

É que, fundamentando, embora, estes danos provocados pelas medidas preventivas, uma pretensão autónoma de indemnização, a verdade é que o particular só terá efectivamente direito a ela quando as medidas preventivas deixarem de vigorar, o que, no caso que aqui estamos a analisar, é o mesmo que dizer, quando as disposições dos planos que lhes sucedem entrarem em vigor. E isto porque, sendo a indemnização dos danos provocados pelas medidas preventivas calculada com base no lucro médio do solo de que o proprietário se viu privado durante o período de vigência daquelas, o primeiro pressuposto para esse cálculo é o da determinação do período de tempo durante o qual o proprietário não pôde aproveitar o seu solo para as utilizações para ele admitidas (pelas normas vigentes ou por actos administrativos de autorização), o que só pode ser feito quando esse prazo tiver decorrido.

Assim, quando a uma medida preventiva se seguir um plano urbanístico, o momento a partir do qual o particular pode reclamar a sua indemnização devida pelas restrições daquela, é o da entrada em vigor deste instrumento urbanístico. Só que nesse momento é já possível saber se a medida do plano aplicável ao solo que havia sido afectado pela medida preventiva é expropriativa, dando, por isso, também lugar a indemnização. O que significa que o momento a partir do qual o particular passa a ter direito de reclamar a indemnização decorrente dos danos provocados pelas medidas preventivas coincide com o momento em que nasce a pretensão de indemnização decorrente das expropriações do plano. Podemos assim dizer que existindo, embora, duas pretensões indemnizatórias com fundamentos diferentes, a verdade é que as duas indemnizações poderão ser pedidas conjuntamente. Não significa isto, no entanto, que se trata apenas de uma indemnização, já que o montante a ser pago tem de ser determinado através de um duplo cálculo dos danos decorrentes das medidas preventivas e dos danos decorrentes das expropriações do plano.

5. A indemnização por adopção de medidas preventivas ilícitas.

Ao lado das situações aqui analisadas de indemnização de medidas preventivas lícitas, pode também considerar-se como fundamento para atribuição de uma indemnização aos particulares a sua ilicitude. Há, no entanto, que chamar a atenção para o facto de que a ilicitude das medidas preventivas não

coincide com a sua invalidade, já que é possível perspectivarmos causas de invalidade que não dão origem à responsabilidade da Administração. Isto significa que uma medida preventiva ilegal, só pelo facto de o ser, não se transforma automaticamente numa medida ilícita geradora de responsabilidade. Nem sempre a doutrina associou as categorias de ilegalidade e de responsabilidade, pois considera-se que um acto ilegal susceptível de anulação poderá não originar qualquer mecanismo indemnizatório. Apesar da definição de ilicitude descrita no art. 6º do Decreto-Lei 48.051, parece que não devemos fazer equivaler ilegalidade e ilicitude nem reconduzir esta à antijuridicidade.⁴⁸

Assim, não basta a violação objectiva de normas, princípios jurídicos ou regras de ordem técnica para haver actos jurídicos geradores de responsabilidade. Para estarmos perante uma responsabilidade da Administração fundamentada na ilicitude tem de haver uma *“específica referência da ordem jurídica objectiva aos direitos subjectivos e posições juridicamente protegidas do particular.”*⁴⁹

Apenas quando o vício em causa afecte os direitos subjectivos e os interesses legalmente protegidos dos particulares é que se estará perante o problema da responsabilidade da Administração por actos ilícitos.⁵⁰

Nos termos do art. 7º do Decreto-Lei 48.051, o pedido de indemnização com fundamento na ilicitude da actividade administrativa não depende da interposição do recurso contencioso, mas o particular poderá ver diminuído ou eliminado o seu direito, por concorrência de culpas, na medida em que o dano seja imputável a negligência processual do particular.⁵¹

Conclusões.

De forma a sistematizar o que analisámos no presente artigo, podemos concluir que são as seguintes as situações em que no nosso ordenamento jurídico as medidas preventivas dão lugar a indemnização aos particulares afectados: (1) medidas preventivas ilícitas - a indemnização será atribuída com fundamento na responsabilidade da Administração por actos ilícitos; (2) medidas preventivas que, sendo lícitas, provoquem danos “especiais” e “anormais”, ou seja, de tal forma graves, que devam ser consideradas dentro da categoria das expropriações de sacrifício - neste caso, o fundamento para a atribuição da indemnização é o da responsabilidade da Administração por actos lícitos. Tal verificar-se-á quando as medidas preventivas forem aplicadas: (2.1.) a actos ou actividades que já haviam sido autorizados ou para os quais existia já informação prévia favorável quando esta tenha efeitos constitutivos de direitos (designadamente no domínio das obras particulares e dos loteamentos urbanos); (2.2.) a actos ou actividades ainda não licenciados mas em relação aos quais, *sendo possíveis à luz do ordenamento vigente* antes da entrada em vigor das medidas preventivas, o particular tenha demonstrado uma *concreta intenção de os utilizar*. Esta intenção do particular deve ser comprovada com base, designadamente, em investimentos legítimos que ele tenha efectuado; (2.3.) quando provoquem danos idênticos, embora provisórios, aos das expropriações dos planos, designadamente, quando impeçam provisoriamente uma utilização lícita dos solos atribuída há menos de dez anos por um plano urbanístico, embora ainda não autorizada nem exercida; e quando impeçam provisoriamente o exercício do *jus aedificandi* em áreas edificáveis ou dotadas de vocação edificatória.



