

MINISTRO DO PLANEAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO TERRITÓRIO

Rec. nº 1/ A/94
Processo:3393/93
Data:1994-01-05
Área: A1

Assunto: URBANISMO E OBRAS - ORDENAMENTO DO TERRITORIO - PLANOS REGIONAIS DE ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO - RETROACTIVIDADE - DEC.LEI 351/93, DE 07.10 - ALTERAÇÃO DOS REGIMES DE LICENCIAMENTO - SUSPENSÃO DO PRAZO.

Sequência:Não Acatada.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

(A)

- Considerações preliminares -

1. Por forma a garantir a boa execução dos instrumentos regionais de planeamento urbanístico, foi aprovado o Decreto- Lei nº 351/93, de 7 de Outubro, o qual entrou em vigor no dia imediatamente após.
2. Afirma- se no seu preâmbulo que a sucessão de regimes de planeamento urbanístico determina necessariamente "a caducidade dos direitos conferidos por actos praticados anteriormente à entrada em vigor das novas normas de uso e ocupação do solo e cujo conteúdo seja contrário ao regime instituído".
3. Tais actos, presumidamente caducados, reconduzem- se às licenças de loteamento, de obras de urbanização e de construção, bem como às aprovações de localização e de anteprojecto ou de projecto de construção de edificações e empreendimentos turísticos.
4. Registe- se que a propósito de loteamentos e obras de urbanização, o Decreto- Lei nº 448/91, de 29 de Novembro, dispõe expressamente sobre a caducidade, quer das deliberações de licenciamento de operações de loteamento (art. 149), quer das deliberações de licenciamento de obras de urbanização (art. 27º), bem como sobre a caducidade dos respectivos alvarás (art. 38º).
5. Por seu turno, o regime do licenciamento de obras particulares, aprovado pelo Decreto- Lei nº 445/91, de 20 de Novembro, prevê a caducidade, tanto da deliberação que haja licenciado a realização de obras (art. 20º), como do respectivo alvará (art. 23º).
6. Em qualquer destes casos, observa- se que a caducidade consiste na extinção de um direito pelo decurso do tempo (vd. por todos, MARQUES, J. Dias - Noções Elementares de Direito Civil, 7º Ed., Lisboa, 1992, p. 118).
7. A caducidade extingue, pois, direitos cuja duração é prevista na lei ou no seu acto constitutivo. Assim, em todo o caso, tratar- se- á sempre de situações jurídicas cuja limitação temporal é conhecida pelos sujeitos seus titulares desde o momento da sua constituição.
8. Em bom rigor, as disposições citadas contemplam também regimes de prescrição desses direitos, porquanto ali se estatuem consequências negativas para a inércia dos particulares (v.g. art.239, nº41, alíneas a) e b), do Decreto- Lei nº 445/91, de 20 de Novembro e art. 389, nº 2, alíneas a) e b), do Decreto- Lei nº 448/91, de 29 de Novembro).

9. Há- de concluir- se da análise do Decreto- Lei nº 351/93, de 7 de Outubro, não estarmos na presença de nenhuma forma de extinção de direitos pelo decurso do tempo. A extinção prevista funda- se num juízo de incompatibilidade de actos de licenciamento ou de aprovação com o disposto em planos regionais de ordenamento do território publicados ulteriormente. Caducidade em sentido próprio, encontra- se, porventura, na disposição contida no art. 59 deste diploma.

10. Por via de regra, consideram- se extintos todos os direitos resultantes dos actos permissivos enunciados, estabelecendo- se um mecanismo de salvaguarda restrito aos actos que demonstrem uma dupla validade: em relação às normas urbanísticas vigentes ao tempo da sua emanção e em relação aos planos regionais de ordenamento do território entretanto aprovados ou a aprovar no futuro.

11. Refira- se que os planos regionais de ordenamento do território vigentes no momento da prática de tais actos permissivos eram já critério de aferição da sua validade, sendo certo que este juízo cabia exclusivamente aos municípios, com algumas raras excepções (nomeadamente, no âmbito dos empreendimentos turísticos).

