V ENCONTRO dos Professores Portugueses de DIREITO PÚBLICO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Janeiro de 2012

Organização de Carla Amado Gomes

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt

Julho de 2012

ISBN: 978-989-97834-1-6

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

E-Mail: icjp@fd.ul.pt

A sucessão de planos urbanísticos no tempo*

Fernanda Paula Oliveira

1. Considerações preliminares

O tema que nos coube tratar — sucessão de planos urbanísticos no tempo — poderia ser objecto de distintas abordagens.

Desde logo, a que se prende com os procedimentos de dinâmica, isto é, com os procedimentos que permitem adequar as previsões dos planos à realidade que visam regular. Com efeito, sendo mutável esta realidade, bem como os interesses públicos que com eles se pretendem servir, devem os planos ser sujeitos a um esforço de *contínua adaptação* ou *ajustamento* de forma a fornecer uma resposta adequada às exigências de ordenamento territorial.

Nesta perspectiva, falar na sucessão de planos urbanísticos no tempo significaria identificar os tipos de procedimentos de dinâmica legalmente admitidos — revisão, alteração normal, alteração por adaptação, alteração simplificada, correções materiais e retificações — e determinar o respetivo âmbito de aplicação.[1]

Outra aproximação possível a esta temática poderia ser feita a partir do sistema de gestão territorial em vigor — que integra uma multiplicidade de instrumentos em cascata —, analisando os problemas colocados pela *sucessão de planos de distinto nível* em face inexistência, entre nós, de um princípio da precedência temporal do plano de hierarquia superior em

---

* Recuperamos aqui um tema que já havíamos tratado no nosso "A Regulamentação de situações intertemporais pelos Planos Directores Municipais", in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 2, CEDIPRE, 2009 em http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/ revista_dpr/revista_ 2.pdf

[1] Estas questões têm vindo a adquirir relevo em face das dúvidas suscitadas quanto ao verdadeiro âmbito de aplicação dos procedimentos simplificados de modificação dos planos. Sobre esta questão cfr. o nosso "Tutela da legalidade urbanística: autonomia local em perigo? (Alguns exemplos práticos)" in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 17, 2011; *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, comentário 4 ao artigo 93.º e Cristina GUIMARÃES, *A Dinâmica dos Instrumentos de Gestão Territorial de Âmbito Municipal. Crónica de Uma Morte Anunciada?* in Estudos de Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território, coordenação Fernanda Paula Oliveira, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2012.

relação aos de nível hierárquico inferior. O que apelaria para o tratamento dos princípios de relacionamento entre instrumentos de gestão territorial (designadamente, o princípio da hierarquia, os princípios da coordenação/cooperação e o princípio da contracorrente).

Optamos, porém, por abordar esta questão de uma perspectiva distinta, tratando as *situações intertemporais* e a necessidade da sua regulamentação.

Por situações intertemporais entendemos aqui, numa primeira aproximação, as situações privadas, *jurídicas* ou de *facto*, constituídas ou criadas em momento anterior à entrada em vigor do plano, mas que projetam os seus efeitos no tempo, podendo, por isso, vir a ser abrangidas por novas e distintas disposições planificadoras.

Como será fácil de compreender, trata-se de uma problemática que se coloca apenas relativamente aos planos dotados de eficácia plurisubjectiva: planos municipais e planos especiais de ordenamento do território.[2]

O que aqui pretendemos elucidar, no que a este tema diz respeito, são essencialmente duas questões, a saber: (1) como se comportam estas situações intertemporais em face da sucessão de planos no tempo?; (2.) podem (e como) os planos regular estas situações?

2. As situações intertemporais

Torna-se necessário, antes de mais, identificar, agora com maior precisão, o que entendemos por situações intertemporais.

Nelas se integram, em primeiro lugar, as *posições jurídicas* decorrentes de atos urbanísticos com a natureza de *decisões*, isto é, atos que se pronunciam de forma final sobre uma determinada pretensão urbanística considerada na sua globalidade, assumindo efeitos permissivos (de realização da operação urbanística na sua globalidade). É o caso das *licenças*, das

[2] Embora o nosso ordenamento jurídico reconheça eficácia directa em relação aos particulares quer aos planos especiais quer aos planos municipais de ordenamento do território, são estes últimos que adquirem maior relevo, atento o caráter *subsidiário*, *supletivo* e *setorial* dos planos especiais (ainda que hierarquicamente superiores) e o tratamento tendencialmente *global* e *integrado* da respectiva área de intervenção que é efetuado pelos planos municipais. São estes, efetivamente, que se apresentam como os instrumento normais de intervenção no território, por lhes caber as tarefas fundamentais da (re)classificação e da (re)qualificação dos solos.

Voltar ao Índice

autorizações e agora também das *admissões de comunicações prévias* de operações urbanísticas.

Refira-se, contudo, que uma coisa são as posições jurídicas decorrentes de uma licença ou admissão da comunicação prévia de uma *operação de loteamento* — operação que cria lotes urbanos, com direitos urbanísticos inerentes[3] —, outra são as posições decorrentes de uma *comunicação prévia* ou *licença de construção*[4] e outra, ainda, as posições que transcorrem de uma *autorização de utilização*.