(Fernanda Paula Oliveira)

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ O presente artigo foi elaborado a partir de um dos capítulos da Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada pela Autora na Faculdade de Direito de Coimbra, intitulada: *As Medidas Preventivas dos Planos Municipais de Ordenamento do Território. Alguns aspectos do seu regime jurídico*.

O artigo agora apresentado incidirá apenas sobre a problemática da indemnização das medidas preventivas de salvaguarda dos planos de imputação municipal (plano director municipal, plano de urbanização e plano de pormenor).

² Tradicionalmente, estas medidas eram consideradas como um exemplo típico da figura das *restrições de utilidade pública*, embora tivessem carácter meramente temporário. Marcello Caetano integrava-as nas restrições por utilidade pública adoptadas no interesse do urbanismo e da habitação. Cfr. Caetano, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 1990, Vol. II, p. 1063-1064.

³ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 314. Sobre o fundamento, sentido e natureza da função social da propriedade, cfr. p. 317-320; Gallego Anabitarte, Alfredo, "Regimen Urbanístico de la Propiedad del Suelo. Valoraciones. Expropiaciones y Venta Forzosa", in *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 134, 1993, p. 736-739; Lopes Muñiz, "Derecho de Propiedad y Proyecto de Ley de Reforma de La Ley del Suelo", in *Derecho Urbanístico e Local* (ob. col.), 1992, p. 65 ss; "V Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo - La Vinculación de la Propiedad Privada por Planes y Actos Administrativos", in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 185, 1975, p. 279 ss.

⁴ Cfr. art. 14, nº 2, da Constituição alemã; art. 33º, nº 2, da Constituição espanhola e art. 42º da Constituição italiana.

⁵ Apesar da concepção liberal do direito de propriedade, já Robespierre se referia a ele como "*um direito limitado, como todos os outros, pela obrigação de respeitar os direitos dos nossos iguais. Ele não pode prejudicar nem a segurança nem a liberdade nem a existência nem a propriedade dos seus semelhantes*". Vide Fernandez, Maria Elizabeth Moreira, *Ressarcibilidade dos Vínculos Ambientais que Restringem o Uso dos Solos - o caso particular da Reserva Agrícola Nacional*, Relatório do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 1992/93.

A ideia de restrições ao direito de propriedade dos solos era também já conhecida dos Romanos, que as impunham não apenas por razões de vizinhança, mas também por motivos de interesse público.

Alves Correia refere igualmente a existência da ideia de função social do direito de propriedade privada no pensamento cristão medieval, com particular destaque para a "*Summa Theológica*" de S. Tomás de Aquino. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 316.

Sobre os conceitos de propriedade ilimitada, limitada e condicionada como etapas sucessivas de desenvolvimento do regime da propriedade, vide Proença, J. J. Gonçalves, "Regime Jurídico do Planeamento Territorial Português", *Separata da Lusitana, Revista de Ciência e Cultura*, Série Arquitectura, nº 1, 1992, p. 13-14.

O direito de propriedade não é, pois, um direito absoluto mas antes um direito que comporta restrições ou limitações, desde que necessárias, para a salvaguarda de outros direitos ou interesses com dignidade constitucional.

Esses limites ou restrições designam-se por limites imanentes, na expressão de Gomes Canotilho e Vital Moreira, decorrentes implicitamente de outras normas e princípios constitucionais como, por exemplo, os denominados "direitos sociais" e, de entre estes, a defesa do património cultural, do ambiente, etc. Cfr. Andrade, J. C. Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 213 ss; Canotilho, J. J. Gomes/ Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 133 ss, e *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 332.

⁶ Cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 315-316.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, "*...a ausência de uma explícita reserva de lei restritiva (resultado da função social da propriedade) não impede porém (...) que a lei possa determinar restrições, mais ou menos profundas, no direito de propriedade*". Cfr. Canotilho, J. J. Gomes/ Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 332.

⁷ Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 436-437. Cfr. também Dominique Moreno, onde se afirma que "*on a progressivement assisté a une "socialisation" du droit de propriété, les charges imposées à celle-ci dans l'intérêt général étant devenues de plus en plus contraignantes, le droit de propriété était moins "absolu", les propriétaires perdaient leur stabilité juridique séculaire*". Cfr. Moreno, Dominique, *Le Juge Judiciaire et le Droit de l'Urbanisme*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, p. 2.

⁸ Mesmo para os Autores que defendem o direito de construir como parte integrante do direito de propriedade dos solos, se reconhece que há situações em que muitos são os limites que condicionam o seu uso, a ponto de a lei poder estabelecer restrições maiores ou menores sem, no entanto, estarem sujeitas a indemnização.

Como refere Gomes Canotilho "*limites particularmente intensos são os que ocorrem no domínio do urbanismo e do ordenamento do território a ponto de se questionar se o direito de propriedade inclui o direito de construir - jus aedificandi - ou se este radica antes no acto administrativo autorizativo (licença de construção)*". Cfr. Canotilho, J. J. Gomes/ Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 333.