12. Assim, desde o momento da sua entrada em vigor, o PROT- ALGARVE, aprovado pelo Decreto- regulamentar nº 11/91, de 21 de Março, o PROZED, aprovado pelo Decreto- regulamentar nº 60/91, de 21 de Dezembro, o PROZAG, aprovado pelo Decreto- regulamentar nº 22/92, de 25 de Setembro e o PROTALI, aprovado pelo Decreto- regulamentar nº 26/93, de 25 de Agosto, constituíram todos eles, elemento vinculado dos actos urbanísticos em questão.

13. Demonstrem- no suficientemente o art. 139, nº 1, alínea a), do Decreto- lei nº 448/91, de 29 de Novembro, ao vincular o indeferimento de pedidos de licenciamento que contrariem os planos regionais de ordenamento do território, o art. 229, nº 2, alínea a) e a cominação de nulidade estatuída no art. 56º, nº 1, alínea b) para os actos administrativos respeitantes a operações de loteamento, a obras de urbanização ou a quaisquer obras de construção civil que violem o disposto em instrumento de planeamento regional (...).

14. Demonstra- o também o regime criado pelo Decreto- lei nº 445/91, de 20 de Novembro, quanto ao licenciamento de obras particulares, já que no seu art. 52º se dispõe serem nulos os actos administrativos que violem o conteúdo de um plano regional de ordenamento do território.

15. A extensão e alcance das normas contidas no Decreto- lei nº 351/93, de 7 de outubro, são reconhecidamente mais vastos, excedendo a disciplina jurídica dos planos regionais de ordenamento do território definida através do Decreto- lei nº 176/88, de 18 de Maio, alterado pelo Decreto- lei nº 367/90, de 26 de Novembro.

16. Muito embora o art. 129, do Decreto- lei nº 176/88, de 18 de Maio, determine a vinculação pelos planos regionais de ordenamento do território de todas as entidades públicas e privadas, sob pena de nulidade das situações jurídicas desconformes, o certo é que em caso algum se dispõe sobre actos consolidados em momento anterior, isto porque é regra no nosso ordenamento jurídico que a produção retroactiva de efeitos jurídicos há- de resultar expressamente da nova lei (vd. art. 129, do Código Civil).

17. Ora, deve observar- se então que por via do disposto no Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro, é determinada a extinção dos seguintes direitos conferidos por actos urbanísticos permissivos:

- a) os praticados em momento anterior ao da entrada em vigor dos planos de ordenamento do território e cujos actos constitutivos não sejam sujeitos ao procedimento de avaliação da compatibilidade determinado pelo Decreto- Lei nº 351/93, de 7 de Outubro, até ao termo previsto no seu art. 29;
- b) aqueles em relação aos quais venha a ser proferida declaração expressa de incompatibilidade com os planos regionais de ordenamento do território posteriores;
- c) todos quantos não sejam exercidos no prazo de um ano contado a partir da data da confirmação da compatibilidade.

18. A eficácia temporal das normas do citado diploma é, pois, complexa e heterogénea. Assim, encontram- se

situações em que a lei dispõe apenas para o futuro, determinando, desde já, a precariedade e não definitividade dos actos urbanísticos enunciados nos arts. 14, nº 1 e 34, por necessidade de um acto aferidor de compatibilidade com os PROT vigentes ou a aprovar.

Detectam-se, por outro lado, situações de retroactividade sobre actos praticados anteriormente à entrada em vigor do diploma.

19. Refira-se, por mais uma vez, a nulidade que recai sobre um acto urbanístico contrário a um plano regional de ordenamento do território vigente no momento da sua prática.

20. Refira-se também que o novo regime, introduzido pelo Decreto-Lei nº 351/93, de 7 de outubro, teve o mérito de salvaguardar algumas situações constituídas em nome do princípio da tutela da confiança. Por isso, determina o seu art. 14, nº 4, a protecção de obras cujo início de execução remonte a data anterior à entrada em vigor de um plano regional territorialmente aplicável, desde que tal obra não tenha sofrido qualquer suspensão. Foi-se ligeiramente mais longe ao tutelar inclusivamente obras iniciadas após a entrada em vigor do PROT, desde que não tenha ocorrido qualquer suspensão da mesma até ao termo de caducidade da respectiva licença.