Para além das posições decorrentes de *decisões administrativas,* integram igualmente as situações intertemporais a que aqui nos referiremos, as posições (jurídicas) decorrentes de *pré-decisões*: atos que, precedendo o acto final de um procedimento, decidem de forma vinculativa sobre a existência de condições ou de requisitos de que depende a sua prática. Nesta categoria genérica integram-se quer os *actos prévios* — atos que decidem *sobre um aspecto particular da decisão final, não produzindo qualquer efeito permissivo*, como as informações prévias favoráveis e as aprovações de projetos de arquitetura — e os *actos parciais* — decisões constitutivas antecipadas no que respeita a uma parte ou a um aspecto da decisão final global, com efeito ou carácter permissivo, como a licença parcial para a construção da estrutura prevista no n.º 6 do artigo 23.º do RJUE.

Mas não são apenas as *situações jurídicas* que assumem relevo a este propósito. Com efeito, existem também *situações de facto* que, tendo sido criadas ao abrigo de um determinado plano, projectam os seus efeitos no tempo, podendo vir a ser abrangidos por um novo e diferente instrumento de planeamento. É o caso de edificações construídas legalmente ao abrigo de um determinado plano, mas que deixam de estar adequadas às previsões de um novo instrumento de planeamento, e, ainda, o caso de

---

[3] Para mais desenvolvimentos sobre as posições que decorrem das operações de loteamento cfr. o nosso *Loteamentos Urbanos e Dinâmica das Normas de Planeamento, Breve Reflexão Sobre as Operações de Loteamento Urbano e as Posições Jurídicas Decorrentes dos Respectivos Actos de Controlo*, Coimbra, Almedina, 2009.

[4] Embora sejam também diferentes as posições de partida de um comunicante no âmbito de um procedimento de comunicação prévia de obras de edificação (já que este procedimento pressupõe, em regra, uma precisa definição das condições urbanísticas de realização da obra, vinculando estritamente o decisor, que não pode rejeitar a comunicação se ela cumprir escrupulosamente aquelas condições e que determina, deste modo, o direito de o comunicante realizar a pretensão desde que as cumpra) das do requerente de um licenciamento (considerando o grau mais aberto da definição das condições de realização da obra neste caso e, por isso, uma maior discricionariedade de apreciação do decisor).

edificações ilegais, quer por ausência de ato autorizativo (embora cumprindo as regras materiais vigentes à data da construção) quer por violação das regras a essa data em vigor. Estas últimas situações, não tendo na sua base um título jurídico, colocam problemas mais complexos quando o instrumento de planeamento sucessivo não as admite.

3. Os princípios jurídicos relevantes

Identificadas as situações intertemporais (isto é, situação nascidas ao abrigo de um plano, mas que projetam os seus efeitos no tempo, podendo vir a ser objecto de regulamentação por um novo e distinto instrumento de planeamento), vejamos quais são os princípios que assumem relevo a seu propósito.

Antes do mais, a protecção das *posições jurídicas* a que nos referimos *supra* (quer resultem de decisões quer de pré decisões) apresenta-se, no direito do urbanismo, como uma decorrência dos princípios da *não retroactividade das normas jurídicas* e do *tempus regit actum.*

Articulados estes dois princípios, no que à prática de actos de gestão urbanística diz respeito — que se configuram como *actos constitutivos de direitos* —, concluímos que os planos apenas produzem efeitos para o futuro, não afectando, por isso, as posições jurídicas dos interessados que tenham decorrido daquele tipo de decisões ou pré-decisões emanadas antes da sua entrada em vigor.

A aplicação destes princípios no âmbito do direito administrativo geral e, deste modo, no direito do urbanismo determina, como consequência, que "*os actos administrativos se regem pelas normas em vigor no momento em que são praticados, independentemente da natureza das situações a que se reportam e das circunstâncias que precederam a respectiva adopção*" [5], o que significa ser o momento da *perfeição do ato* aquele que fornece o critério temporal para a determinação da norma aplicável, aplicando-se a velha ou a nova conforme aquele momento for anterior ou posterior ao começo de vigência desta.

Subjacente a este entendimento está, em larga medida, a ideia de que,

[5] Cfr. Mário AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 706 e ss.

em todo e qualquer procedimento, os interessados são colocados "*perante uma situação jurídica que se encontra em curso de constituição — uma* fattispecie de formação sucessiva *—, mas que ainda não está cabalmente constituída, por ser ao acto administrativo que cabe produzir o efeito constitutivo. Até ao momento em que esse acto venha a ser praticado, ainda só existem, portanto, efeitos virtuais e o interessado ainda não é titular de qualquer direito, mas apenas de meras expectativas*"[6].

Isto será necessariamente assim sempre que o momento determinante para a constituição do efeito jurídico coincida com o da emissão do acto administrativo. Porém, em muitas situações, é possível identificar, no decurso de um procedimento administrativo, "*um momento autónomo em que se antecipa a formação da decisão*", de tal forma que se pode afirmar ser o interessado titular de uma posição jurídica que se constituiu em momento anterior ao da prática do acto, limitando-se este, tão-só, a formalizar um efeito que se constituiu em momento anterior, não podendo a posição jurídica daí decorrente ser posta em causa pela superveniência, no decurso do procedimento, de novo direito[7].