⁹ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 491.

¹⁰ Este alargamento do conceito de expropriação que retira à "transferência" o monopólio da sua caracterização, para passar a abranger também todas as reduções substanciais dos poderes de disposição e de gozo do titular que desvirtuem a sua fisionomia económica, vem no seguimento de um processo que havia começado antes, quando o conceito de expropriação se tornou extensivo a todos os direitos de carácter patrimonial, reais ou não (alargamento que se ficou a dever ao do próprio conceito de propriedade).

É este conceito alargado de expropriação que vigora actualmente.

Peter Badura chama a atenção para o carácter expropriativo das intervenções administrativas que lesam um direito patrimonial de um modo tangível, se com isso se provoca, no direito, um sacrifício especial não exigível, no sentido da igualdade de onus (encargos). Cfr. Badura, Peter, "Fondamenti e Sistema della Responsabilità dello Stato e del Rissarcimento Pubblico nella Republica Federale di Germania", tradução de Giuseppe Sanviti e Ute Spanrad, in RTDP, Ano XXXVIII, 1988, p. 405. Sobre o conceito de expropriação e sua evolução, cfr. Correia, Fernando Alves, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra (Separata do Vol. XXIII do suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1982, p. 35 ss. e 77 ss., e *O Plano Urbanístico*, cit., p. 491-492.

Ao contrário dos alemães, Oliveira Ascensão considera que o alargamento do conceito de expropriação implica que nos afastemos muito dos dados portugueses. Segundo este Autor, os alemães partem do princípio de que a supressão da propriedade privada só pode verificar-se através da expropriação e de que só esta garante a indemnização. A expropriação passa assim a abranger todas as agressões que substancialmente tenham o mesmo efeito lesivo da propriedade que a expropriação clássica, com a sua típica e formal extinção de direitos privados.

Oliveira Ascensão entende, de acordo com os nossos dados constitucionais, que podem existir intervenções de outra natureza sobre a propriedade. Sendo, embora, a expropriação o modo normal de intervenção, isso não há-de significar que se considere toda a agressão ao direito de propriedade como expropriação. Tratando-se de intervenções lícitas mas geradoras de iniquidade de distribuição de sacrifícios, o fundamento da sua indemnização há-de encontrar-se na própria garantia da propriedade privada e não na sua identificação ou equiparação à expropriação.

Sendo assim, este Autor considera as intervenções legais que sacrificam o proprietário, como uma categoria normal, dentro da nossa ordem jurídica, diversa da expropriação, o que é o mesmo que recusar o alargamento do conceito de expropriação que referimos. Cfr. Ascensão, Oliveira, "O Urbanismo e o Direito de Propriedade", in *Direito do Urbanismo*, coord. D. Freitas do Amaral, Lisboa, INA, 1989, p. 325-328. No mesmo sentido vide, Costa, António Pereira da, *Serviços Administrativos (Outras Restrições de Utilidade Pública)*, Elcla Editora, 1992, p. 25, e Medeiros, Rui, *Ensaio Sobre a Responsabilidade do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, Almedina 1992, p. 74 e 302.

Também no ordenamento jurídico italiano se aderiu ao conceito alargado de expropriação ao defender-se que basta uma redução substancial dos poderes de disposição e de gozo do titular que desvirtue a sua fisionomia económica, para que o particular possa exigir uma indemnização. Numa sentença da Corte Costituzionale italiana (6/1966) foi afirmado que a previsão constitucional de indemnização não abrange apenas a expropriação em sentido clássico mas também aquelas situações em que o direito de propriedade ou outros direitos reais estão sujeitos a limitações capazes de anular ou comprimir, de forma excessiva, as faculdades de uso. A doutrina dominante italiana (Sandulli, D'angelo E Bartolomei) defende que a excessiva restrição das faculdades de fruição e uso dos solos pode determinar um esvaziamento substancial do conteúdo do direito, pelo que deve estar sujeito a indemnização.

O *Consiglio di Stato* italiano não aderiu à noção ampla de expropriação, ao afirmar que o art. 42º da Constituição italiana apenas se referia à expropriação clássica, mas a *Corte Costituzionale* veio alargar amplamente o âmbito do art. 42º, 2 e 3, ao considerar substancialmente expropriativas as limitações ou imposições que conduzem a um esvaziamento intenso do conteúdo dos direitos, mesmo que a titularidade dos bens permaneça intacta, ou seja, quando haja uma compressão em excesso do direito de propriedade face à função social que ele desempenha.

Cfr. Budetta, Arturo, "Proprietà Urbana ed Interventi Autoritativi: Profili Costituzionale", *Rassegna Diritto Pubblico*, 1969, p. 176-183.

¹¹ Quanto a algumas das teorias mais representativas (baseadas em critérios formais ou em critérios materiais), que têm sido avançadas para separar a expropriação, que acarreta um dever de indemnização, da delimitação do conteúdo do direito de propriedade, que não reclama qualquer ressarcimento, vide Correia, Fernando Alves, *As Garantias...*, cit., p. 80 ss.; O *Plano Urbanístico*, cit., p. 494 ss.; Canotilho, J. J. Gomes, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, p. 271-281.