21. Não se questiona a fundamental importância dos planos de ordenamento territorial, seja qual for o seu âmbito. Eles representam um imperativo constitucional cometido fundamentalmente ao Estado e às Autarquias locais (cfr. art. 99, alínea e), in fine; art. 659, nº 2, alínea a); art. 66º, nº 2, alínea b); art. 919; art. 969, nº 2).

22. Não se questiona, do mesmo passo, a produção de efeitos jurídicos sobre os particulares, a partir da vigência dos PROT.

Neste sentido aponta o disposto no art. 129, nº 1, do Decreto-Lei nº 176- A/88, de 18 de Maio.

23. Importa, porém, fazer observar no planeamento urbanístico as normas e princípios constitucionais. Ora, não restam dúvidas quanto à inconstitucionalidade de parte das normas contidas no sempre citado Decreto-Lei nº 351/93, de 7 de Outubro.

(B)

- Da retroactividade -

24. Na ordem jurídico- constitucional portuguesa, a retroactividade não é genericamente excluída. Assim se compreende a aludida disposição do Código civil. Todavia, quanto a normas incriminadoras (art. 29º, nº 1) e a normas restritivas de direitos, liberdades e garantias (art. 189, ns 3), não deixou a Constituição de formular verdadeiras proibições de retroactividade.

25. A isto acresce o princípio da confiança dos cidadãos na ordem jurídica - verdadeiro corolário da consagração do Estado de direito -, o qual impede o legislador de atingir situações jurídicas constituídas no passado de modo manifestamente abusivo ou intolerável.

26. Com efeito, haverá que ter em conta dois pontos de partida, quanto a este princípio. Se, por um lado, compete ao legislador, legitimado pela vontade popular, determinar em cada momento as melhores opções, ele deve vincular-se, por outro, à regra de o cidadão ficar em condições de prever as intervenções que o Estado poderá levar a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas (cfr. Ac. 17/86, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, II Vol., p. 375).

27. A premência das modificações caberá ao legislador soberanamente conhecê-la, mas cingindo-se ao limite de introduzir na área de autonomia dos cidadãos e na confiança de que partem um mínimo de lesões.

28. Note-se então, não resultar do regime geral dos planos regionais de ordenamento do território (aprovados

28. Note-se então, não resultar do regime geral dos planos regionais de ordenamento do território (aprovado pelo Decreto- lei nº 176- A/88, de 18 de Maio), nem de cada um dos quatro planos regionais aprovados qualquer manifestação de retroactividade.

29. Mesmo quando através de disposição contida no art. 372 do Decreto- lei nº 448/91, de 29 de Novembro, se habilita a entidade licenciadora a introduzir alterações nas condições de licenciamentos efectuados, por forma a garantir a boa execução de instrumentos de planeamento territorial, em caso algum se trata de extinguir situações jurídicas constituídas.

30. Além de tudo isto, a norma citada dispõe apenas para o futuro e relativamente a planos a aprovar em momento posterior.

31. Ao invés, o regime trazido pelo Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro, mais do que produzir efeitos sobre actos constituídas no passado, confere eficácia retroactiva a outros actos normativos, ou seja, aos quatro PROT vigentes à data da sua publicação.

32. Por outro lado, não é forçoso admitir o jus aedificandi como situação jurídica decorrente e concretizadora de um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, com a conseqüente aplicabilidade da proibição de retroactividade contida no art. 18º, nº 3, da Constituição (ex vi art. 179).

33. Sustentam FREITAS DO AMARAL e PAULO OTERO que todos os citados actos administrativos urbanísticos são concretizações do jus aedificandi, entendido este "como parte integrante do direito de propriedade privada" (cfr. parecer, em anexo, p. 11), o que justifica a aplicação do mencionado regime das restrições legais a direitos, liberdades e garantias.