O princípio de que os planos, enquanto normas jurídicas, apenas têm eficácia para o futuro, significa, assim, que estes, em regra, não colocam em causa posições juridicamente consolidadas antes da sua entrada em vigor, o que, dito de outro modo, significa que o plano não afecta posições jurídicas decorrentes de actos de gestão urbanística que tenham definido, ainda que parcialmente, mas de forma definitiva, pretensões urbanísticas dos interessados (situações consolidadas do ponto de vista jurídico[8]), não afectando, por maioria de razão, situações que, decorrentes de anteriores

---

[6] Cfr. Mário AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, *cit.*, pp. 711-712.

[7] Sobre o funcionamento deste principio quando estão em causa aprovações de projectos de arquitetura e informações prévias favoráveis (aquelas que mais dúvidas colocaram na doutrina e na jurisprudência) cfr. por todos Fernanda Paula OLIVEIRA, Maria José CASTANHEIRA NEVES, Dulce LOPES e Fernanda MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Comentado*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, respetivamente comentários 4 e 5 ao artigo 20.º e comentário 2 ao artigo 17.º

[8] E que são, pela ordem crescente da sua consolidação jurídica, as informações prévias favoráveis, as aprovações de projectos de arquitetura, as licenças ou admissão de comunicações prévias de loteamento, as comunicações prévias de obras de edificação, as licenças de obras de edificação e as autorizações de utilização.

A diferença entre cada uma destas posições jurídicas de vantagem é quantitativa e não qualitativa: trata-se de actos que enriquecem, em medida diferente ou grau distinto, o conteúdo do direito de propriedade (ao integrar nele um conjunto de poderes ou faculdades de que o respectivo titular não dispunha).

actos administrativos, se encontram já factualmente consolidadas (situações consolidadas do ponto de vista material).

Diferente é o tratamento que em regra se defere às situações de facto ilegais. A ausência, entre nós, de um regime especial para legalizações leva a que, por força do princípio do *tempus regit actum*, as mesmas tenham de cumprir as normas em vigor à data da respectiva legalização, o que, em regra, determina a impossibilidade da sua manutenção (quando o novo plano não as admite).

4. Podem os planos regular situações intertemporais, introduzindo desvios aos princípios gerais de aplicação de normas no tempo?

Na nossa óptica, apesar dos princípios anteriormente referidos, a Administração não está impedida, para além das situações expressamente previstas na lei (v.g. artigo 60.º RJUE), de determinar desvios aos mesmos, modelando, deste modo, a aplicação do plano no tempo.

E isto é assim porque, do nosso ponto de vista, estes princípios não podem ser vistos como um limite absoluto à margem de decisão planificadora, podendo a Administração ora possibilitar a salvaguarda de situações ainda não consolidadas do ponto de vista jurídico (v.g atos de carácter contratual como as vendas em hastas públicas celebradas pelo município), como permitir que o plano entrado em vigor se aplique a situações já consolidadas (jurídica ou materialmente) antes do mesmo, afectando-as.

Com efeito, e quanto a esta última hipótese, se aquelas posições, apesar de juridicamente consolidadas, não forem compatíveis com o modelo territorial que o município pretende instituir, pode justificar-se uma opção planificadora que as afecte, havendo lugar, neste caso, nos termos previstos nos artigos 143.º do RJIGT[9] e 48.º do RJUE[10] lugar a indemnização.

Esta possibilidade de modelação dos referidos princípios mais não é do

[9] Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro e alterado pelos Decretos-Lei n.os 53/2000, de 7 de Abril, e 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, pela Declaração de Rectificação n.º 104/2007, de 6 de Novembro, pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de Agosto e pelo artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6 de Janeiro.

[10] Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Junho, pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março e pela Lei n.º 28/2010, de 2 de Setembro.

que a decorrência de um outro princípios jurídico, que deve ser cotejado com os referidos anteriormente: o principiou da *ponderação de todos os interesses públicos e privados* co-envolvidos no planeamento, o qual exige que a Administração planeadora *tenha em consideração todas as situações existentes à data da elaboração do plano*, quer as mesmas existam somente do ponto de vista fáctico (legais ou ilegais) quer de um ponto de vista jurídico.

Este princípio, articulado com o da proporcionalidade, que lhe anda próximo, exigirá que sempre que a solução a plasmar no plano consagre uma salvaguarda genérica de situações constituídas em momento anterior à sua entrada em vigor, ainda que contrárias ao modelo de ocupação territorial que pretende instituir, exista uma cabal fundamentação que comprove que foi feito o confronto entre, por um lado, as consequências decorrentes da não salvaguarda daquelas posições, designadamente na esfera jurídica dos respectivos destinatários, e, por outro lado, o impacte que a sua salvaguarda tem no modelo de ocupação territorial que com o plano director municipal se pretende consagrar (e que se presume, por mais recente, mais compatível com o interesse público).