¹² Nos termos da vinculação situacional dos solos, as restrições impostas à ocupação e utilização destes, quer para fins urbanos e industriais, quer para a implantação de infra-estruturas ou equipamentos, serão condicionadas pela natureza, topografia e fertilidade dos solos.

A especial situação em que os terrenos se encontram ou as suas características determinam ou condicionam o uso e ocupação dos mesmos, rotulando como ilícitas todas as actividades ou comportamentos que se não coadunem com a natureza intrínseca dos mesmos.

Sobre a noção de vinculação situacional, cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 323 ss.

¹³ Na Alemanha, o Baugesetzbuch (BauGB), Parte II, inclui a interdição ou proibição de toda a alteração da situação urbanística (*Veränderungssperre*) entre as medidas para a salvaguarda dos planos urbanísticos (§14 do BauGB).

A *Veränderungssperre* ou *interdição de alteração* é de aplicação geral, pelo que, não tendo a Administração adoptado esta medida, apesar de estarem verificados os seus pressupostos ou, tendo esta sido adoptada mas não tendo ainda entrado em vigor, a Administração está legitimada a adiar a apreciação dos pedidos de autorização que entretanto forem formulados (*Zurückstellung von Baugesuchen*-§15 do BauGB) que, deste modo, funciona também como medida cautelar e de garantia do plano urbanístico.

Sobre o enquadramento da *Veränderungssperre* e do *Zurückstellung von Baugesuchen* no quadro da função social do direito de propriedade, vide Krautzberger, in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (Erläuter), 3ª edição, 1991, München, Beck, p. 248, rdn. 2.

¹⁴ Breuer, Rüdiger, in Schmaltz/ Schrödter, Wolfgang/ Köhler/ Schrödter, Hans/ Stang, *Baugesetzbuch (BauGB - Massnahmengesetz)*, München, Vahlen, 1992, p. 330 ss. A *Veränderungssperre* e o *Zurückstellung von Baugesuchen* não determinam limitações ou supressões definitivas ao uso dos solos mas apenas inibem, por tempo determinado, tais usos, até à conclusão do plano que visam garantir.

¹⁵ Em Espanha, com a mesma finalidade cautelar das nossas medidas preventivas, existe a *suspensão de outorga de licenças* de edificação, demolição e parcelamento de terrenos, que consiste na paralisação temporária da actividade autorizante. A *suspensão da outorga de licenças* pode ser ordenada para o estudo da formação ou revisão dos planos, sendo, neste caso, facultativa. A aprovação inicial do plano (acto que determina o início, em sentido estrito, do procedimento de planeamento) implicará, por sua vez, a *suspensão da outorga de licenças* de uma forma automática - art. 102 da Lei dos Solos Espanhola.

¹⁶ Amaral, Diogo Freitas, "Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística", in *Direito do Urbanismo*, coord. D. Freitas do Amaral, Lisboa, INA, 1989, p. 102.

¹⁷ Em sentido contrário a estes ordenamentos jurídicos vai o ordenamento italiano. Com efeito, em Itália chegou a discutir-se a questão da legitimidade constitucional das misure di salvaguardia extraordinárias por estarem em contraste com o art. 42º e ss da Constituição, no pressuposto de que se trata de uma decisão que subtrai, temporariamente e sem indemnização, a disponibilidade e o gozo dos imóveis considerados edificáveis com base no ordenamento vigente e para o qual tenha já sido atribuída concessão de construção.

O *Consiglio di Stato* veio, no entanto, defender que tal não acontece. As *misure di salvaguardia* são destinadas a operar em hipóteses determinadas, num âmbito temporal circunscrito que deve ser razoável, tendo em conta a complexidade do iter procedimental da aprovação do plano (Cons. Stato, Sez. IV, 4 Julho, 1972, nº 262; Rass. Avv Stato, 1972, I, 1107; *Foro Amministrativo*, 1972, I, 2, 885).

Considera-se não estarmos perante uma medida expropriativa do direito de propriedade mas perante a imposição de um vínculo de carácter geral posto para satisfazer exigências de interesse público, que a constituição admite por considerar razoavelmente justificada (Cons. Stato, Sez. IV, 2 de Novembro, 1973, nº 1089; *Foro Amministrativo*, 1973, I, 2, 1022).

¹⁸ Díaz Delgado admite ainda outras possibilidades de indemnização decorrentes, por exemplo, do maior custo de execução da obra pela sua dilação no tempo. Cfr. Díaz Delgado, José, "Impugnación de la Suspensión de Licencias e Indemnización de los Daños Causados por la Suspensión", in *Derecho Urbanístico Local* (ob. col.), Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 139-141.

¹⁹ No que diz respeito ao primeiro requisito, González Pérez defende que a norma que determina a inexistência de indemnização para aqueles particulares que solicitem licença de edificação após a entrada em vigor da medida da *suspensão da outorga de licenças* pode revelar-se injusta.