34. Ainda que assim não venha a ser reconhecido, o certo é que se trata de uma liberdade económica protegida, entre outros, pelo art. 614, tanto no que toca a sujeitos privados, como a cooperativas.

35. Resultam restrições expressas do próprio enunciado constitucional quanto à livre iniciativa económica privada : a lei, outras normas e princípios constitucionais e o interesse geral.

36. No entanto, claro está, tais restrições não poderão operar retroactivamente. De outro modo, o que será admissível é limitar ou mesmo condicionar situações jurídicas decorrentes daquela liberdade fundamental : " O condicionamento não reduz o âmbito do direito, apenas implica, umas vezes, uma disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes um ónus 11 (MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 22 Edição, Coimbra, 1993, p. 297).

37. De acordo com estes pressupostos, será admissível o conteúdo do já mencionado art. 379, do Decreto- lei nº 448/91, de 29 de Novembro, mas não as normas retroactivas do Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro.

38. Uma situação consiste tornar precários, doravante, actos urbanísticos permissivos (licenciamentos e aprovações); outra diversa é a de fragilizar situações já constituídas a que a lei reconhece a natureza de direitos e não de meras expectativas (vd. art. 629, do Decreto- lei nº 445/91, de 20 de Novembro e art. 689, do Decreto- lei nº 448/91, de 29 de Novembro).

39. Neste sentido, aliás, afirma MARCELO REBELO DE SOUSA que " entendem pacificamente a doutrina e a jurisprudência administrativas portuguesas que as licenças e aprovações citadas são actos administrativos e, mais especificamente, actos constitutivos de direitos, já que, no mínimo, permitem o exercício de direitos subjectivos pelos particulares, o que cabe no conceito mais amplo de acto constitutivo de direitos" (cfr. parecer, em anexo, p.4).

40. O Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro, opera uma revogação de actos constitutivos de direitos, além do mais, legais por que respeitadores do bloco de legalidade vigente desde a sua origem até 8 de Outubro de 1993, momento em que os quatro PROT aprovados assumiram uma eficácia temporal nunca antes prevista, nem previsível, tanto mais que a revogação de actos constitutivos de direitos estava intensamente condicionada através dos requisitos definidos pela LOSTA e posteriormente pelo Código do Procedimento

Administrativo (art. 1409).

41. Tais actos revogatórios, ainda que por hipótese, sejam conformes à Constituição, sempre gerarão uma obrigação de indemnização pelo Estado, nos termos previstos no Decreto- lei nº 48051, de 21 de Novembro de 1967. Embora o Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro, não o preveja expressamente - ao invés do art. 379, nº 4, do Decreto- lei nº 448/91, de 29 de Novembro - em caso algum, seria de excluir tal responsabilidade, quanto mais não fosse, por via do art. 229 da Constituição.

(C)

- Da tutela exercida pelo Estado sobre as Autarquias locais -

42. O Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro, confia 11 a confirmação de compatibilidade " exclusivamente ao Ministro do Planeamento e da Administração do Território, quanto aos licenciamentos e em conjunto com o Ministro do Comércio e Turismo, quanto às aprovações (edificações e empreendimentos turísticos).

43. Os procedimentos respectivos viram, assim, acrescentada uma nova fase, a qual implica uma intervenção tutelar, na modalidade de tutela integrativa a priori. Nas palavras de FREITAS DO AMARAL e PAULO OTERO, " a confirmação de compatibilidade consubstancia um procedimento administrativo de segundo grau, sendo o mesmo da competência do Governo e tendo como objecto, quase sempre, actos primários praticados por autarquias locais " (op.cit. p.20).

44. Para além do que isto possa implicar em matéria de violação da reserva parlamentar de competência legislativa por modificação inabilitada do estatuto das Autarquias locais (art. 1689, nº 1, alínea s), importa questionar este juízo de legalidade superveniente (confirmativo ou revogatório) por parte do Governo, face às normas que no texto constitucional restringem a intervenção tutelar central sobre o poder local.