E a integração de uma salvaguarda genérica daquelas posições terá de ser considerada legítima sempre que dessa ponderação seja possível concluir que os benefícios que a afectação daquelas situações acarreta para o modelo territorial a instituir com o plano são manifestamente inferiores aos prejuízos que da mesma decorrem para a esfera jurídica dos particulares, a qual será afectada de forma desproporcional caso não decorra, dessa ponderação uma maior valia do modelo a instituir (e dos interesses públicos que lhe estão subjacentes) do que a das posições que são afectadas.[11]

[11] Na nossa óptica é importante que a entidade planificador explicite, designadamente nos Relatórios que acompanham os planos, a ponderação que foi feita, identificando, por exemplo a percentagem de operações que serão abrangidas por esta salvaguarda, a qual permitirá evidenciar, a maior parte das vezes, o reduzido impacte que as mesmas terão na globalidade do território e, deste modo, no modelo territorial a instituir. Esta explicitação não é difícil de fazer sempre que, durante a elaboração do plano a entidade planificadora, tendo em vista a eventual protecção destas situações, as integre na carta de compromissos que acompanha a sua elaboração (cfr. Portaria n.º 138/2005, de 2 de Fevereiro). Com efeito, embora apenas se exija, em regra, que nesta carta de compromissos sejam integradas algumas posições jurídicas (precisamente as que correspondem a decisões finais da administração definidoras da situação jurídica dos interessados), não está a Administração impedida, precisamente por as querer ponderar, de aí integrar outras que suscitam questões equivalentes e análogas, designadamente em matéria de indemnização.

Pode, inclusive, o município concluir que a atribuição de eventuais indemnizações aos particulares afectados não só não permitirá a adequada compensação da sua efectiva lesão (quantas vezes mais de ordem imaterial/moral que patrimonial), como afectará, em grande medida, interesses económicos e financeiros do município sem que relevantes interesses relacionados com o ordenamento e ocupação do território o justifiquem. Sempre que tal suceda é legítimo que a opção do plano seja favorável à manutenção daquelas situações jurídicas.

Concluímos, assim, que é da obrigação de uma *ponderação circunstanciada dos interesses em causa* e do *cumprimento do princípio da proporcionalidade* em matéria de planeamento territorial que decorre a possibilidade de os planos regularem situações preexistentes de forma distinta da que decorreria da aplicação dos princípios gerais mobilizáveis.

5. Como podem os planos regular situações intertemporais?

a) Respondida afirmativamente a questão sobre a possibilidade de os planos regularem, eles próprios, situações intertemporais, resta saber como o podem fazer.

A resposta passará, pela integração, nos planos, de normas que criam um regime especial para este tipo de situações ou de normas que visam regular a sua própria aplicação (dos planos) no tempo: *normas transitórias*. [12]

De acordo com a doutrina, estas disposições de direito transitório podem assumir carácter *formal* — limitando-se a determinar qual das leis, a antiga ou a nova, é aplicável a determinadas situações — ou *material* — estabelecendo uma regulamentação própria, não coincidente nem com a

---

Note-se, porém, que a ausência desta explicitação não corresponde necessariamente a uma ausência de ponderação destas situações. Apenas se esta ausência de ponderação existir é que haverá uma ilegalidade material do plano.

Precisamente explicitando esta ponderação veja-se, a título de exemplo, o que consta do Relatório que acompanha o Plano Director Municipal de Vila Nova de Gaia, onde expressamente se afirma que "*Foram identificados os projectos de arquitectura deferidos durante o procedimento de elaboração do plano e que não obtiveram licenciamento até à data da abertura da discussão pública. Dos cerca de 1300 projectos inventariados, apenas 10% não cumpria a nova norma, pelo que se considerou que não afectava o modelo territorial*".

[12] Efectivamente, os instrumentos de planeamento, como acontece com todas as restantes normas jurídicas, podem regular expressamente a sua aplicação no tempo atendendo à transitoriedade das situações sobre que incidem. Sobre esta possibilidade, cfr. Pascal PLANCHET, "Le Temps du Droit de L'Urbanisme, in *Mélanges en L'Honneur de Henri Jacquot*, Presses Universitáires d'Orléans, 2006, pp. 489-491 e ss.

lei antiga nem com a lei nova, para certas situações que se encontram na fronteira entre as duas.

b) As normas de carácter transitório introduzidas nos instrumentos de planeamento visam, em regra, excluir do âmbito material de aplicação do plano situações que, não fossem elas, se encontrariam sujeitas ao novo normativo planificador, conferindo a um conjunto de situações o estatuto de *posições jurídicas consolidadas* que, sem aquelas normas, claramente o não teriam.

É o caso, a título de exemplo, do disposto no artigo 3.º do Regulamento do Plano Director Municipal do Porto, nos termos do qual as normas deles constantes quanto á classificação e qualificação dos solos não se aplicam a operações urbanísticas que, tendo de ser decididas já ao seu abrigo, são a concretização de parâmetros definidos no âmbito de vendas efectuadas pelo município em hasta pública em momento anterior.