Com efeito, a elaboração dos projectos verifica-se com alguma anterioridade em relação ao momento do requerimento da licença. Assim, o particular pode já ter suportado alguns custos (por vezes avultados), devido à elaboração dos projectos. No entanto, se no momento em que apresenta o requerimento para o licenciamento, já tiver entrado em vigor a *suspensão da outorga de licenças*, o particular não terá direito a qualquer indemnização. Acontece, porém, que ele sofreu prejuízos no seu património que deveriam ser indemnizados.

Defende, assim, este Autor que o momento fundamental para determinar o direito à indemnização deveria ser o do encargo com os profissionais em cada caso competentes para a elaboração do projecto, o que, em sua opinião, se poderia verificar facilmente, sem possibilidade de fraudes, pela documentação que consta na respectiva ordem profissional. Cfr. González Pérez, Jesús, *Comentários a la Ley del Suelo (texto refundido de 1992)*, 6ª edição, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 719-720.

Quanto ao segundo requisito, torna-se necessário que antes da *suspensão da outorga de licenças* não tenha havido proposta de resolução que qualifique a licença solicitada como manifestamente contrária ao ordenamento urbanístico (art. 121,3 RPlan).

Convém esclarecer o que deve entender-se por licença "*manifestamente contrária ao ordenamento urbanístico*". Díaz Delgado entende que, estando a indemnização dependente deste requisito, não deve esta condição decorrer da simples *opinião de um funcionário*. O particular afectado poderá, pois, impugnar judicialmente a negação de indemnização, por entender que a licença requerida não era "*manifestamente contrária ao normativo urbanístico*".

Coisa diferente da contradição do projecto ao ordenamento urbanístico é a situação em que este tenha alguns defeitos. Estes defeitos só terão de ser considerados quando façam decair o direito a construir.

Cfr. Díaz Delgado, José, "Impugnación de la Suspensión de Licencias...", cit., p. 136.

²⁰ Nada impede que a indemnização seja solicitada antes da aprovação definitiva do plano. Em todo o caso, nesta hipótese, a sua apreciação ficará suspensa até que, uma vez aprovado o plano definitivamente, se demonstre a incompatibilidade do projecto com as suas novas determinações.

Uma sentença do Tribunal Supremo, de 27 de Abril de 1989, parece admitir a existência de indemnização ante uma incompatibilidade parcial do projecto, quando se torne necessário realizar um projecto diferente acomodado às novas exigências legais.

No entanto, se o particular retirar o pedido de licenciamento antes da entrada em vigor definitiva do plano, perde o direito à indemnização aqui prevista, salvo a devolução das taxas satisfeitas.

Díaz Delgado, José, "Impugnación de la Suspensión de Licencias...", cit., p. 136 *in fine*.

²¹ González Pérez, Jesús, ob. cit., p. 721 e ss. Esta sentença é também citada em Díaz Delgado, José, "Impugnación de la Suspensión de Licencias...", cit., p. 134.

²² A limitação temporal do *adiamento de apreciação dos projectos* é, nos termos do § 15 do BauGB, de 12 meses. No que diz respeito ao período temporal de vigência da *interdição de alteração* rege o § 17 do BauGB, nos termos do qual esta deixa de vigorar após o decurso de dois anos. Admite-se, no entanto, (§ 17.1.3.) a sua prorrogação em mais um ano e ainda, desde que circunstâncias específicas o exijam, uma nova prorrogação em mais um ano (§ 17.2. do BauGB).

É possível a utilização conjugada destes dois mecanismos, ou seja, é possível que a interdição de alteração tenha sido precedida por um *adiamento da apreciação do projecto*, o que é fundamental para a determinação do decurso dos quatro anos, que é o prazo a partir do qual o particular passa a ter direito de indemnização pelas restrições impostas ao uso do seu solo.

²³ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 330, em nota.

²⁴ Cfr. Breuer, Rüdiger, in Schmaltz/ Schrödter, Wolfgang/ Köhler/ Schrödter, Hans/ Stang, ob. cit., p. 332 ss.

²⁵ Neste campo estaremos perante aquelas medidas que a doutrina alemã designa por intervenções idênticas à expropriação (*enteignungsgleiche Eingriffe*).

Com efeito, na Alemanha o conceito de expropriação sofreu um alargamento muito acentuado já que passou também a abranger as intervenções ilícitas nas esferas jurídicas dos particulares.

Segundo a jurisprudência alemã do *Bundesgerichtshof* (BGH), um procedimento que se enquadra na vinculação social da propriedade, enquanto lícito, pode fundamentar uma pretensão de indemnização se for ilícito.

Entre nós, não é correcto chamar o conceito de expropriação para justificar esta pretensão de indemnização por dois motivos: primeiro, porque ilicitude é uma nota incompatível com a natureza da expropriação (expropriação é um acto lícito); segundo, porque é conhecida no nosso direito a figura da responsabilidade da administração por actos ilícitos o que permite justificar perfeitamente esta pretensão de indemnização sem ser necessário fazer apelo a um conceito de intervenção idêntica a expropriação.

Sobre este aspecto cfr. Correia, Fernando Alves, *As Garantias...*, cit., p. 41, nota 75.