45. De acordo com o art. 2434, nº 1, da Constituição, a tutela governamental cinge- se ao controlo da legalidade. Como explicam FREITAS DO AMARAL e PAULO OTERO, o novo regime introduzido consubstancia " um desvirtuamento da tutela de legalidade : esta foi criada para controlar a validade de actos da entidade tutelada com a ordem jurídica vigente à data em que os mesmos foram praticados, não sendo admissível a sua utilização para controlar situações de desconformidade superveniente, quando é a própria entidade tutelar que define o novo padrão de legalidade " (cfr. op.cit. p.23).

46. Há, assim, uma aproximação aos meios de controlo de mérito, sob a aparência de um mero controlo de legalidade.

47. A letra do texto constitucional permite, além do mais, reforçar o entendimento expressado, porquanto o art. 243º, nº 1, limita o poder tutelar à verificação do cumprimento da lei. Ninguém exigirá, por certo, o cumprimento de uma lei (entendida aqui, como noutros passos da lei fundamental, no seu sentido mais lato) inexistente, ou melhor, de um plano regional de ordenamento do território cujo cumprimento é pura e simplesmente impossível quanto ao objecto.

48. Nada possibilita, antes pelo contrário, consagrar uma tutela revogatória a exercer por parte da Administração central quanto aos actos praticados pela Administração local, como o faz o Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro.

49. Se este argumento não encontra apoio explícito na letra do preceito contido no art 2434, nº 1 (CRP), colhe decisivamente o favor dos princípios da descentralização e da autonomia local, não meramente programáticos, mas antes impostos preceptivamente pelo art. 2399 do texto constitucional.

CONCLUSÕES

A partir dos motivos expostos e não deixando de reiterar a onerosidade que significará para o erário público o pagamento de numerosas indemnizações resultantes da plena aplicação do Decreto- lei nº 351/93, de 7 de outubro, entende o Provedor de Justiça, no exercício das competências conferidas no art. 20º, nº 1, alíneas a) e b), do seu Estatuto, aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril, RECOMENDAR :

- A revogação da produção de efeitos que retroajam à entrada em vigor dos planos regionais de ordenamento do território vigentes à data da publicação do Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro.
- A alteração, mediante adequada autorização legislativa, dos actuais regimes de licenciamento de loteamentos urbanos, de obras de urbanização e de obras de construção, bem como o regime de aprovação de localização, de projecto e ante- projecto de edificações e de empreendimentos turísticos, com vista a sujeitar, tais actos, à condição resolutiva de incompatibilidade com futuro plano regional de ordenamento do território, no caso de não terem sido iniciadas as obras ou de se encontrarem suspensas ou abandonadas por motivo imputável ao titular do alvará à data da entrada em vigor do PROT ou dentro do prazo de validade fixado na respectiva licença.
- A imediata suspensão do prazo previsto no art. 24, nº 1, do Decreto- lei nº 351/93, de 7 de Outubro, relativo ao início do procedimento de confirmação de compatibilidade ou de verificação dos pressupostos negativos previstos no art. 14, nº 4, do mesmo diploma, até à efectivação das medidas recomendadas nos pontos precedentes.

Recordo a Vossa Excelência ser a presente Recomendação formulada ao abrigo do disposto no art. 209, nº 1, alíneas a) e b), do Estatuto aprovado pela Lei nº 9/91, de 9 de Abril. Como tal, vincula o seu destinatário ao cumprimento dos deveres assinalados no art. 389, nos 2 e 3 do citado diploma, sem prejuízo da informação a este órgão do Estado sobre todas as medidas eventualmente tomadas quanto aos fins ora visados, nos termos do seu art. 294, nº 4, para cuja observância permito- me fixar o prazo máximo de quinze dias.

De outro modo, restar- me- ão os poderes de iniciativa junto do Tribunal Constitucional, de cujo exercício me abstenho até tomar conhecimento da posição assumida por Vossa Excelência, nos prazos supra mencionados.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

José Menéres Pimentel