As *hastas públicas alienadas* a que se refere aquele artigo são alienações de bens que seguem um regime procedimental particular e que se integram no domínio privado do município, encontrando-se funcionalizados a afectações específicas, *maxime* habitacionais, inscrevendo índices, parâmetros e regras particulares, definidas pelo município, para que sejam concretizadas na esfera jurídica do seu adquirente (cfr. o disposto nos artigos 5.º, n.os 2 a 7, e 29.º, n.º 3 da Lei dos Solos).

Ora, foi para evitar que se frustrasse a confiança que os particulares adquirentes dos bens em causa depositaram na concretização da finalidade a que as parcelas vendidas em hasta pública se encontravam funcionalizadas — tanto mais porque foi o próprio município que as vendeu naquelas condições — e, bem assim, para prosseguir os princípios da boa fé e da tutela das expectativas legítimas criadas — princípios a que a Administração se encontra vinculada nas relações que entretece com os administrados —, que foi consagrada, no âmbito do referido artigo 3º um regime especial para estas situações, com desvio ao princípio *tempus regit actum*.[13]

[13] A dúvida que se colocou a propósito do artigo 3.º do Plano Director Municipal do Porto foi a de saber se o regime previsto para as vendas em hasta pública podia ser estendido a outros *actos de natureza contratual* pelos quais o município assumiu compromissos urbanísticos com

Outro exemplo é o da introdução no plano de regimes particulares dirigidos à *regularização de situações ilegais*, as quais se justificam, em regra, pelo facto de estarem em causa preexistências de facto que a Administração não pode ignorar quando define as regras atinentes à ocupação, uso e transformação do solo. E se é certo que a regularização apenas deverá ser permitida se e na medida em que o município (no caso de planos municipais) conclua que a manutenção daquelas operações não coloca em causa o modelo de ocupação territorial definido para todo o município (ou se integra nos objectivos da sua política territorial), não é menos verdade que uma opção que passe por não as regularizar (o que determinará, em última instância, a necessidade de proceder à respectiva demolição), apenas deverá ser determinada quando existam relevantes interesses públicos que a justifiquem. E isto porque a obrigação de ponderar

---

privados.

E esta questão era relevante na medida em que o Município do Porto (como de resto quase todos os municípios) havia celebrado com frequência, antes da entrada em vigor do Plano Director Municipal, contratos através dos quais assumia, perante privados, compromissos de cariz urbanístico, com especial relevo para os contratos celebrados no âmbito de procedimentos pré-expropriativos em que reconhecia a terrenos privados capacidade edificativa como compensação pela cedência de parcelas para a prossecução de finalidades públicas. Alguns desses compromissos resultaram até, por vezes, de acordos celebrados no âmbito de processos judiciais.

O que se veio a considerar foi que nestas situações a posição jurídica dos particulares era *substancialmente idêntica* à dos titulares de "hastas públicas alienadas", não se divisando razões para um tratamento distinto destes compromissos também assumidos contratualmente. Com efeito, em qualquer das situações, a posição jurídica dos particulares era substancialmente idêntica, tendo sido reconhecida, embora por vias distintas, uma concreta aptidão edificativa aos seus terrenos, o que gerava expectativas na sua efectiva concretização (através da posterior emissão de actos de licenciamento ou autorização das suas pretensões).

De igual modo, a posição da Administração também resultava inalterada em qualquer dos casos, na medida em que era ela a entidade que estava na origem de ambos os tipos de procedimentos, pautados por regras de conduta procedimental e material bem precisas, sendo estas, por seu turno, tanto as que decorriam das exigências constitucionais que conformam a actividade administrativa, como aquelas que se referem aos procedimentos particulares de alienação em hasta pública e ao procedimento complexo de expropriação por utilidade pública, procedimentos estes que reforçam as exigências de igualdade e imparcialidade que impendem sobre a actividade da Administração.

Dada a fundamental similitude de situações (entre vendas em hasta pública e outros compromissos urbanísticos assumidos pelo município através de formas contratuais diferenciadas), concluiu-se, então, numa interpretação normativamente adequada do referido artigo 3.º, que teria de se estender a sua letra para abarcar todos os sentidos que lhe deviam ser imputados de acordo com o espírito daquela particular disposição normativa e da teleologia ou da finalidade que com ela se visava atingir, lançando-se mão de um juízo analógico analisado numa "relação de semelhança" entre casos e que se funda nas exigências decorrentes do princípio da igualdade normativa ou da universalidade prática.

O que se conclui, então, é que se algum fundamento razoável houvesse para a formulação de uma qualquer distinção entre estas situações, ele deveria ter sido invocado no procedimento de elaboração do plano e dos documentos que o constituíam ou acompanhavam (*máxime,* no seu relatório), o que não sucedia. Muito pelo contrário, ao longo do processo de revisão foram sendo reiteradas afirmações, quando estavam em causa compromissos deste tipo, que o artigo 3.º compreendia, no seu âmbito normativo, estas situações.

estas pré-existências é uma obrigação (de planeamento) a que a Administração não se pode furtar, sob pena de o plano estar viciado por (falta de ponderação ou desproporcionalidade desta)[14-15].