²⁶ De acordo com o Autor referido, a técnica de utilização de um standard globalizante que seja possível de respeitar em geral é também utilizada noutros ramos do direito, não se considerando aí que lese o princípio da igualdade. É o que acontece no domínio da fixação dos limites subjectivos ao exercício de profissões, onde são admitidos limites de idade máximos. O legislador pode globalizar ao supor que a diminuição da capacidade de trabalho é condicionada pela idade, segundo o valor da experiência geral, sem considerar as condições específicas de cada um.

Cfr. Breuer, Rüdiger, in Schmaltz/ Schrödter, Wolfgang/ Köhler/ Schrödter, Hans/ Stang, ob. cit., p. 346-347, rdn. 36.

²⁷ Fernandez, Maria Elizabeth Moreira, ob. cit., p. 34.

²⁸ O art. 9º do Decreto-Lei 48.051, determina o princípio da responsabilidade da Administração por actos lícitos, que obriga o Estado e demais pessoas colectivas públicas a indemnizar os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham sido impostos encargos ou causados prejuízos especiais ou anormais. Isto significa que, se em nome da vinculação social os bens tiverem de sofrer determinadas restrições, tais sacrifícios não podem ser desmedidos em relação ao benefício que a sociedade deles retira, ou seja, deve satisfazer-se o interesse geral sem sacrifícios desmedidos para o lesado, o que implica o pagamento de uma justa indemnização pelo prejuízo efectivo e imediato das restrições impostas, quando atinjam uma certa gravidade. Designa-se este critério como o critério da gravidade excepcional.

²⁹ Canotilho, J.J. Gomes, *O Problema da Responsabilidade do Estado...*, cit., p. 283.

³⁰ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 497.

³¹ O princípio da igualdade perante os encargos públicos significa que estes encargos, quer se traduzam em impostos ou outras formas de sujeição destinadas a satisfazer o interesse público, bem como todas as limitações aos direitos individuais na perspectiva do interesse geral, devem ser repartidos de modo igual pelos cidadãos, devendo ser indemnizados aqueles que suportem um sacrifício especial em benefício da comunidade. Cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 460-461.

O princípio da igualdade perante os encargos públicos é considerado também como o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Cfr. Caetano, Marcello, ob. cit., Vol. II, p. 1238-1241; Canotilho, J.J. Gomes, *O Problema da Responsabilidade do Estado...*, cit., p. 135-137.

Para Marcello Caetano o dano especial e anormal há-de traduzir-se num sacrifício imposto a uma certa pessoa, sacrifício esse que não possa considerar-se um risco normalmente suportado por todos em virtude da vida em colectividade. Caetano, Marcello, ob. cit., Vol. II, p. 1241.

³² Cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 463 ss.

³³ Correia, Fernando Alves, *As Garantias...*, cit., p. 86.

Entre nós, outros critérios têm sido avançados para distinguir vinculação social e sacrifício indemnizável. Com efeito, Oliveira Ascensão considera que o critério da “intervenção individual” é insuficiente. Segundo este Autor, se é certo que uma restrição específica cria desigualdades e, portanto, faz surgir logo, potencialmente, uma indemnização, não

é menos certo que também as restrições genéricas que atingem gravemente o direito de propriedade não podem dispensar o pagamento de uma indemnização face à tutela constitucional daquele direito.

Para Oliveira Ascensão, não podem deixar de obrigar a uma indemnização todas as intervenções, sejam individuais ou genéricas, que *excluem a normal utilização dos bens*. Cfr. Ascensão, Oliveira, "Urbanismo e Direito de Propriedade", cit., p. 326. Serão, pois, indemnizáveis, os vínculos urbanísticos que impõem sacrifícios especiais que modificam o destino dos solos ou neutralizam a sua normal utilização.

Para Fausto Quadros estaremos perante medidas expropriativas quando elas se traduzam em sacrifícios especiais a um direito, ou seja, desde que toquem no seu conteúdo essencial (*Wesensgehalt*), porque diminuam a substância ou a essência desse direito ou das faculdades que o integram, designadamente, das faculdades de fruir, usufruir e dispor do imóvel. Cfr. Quadros, Fausto, "Princípios Fundamentais de Direito Constitucional e de Direito Administrativo em matéria de Direito do Urbanismo", in *Direito do Urbanismo*, coord. D. Freitas do Amaral, Lisboa, INA, 1989, p. 286.

Para além dos critérios já referidos, outros têm sido utilizados. Assim, os prejuízos ou encargos indemnizáveis serão aqueles que *excedam a carga comum da vida social* (García de Enterría, Eduardo/Ramón-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, p. 340), e que não sejam impostos à generalidade das pessoas mas a certas e determinadas pessoas ou grupos de pessoas em razão da sua posição particular. É o requisito da individualização do dano de que falam García de Enterría e Ramón Fernández. É, pois, necessário que o sacrifício imposto não seja desmedido em relação ao benefício que a sociedade retira dele. Subjaz aqui a ideia de que o excesso de sacrifício do particular em relação ao interesse público deve ser indemnizado.

O Conselho de Estado espanhol, citado por estes Autores, considerou que a maior intensidade de sacrifício postula claramente o reconhecimento ao administrado do direito de obter uma indemnização compensatória do dano sofrido que, pela sua gravidade excepcional, não pode ser considerado como uma carga geral de acatamento obrigatório. Cfr. Costa, António Pereira da, ob. cit., p. 60.

Sobre esta matéria, cfr. ainda Sousa, João Paulo Miranda, "Os Planos de Urbanização no Vigente Ordenamento Jurídico Português", in *Direito do Urbanismo*, coord. D. Freitas do Amaral, Lisboa, INA, 1989, p. 361-368.

³⁴ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 520.

³⁵ O princípio da garantia do existente ou da manutenção (*Bestandsschutz*), ligado ao princípio da protecção da confiança (*Vertrauensschutz*) significa que se devem respeitar as situações adquiridas antes da decisão das medidas preventivas. Segundo este princípio, uma utilização lícita dos solos, cuja legalidade originária não tenha sofrido contestação, não pode ser eliminada sem indemnização, mesmo que esteja em contradição com as novas disposições urbanísticas existentes (quer se trate de disposições de um plano urbanístico ou de medidas preventivas).

³⁶ Sobre as situações de expropriação do plano no ordenamento jurídico alemão bem como no nosso direito, cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 506-528.

Sobre algumas situações de expropriação do plano no direito espanhol, vide Porras, Eloísa Carbonell, "La Alteración del Planeamiento Urbanístico y el Derecho a Indemnización de los Propietarios Afectados", in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 245, 1990, p. 37 ss.

³⁷ Dizemos eventualmente, porque o plano que se segue tanto pode concretizar o impedimento do uso privativo que havia sido determinado pelas medidas preventivas, como pode libertar o solo dessa imposição voltando a admitir o uso privativo anteriormente permitido para aquela área, porque, por exemplo, se considera que afinal ela não deve sofrer alterações no seu regime urbanístico. Sobre as situações em que a uma medida preventiva se segue uma expropriação do plano, cfr. infra.

³⁸ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 521. Face à actual regulamentação legal, o prazo normal de vigência de um plano é de 10 anos. Esse prazo, dentro do qual as restrições das medidas preventivas podem dar direito a indemnização, é, no nosso entender, demasiado longo, não se conciliando com os princípios da flexibilidade dos planos urbanísticos e da sua adaptação à realidade urbanística. Para que se conciliem estes princípios com a protecção da confiança dos particulares, deve o legislador fixar um prazo mais curto, desde que razoável (cinco, sete anos), findo o qual já não haverá direito a indemnização.

³⁹ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 509.

⁴⁰ Breuer, Rüdiger, in Schmaltz/ Schrödter, Wolfgang/ Köhler/ Schrödter, Hans/ Stang, ob. cit., p. 363, rdn. 74. Esta regulamentação resulta do facto de o § 18 fazer uma remissão, para o direito dos danos do plano (*Planungsschadensrecht*). Idem, p. 362, rdn. 73.

⁴¹ Quanto às situações em que as medidas preventivas impeçam, para a garantia de um plano em revisão, possibilidades de uso dos solos que já tenham sido utilizadas, bem como, para garantia de um primeiro plano, utilizações já efectuadas, elas devem ser inseridas nas hipóteses supra referidas abrangidas pela protecção de direitos adquiridos e protecção do existente que serão, nestes casos, o fundamento para a atribuição de uma indemnização.

⁴² Breuer, Rüdiger, in Schmaltz/ Schrödter, Wolfgang/ Köhler/ Schrödter, Hans/ Stang, ob. cit., p. 361-364.

⁴³ Tudo o que dissemos quanto aos danos provocados pelas medidas preventivas vale também para os danos provocados por elas, naquelas situações em que estas impeçam provisoriamente o "jus aedificandi" em áreas edificáveis ou dotadas de vocação edificatória.

Mais uma vez estas medidas poderão provocar danos idênticos, embora provisórios, àqueles que são provocados pelos planos, pelo que devem ser indemnizados na proporção do impedimento provocado.

Sobre esta situação de expropriação do plano e o que deve entender-se por áreas edificáveis ou dotadas de vocação edificatória, vide Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 523-528. Também Gomes Canotilho defende que não se deverá tolerar a recusa de indemnização aos proprietários de uma zona urbana em ritmo incessante de construção, aos quais, por necessidade de espaços verdes, foi imposta a proibição absoluta do *jus aedificandi*. Canotilho, J.J. Gomes, *O Problema da Responsabilidade do Estado...*, cit., p. 300. No mesmo sentido Medeiros, Rui, ob. cit., p. 329.

⁴⁴ Breuer, Rüdiger, in, Schmaltz/ Schrödter, Wolfgang/ Köhler/ Schrödter, Hans/ Stang, ob. cit., p. 364 (rdn. 79) ss.

⁴⁵ É necessário ter presente que as objecções apontadas à jurisprudência do BGH resultam do facto de, no direito alemão, normalmente a *Veränderungssperre* só dar lugar a indemnização após o decurso do prazo de quatro anos, o que não se verifica no direito português.

⁴⁶ Cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 521-523.

⁴⁷ Parece-nos, uma vez mais, ser este prazo demasiado longo para que o particular tenha de suportar, sem qualquer indemnização, uma expropriação a prazo incerto.