Os desvios operados por via do plano ao referido princípio do *tempus regit actum* não valem, contudo, como referimos antes, apenas no sentido referido — de possibilitar a salvaguarda de situações ainda não consolidadas do ponto de vista jurídico —, já que podem também ser usados para permitir que o plano entrado em vigor se aplique a situações já consolidadas (jurídica ou materialmente) antes do mesmo, afectando-as, situações que, não fosse o próprio plano, ficariam imunes à sua regulamentação por de formação anterior ao mesmo.

De onde decorre que estas posições não valem como um limite material (interno) à discricionariedade de planeamento — no sentido de impedirem opções do plano que as coloquem em causa[16] —, embora condicionem tal discricionariedade, na medida em que a sua afectação pelo plano não é

---

[14] Sucede, porém, que a integração de normas como as referidas na nota anterior apenas permite a regularização daquelas edificações *do ponto de vista urbanístico*, já que aos planos municipais apenas cabe cuidar destas. O mesmo já não se poderá dizer, na maior parte das situações, das exigências referentes aos projectos de especialidades que são objecto de legislação especial que, em regra, não contempla situações de excepção para este tipo de edifícios.

O que torna, na maior parte das vezes, inócuas as normas dos planos directores municipais tendentes à regularização de situações ilegais: embora se admita a legalização daquelas edificações do ponto de vista urbanístico, esta pode não chegar a ocorrer por razões relativas aos respectivos projectos das especialidades, denotando uma absoluta desadequação da nossa legislação em relação à realidade, ao ignorar a existência das edificações ilegais.

E a solução não pode ser resolvida com recurso ao disposto no artigo 60.º que apenas tem aplicação a edificações legalmente existentes. Neste sentido cfr. Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maçãs, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Comentado*, *cit.*, comentário ao artigo 60.º.

Porém, como tivemos oportunidade de afirmar no nosso *Nulidades Urbanísticas. Casos e Coisas*, Coimbra, Almedina, 2011, julgamos que nas situações em que se permite, por via do plano, a regularização urbanística destas operações, não é oportuno que sejam feitas exigências em relação aos projectos de especialidades que as inviabilizem, uma vez que já se sabe, à partida, que um edifício de 1980 dificilmente cumprirá todas as exigências (térmicas, acústicas) vigentes em 2011, o que tornaria a regularização urbanística numa solução sem aplicação (cfr. p. 116, nota 35).

[15] Sobre a possibilidade de os planos poderem, em certas circunstâncias, ter funções regularizadoras cfr. o nosso *Nulidades Urbanísticas. Casos e Coisas, cit.,* pp. 114 a 125

[16] Como se afirmou na Sentença do STS espanhol de 27 de Fevereiro de 1996, "… o *princípio da confiança legítima não pode considerar-se infringido com a mudança de qualificação urbanística do solo já que o* ius variandi *da Administração permite-lhe adequar o ordenamento urbanístico às novas circunstâncias demográficas, sociais e económicas que exijam uma alteração da anterior regulação jurídico-urbanística (….)*", de modo que "*as sugestões ou alternativas dos proprietários dos terrenos afectados (…) não têm, do ponto de vista jurídico, carácter vinculativo*", motivo pelo qual "*os direitos subjectivos nascidos da primitiva normativa urbanística não são fundamento bastante para a ilegalidade das novas determinações modificativas que os afectem*". Cfr. Federico A. CASTILLO BLANCO, *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo,* Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 95, nota 83.

livre, apenas se considerando legítima se e na medida em que cumpra determinadas exigências[17].

Assim, impõe-se, antes do mais, que a Administração municipal tenha conhecimento destas posições, que, na maior parte das vezes, decorrem de decisões tomadas por si própria, e que a opção de planeamento que as ponha em causa se funde em *razões ponderosas de interesse público*, que devem ser devidamente explicitadas. Tal significa que o município se encontra sujeito, nestas situações, a um dever de fundamentação acrescido e mais exigente do que quando formula outro tipo de opções que não afectam posições jurídicas privadas[18].

Mais, nestas situações — que correspondem, todas elas, a uma afectação da esfera jurídica dos particulares de efeitos equivalentes a uma expropriação e que, por esse motivo, terão de dar lugar a indemnização[19] —, o plano terá de considerar, ainda que de forma genérica, mas clara, os mecanismos de ressarcimento ou de compensação, que terão de resultar dele, pelo menos nos seus elementos essenciais, e não ser simplesmente relegados para o momento da respectiva execução.

Com efeito, dando, as opções do plano, nestes casos, lugar a indemnização, elas não podem deixar de ser tidas em conta no programa de execução do plano, o qual, ainda que indicativamente, terá de antecipar as formas de financiamento das acções previstas.

Acresce que as consequências económicas ou financeiras decorrentes dos efeitos indemnizatórios deste tipo de opções planificadoras não podem deixar de ser devidamente ponderadas, já que o realismo e a exequibilidade do modelo territorial a implementar com o plano se apresenta, como veremos, como um pressuposto da sua validade.

---

[17] Sobre o relacionamento entre situações de consolidação e o poder do órgão planeador para tomar as suas decisões planificadoras, cfr. José Luis LORENTE TALLADA, *La Gestión Urbanística y la Edificación Existente*, Valencia, Tirant Monografías, 2005 pp. 198 e ss. e, em especial, pp. 209-212.