A posição de Alves Correia traduz, no entanto, uma maior razoabilidade já que à luz da legislação então vigente era de cinco anos o período normal de vigência dos planos gerais e parciais de urbanização.

Na resolução desta questão Alves Correia socorria-se da aplicação analógica do art. 106º do Decreto-Lei 2.110, de 19 de Agosto de 1961 (Regulamento Geral das Estradas e Caminhos Municipais), de acordo com o qual, se o vínculo de inedificabilidade se prolongar por mais de três anos, o proprietário dos terrenos afectados tem o direito a uma indemnização pelos prejuízos directa e imediatamente resultantes de eles terem sido reservados e continuarem reservados para expropriação. Cfr. Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 521-523.

⁴⁸ Nos termos do Decreto-Lei 48.051, a ilicitude traduz-se na ofensa de direitos ou de disposições legais destinadas a proteger os interesses dos particulares (arts. 2º e 3º), e na violação de normas legais e regulamentares ou princípios gerais aplicáveis, bem como de regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração (art. 6º). Sobre a questão da relação entre ilegalidade, antijuridicidade e ilicitude cfr. Canotilho, J.J. Gomes, "Comentário ao Acórdão do STA de 12 de Dezembro de 1889", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125, nº 3816, p. 74-85.

⁴⁹ Idem, p. 84. Segundo este Autor, "*a violação de normas ou princípios procedimentais não dará origem à responsabilidade por actos ilícitos se os preceitos procedimentais violados não tiverem uma qualquer referência à posição jurídico-material do interessado.*" Continua ainda este Autor, afirmando que "*mesmo a violação de normas de direito material não postula obrigatoriamente o desencadeamento dos esquemas da responsabilidade extracontratual se não existir uma "conexão de ilicitude"(...) entre a norma e princípio violado e a posição jurídica protegida do particular.*"

⁵⁰ Considera-se estarmos perante um direito subjectivo naquelas hipóteses em que existe um interesse próprio, autónomo e individualizado, que é intencional e directamente protegido pela norma, havendo para ele uma tutela jurídica plena (poder de exigir ou "garantia substancial").

Fala-se de interesse legítimo quando há um interesse particular que, embora diferenciado (individualizável), é de segunda linha ou dependente em relação ao interesse público, sendo protegido pela norma apenas de uma forma indirecta ou reflexa. Neste caso a tutela do interesse é limitada à garantia da legalidade da actuação administrativa.

Destas hipóteses distingue-se a dos interesses simples, onde existe um interesse de facto, ocasional ou indeferenciado, e não protegido por nenhuma norma jurídica, em relação ao qual se verifica uma ausência de tutela jurisdicional, havendo lugar, quanto muito, a uma tutela política e administrativa. Cfr. Andrade, J. C. Vieira de, *Direito Administrativo e Fiscal (Lições ao 3º ano do Curso de Direito de 1993-94)*, Coimbra, 1994, p. 44-45.

Segundo este Autor, a doutrina tradicional, com esta diferenciação cortante relativamente àquilo que se designa por posições de vantagem ou favoráveis dos particulares face à Administração, enfrenta actualmente algumas dificuldades. Tais dificuldades resultam de três ordens de considerações. Em primeiro lugar, do facto de se dever, actualmente, considerar outros direitos subjectivos dos particulares que antes não eram considerados (direitos transitivos, intransitivos e potestativos). Em segundo lugar, a existência, actualmente, de um conjunto de posições substantivas que se devem considerar como direitos subjectivos (e não como interesses legítimos), apesar de não terem uma tutela plena em face da Administração ou de não serem imediatamente accionáveis, por o seu conteúdo depender de densificação ou de concretização administrativa (direitos condicionados: enfraquecidos ou comprimidos; e direitos “prima facie”). Por último, novos problemas se põem na delimitação da fronteira entre interesse legítimo e interesse simples ou de facto.

Em face das dificuldades referidas, Vieira de Andrade defende que a fronteira a estabelecer com nitidez deve ser a que delimita “posições jurídicas substantivas” (“direitos ou interesses legalmente protegidos” ou “direitos em sentido amplo”) e “interesses simples ou de facto”.

“As posições jurídicas substantivas implicam sempre uma intenção normativa de protecção de um bem jurídico de determinado particular, seja em primeira linha (estamos, então, perante direitos subjectivos), seja em segunda linha (é o caso dos interesses legalmente protegidos), intenção que há-de resultar da interpretação da norma de direito substantivo que regula a relação jurídica e intenção que deve presumir-se quando interesses particulares sejam necessariamente favorecidos por uma norma de direito objectivo.

Os interesses simples ou de facto representam vantagens genéricas para os administrados, ou então específicas de pessoas determinadas mas que, do ponto de vista da norma reguladora, são vantagens ocasionais ou puramente reflexas relativamente ao interesse público...” Idem, p. 44-49.

⁵¹ Ibidem, p. 92. Em sentido contrário, porém, Caetano, Marcello, ob. cit., Vol. II, p. 1223-1238. Sobre a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por comportamentos administrativos lícitos ou ilícitos, no direito brasileiro, vide Mello, Celso Antônio Bandeira, *Elementos de Direito Administrativo*, 3ª edição revista e ampliada, S. Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 320-361.