[18] Sobre a jurisprudência espanhola que tem vindo a abrir o passo ao controlo jurisdicional das modificações de planeamento que colocam em causa posições jurídicas dos administrados, obrigando a Administração a motivá-las por forma a que o tribunal possa valorar a razoabilidade ou racionalidade da decisão e evitar o arbítrio, cfr. Francisco PERALES MADUEÑO, "El Planeamiento y la Protección de los Derechos Individuales", in *Urbanismo: Función Pública y Protección de Derechos Individuales*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 61 e ss.

[19] Sobre a indemnizabilidade destas situações, cfr. Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.º Edição, Coimbra, 2008, pp. 764 e ss. e Bernard-Frank MACERA, *Licencias Urbanísticas y Garantía Indemnizatoria (Entre Actividade Expropiatoria y Responsabilidad de la Administración)*, Barcelona, Atelier, 2005.

Por seu lado, quando se trate de verdadeiras expropriações acessórias ao plano, isto é, quando da opção do plano decorra a necessidade de lançar mão de processos expropriativos em sentido estrito, o próprio plano terá de apontar, ainda que de forma meramente indicativa, o momento previsível em que os mesmos serão desencadeados, decorrendo esta exigência da imposição de os instrumentos de planeamento municipal integrarem uma importante vertente de programação. Não é, assim, legítimo, por exemplo, que um plano de pormenor determine a necessidade, para a criação de um espaço qualificado dentro da cidade, da demolição de um conjunto de edifícios em uso nessa área territorial, sem que decorra do mesmo qualquer indicação sobre a forma como os respectivos proprietários serão ressarcidos (por as suas posições não integrarem, por exemplo, o mecanismo de perequação criado para a área), nem o momento em que a respectiva execução ocorrerá (deixando a sua esfera jurídica indeterminada ou suspensa).

Acresce que a garantia constitucional da protecção da confiança e da propriedade privada implica, sempre, uma *adequada ponderação* daquelas posições no âmbito do procedimento de planeamento, que corresponde, precisamente, a um procedimento de ponderação de interesses. Nesta ponderação, no caso de estar em causa o direito de propriedade privada ou quando se colocam em causa direitos que se incorporaram já na esfera jurídica dos particulares por força de actos administrativos — como sucede quando o plano opta pela demolição de um edifício legalmente existente —, o seu estatuto de direito análogo aos direitos, liberdades e garantias confere-lhe uma posição particularmente qualificada em face dos restantes interesses que entram na ponderação, incluindo os interesses públicos, o que tem relevo na medida em que as opções planificadoras que o coloquem em causa terão de ser especificamente motivadas, em concreto, na maior importância do interesse público a prosseguir e na impossibilidade de o mesmo ser alcançado sem afectação daquele direito.

Este facto remete-nos para os limites ao poder de conformação planificadora do município que correspondem aos *princípios da ponderação de interesses* e *da respectiva proporcionalidade* bem como *da fundamentação das opções do plano*. Com efeito, é indispensável que a

solução planificadora seja o resultado de uma justa ponderação de interesses públicos e privados que denote a *proporcionalidade* (e *necessidade*) do sacrifício imposto aos privados e que resulte devida e expressamente motivado, designadamente no relatório do plano, que os objectivos que com este se pretende alcançar são de hierarquia superior aos que são sacrificados, só podendo ser atingidos com o sacrifício daquelas posições jurídicas. Ou seja, deve não só demonstrar-se a absoluta necessidade do sacrifício dos interesses privados, mas também a impossibilidade de satisfazer o interesse público sem aquele sacrifício (ou com menos sacrifício).

O que se exige é que os interesses e expectativas privados sejam *objecto de adequada e específica ponderação ou consideração* (necessidade de consideração dos interesses sacrificados) e em especial que a *consideração de tais interesses seja adequada ao sacrifício imposto ao particular*, particularmente quando este tinha expectativa sobre a disciplina vigente.

Isto significa que os interesses privados podem ser sacrificados, mas na condição de que o interesse público a prosseguir não seja realizável sem esse sacrifício (ponderação/proporcionalidade). Pelo que não é suficiente demonstrar que o interesse privado está em contraste com o interesse público, mas também que este contraste é tal que impede, em termos absolutos, a prossecução do fim público pretendido, o qual deve ser devidamente explicitado e fundamentado.

Assim, na presença de posições jurídicas de vantagem dos interessados, a motivação não se deve ficar pela demonstração da existência de um interesse público que justifica aquela escolha, mas deve também demonstrar analiticamente que aquele interesse público só podia ser adequadamente alcançado com o sacrifício da situação subjectiva do particular, ou, mais comum, com o dano que foi imposto, que se apresentou como o menor possível.

Deste modo, quando a Administração, com as suas opções planificadoras, coloca em causa uma dessas posições jurídicas, não lhe basta invocar o interesse público que as fundamenta, sendo necessário justificá-las convenientemente com base noutros critérios, como a *proporcionalidade da opção*, a sua *necessidade* e as *consequências económicas das mesmas*. Pelo que, embora seja verdade que o poder de

planificação não pode ser paralisado por precedentes interesses de natureza privatística — o legislador não pretendeu que as licenças ou outros actos administrativos atinentes a operações urbanísticas se configurassem como um limite inultrapassável para a Administração dotada de poderes de planeamento territorial, não os tendo "imunizado" dos avanços da Administração investida nesses poderes[20] —, a verdade é que terá de se afirmar não existir aqui a mesma "liberdade" de planeamento que nas situações em que não existam posições jurídicas deste tipo, tendo de se dar especial cumprimento às necessidades de *ponderação de interesses* onde aquelas posições jurídicas assumem um especial valor comparativamente com os restantes interesses em jogo. Assim, não sendo aquelas posições impeditivas da tomada de decisão de planeamento num determinado sentido, condicionam-na fortemente.

c) Vários são os instrumentos de planeamento que têm vindo a integrar normas do tipo que referimos. É o que sucede, apenas a título de exemplo, com o artigo 6.º do Plano Director Municipal da Maia, aprovado pela Assembleia Municipal em 18 de Dezembro de 2008 e publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 17, de 26 de Janeiro de 2009 (Aviso n.º 2383/2009), o qual, para além de identificar aquelas que, para efeitos da respectiva aplicação, são consideradas como preexistências e, por isso, devem ser respeitadas pelo plano, introduzem ainda um regime especial a aplicar-lhes, permitindo em relação a elas alterações ou ampliações desde que: a) não agravem das condições de desconformidade[21]; b) introduzindo qualquer novo uso, este não seja desconforme com as disposições do plano e das alterações resulte um desagravamento das desconformidades verificadas quanto ao cumprimento dos parâmetros urbanísticos ou às características de conformação física; ou c) introduzido qualquer novo uso, sejam verificadas as condições da alínea anterior e delas se obtenham melhorias relevantes quanto à inserção urbanística e paisagística ou à qualidade arquitectónica das edificações.

---

[20] Tal decorre, como referimos antes, do disposto nos artigos 48.º do RJUE, e 143.º, n.os 2 e 3, do RJIGT.

[21] Considerando que este requisito está sempre cumprido quando havendo ampliação não haja mudança de uso e o aumento da área de construção total não exceda 15 % da área bruta de construção preexistente.

O Plano Director Municipal da Régua, provado pela Assembleia Municipal em 7 de Maio de 2009 e publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 105, de 1 de Junho de 2009 (Aviso n.º 10347/2009), integra um normativo em tudo idêntico (artigo 11.º), assim como o Plano Director Municipal de Boticas, aprovado pela respectiva Assembleia Municipal em 29 de Setembro de 2008 e publicado no Diário da República, 2.ª série, N.º 195, em 8 de Outubro de 2008 (Edital n.º 1007/2008), o qual dispõe de forma similar no seu artigo 12.º. Isto apenas para fornecer outros exemplos.

Apesar de se terem inicialmente suscitado dúvidas quanto à legalidade das referidas normas[22] — legalidade que, quanto a nós, é inquestionável nas condições supra referidas —, tal não tem impedido os municípios de, com base na sua autonomia administrativa, procederem à sua integração nos planos que aprovam

Estas normas mais não são do que disposições do próprio plano indispensáveis a uma correcta e adequada gestão do território, na medida em que traduzem as opções do ente planificador relativamente às situações que a ele preexistem e que podem, eventualmente, ser com ele incompatíveis, correspondendo ao resultado de uma ponderação de todos os direitos e interesses existentes no território à data da sua elaboração.

Aliás, a ausência de normas como esta, que não denotassem a forma como o órgão planeador procedeu à ponderação de todas as situações existentes (que podem, até, ser situações ilegais) é que poderia afectar a validade do plano por violação da imposição constitucional de ponderação de interesses e direitos pré-existentes[23].

6. Nota conclusiva?

Em face de tudo quanto foi referido, concluímos que sempre que entre em vigor um plano de eficácia plurisubjetiva, torna-se necessário apurar se o

[22] Na nossa óptica, as dúvidas suscitadas quanto à (i)legalidade das referidas normas nunca fizerem sentido, motivo pelo qual sempre auxiliámos os municípios, no momento oportuno, a proceder à sua devida justificação jurídica a qual, em algumas das situações, foi mesmo integrada no respectivo Relatório. Foi aliás para esclarecer estas dúvidas que procedemos à elaboração do nosso "A Regulamentação de situações intertemporais pelos Planos Directores Municipais", in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 2, CEDIPRE, 2009 em http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/ revista_dpr/revista_ 2.pdf

[23] Sobre esta imposição legal e constitucional, *vide* Fernando ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, *cit.*, pp. 148 e 676.

mesmo estabelece, expressa ou tacitamente, qualquer regulamentação sobre a sua aplicação temporal, designadamente a sua aplicação retroactiva e os moldes da mesma.

Em caso afirmativo, são essas regras que devem ser mobilizadas nos casos concretos, designadamente no que concerne a situações intertemporais.

Apenas se tal não suceder terão aplicação os critérios gerais que correspondem, no direito do urbanismo, à máxima do *tempus regit actum* prevista no artigo 67.º do RJUE.

Voltar ao início do texto