

CONCESSÃO POR ARRENDAMENTO E DIREITO DE SUPERFÍCIE

AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA

1. Introdução

Nos últimos anos, uma questão que tem animado o debate jurídico em Macau prende-se com a caducidade dos contratos de concessão por arrendamento. A concessão por arrendamento é um instrumento contratual através do qual o Estado concede a particulares terrenos do seu domínio privado, para que os aproveitem. Em regra, tal aproveitamento consiste na construção de um edifício. A lei prevê um prazo máximo de 25 anos para a concessão por arrendamento. Inicialmente, a concessão por arrendamento tem carácter provisório, só se convertendo em definitiva com o aproveitamento do terreno, segundo o contratualmente acordado. Caso o aproveitamento não seja efectuado dentro do prazo da concessão provisória, a mesma não se converterá em definitiva, caducando. Numa série de situações, o Governo invocando a verificação do termo do prazo da concessão sem que o aproveitamento tenha sido concretizado, declarou a caducidade do contrato. Mesmo quando o não aproveitamento resultou de facto da própria Administração, v.g., suspensão da análise dos processos de construção. Mais tem sido dito que, porque se trata de caducidade, a mesma não pode ser suspensa ou interrompida. Por isso, a caducidade tem sido declarada, invocando a sua verificação e a inelutabilidade da sua invocação.

No presente texto pretende-se verificar a bondade de tal entendimento. Para tal, afigura-se essencial a qualificação do contrato de concessão por arrendamento. Nesse sentido, começaremos por estudar a origem da figura, seguidamente estaremos em condições de a qualificar e determinar o respectivo regime jurídico.

2. O contrato de concessão por arrendamento

2.1. *Origem da figura do contrato de concessão por arrendamento*

A *concessão por arrendamento* é um instrumento legal de gestão dos terrenos do Estado, a par com outras figuras, nomeadamente a *concessão por aforamento*, cujas origens remontam a circunstâncias particulares relacionadas com as ex-províncias ultramarinas africanas do Estado Português¹.

O Rei, primeiro, e o Estado, depois, tiveram a colonização dessas vastas extensões territoriais como essenciais, pois que do sucesso dela estava dependente a afirmação de soberania sobre as mesmas². Apenas a ocupação efectiva, económica e social, não apenas militar, que, por razões óbvias, se limitava a alguns pontos costeiros, assegurava a manutenção dos direitos da coroa sobre tais territórios³. A colonização colocava, contudo, vários problemas. Entre eles, a ocupação de vastas extensões de territórios sem controlo por parte do Estado permitiria contrariar a política de colo-

¹ Para uma visão muito circunstanciada, embora nem sempre com ela se possa concordar (v.g. em termos de usucapibilidade de terrenos), da evolução dos vários instrumentos jurídicos para o aproveitamento de terrenos do Estado no Ultramar, vide António Martinez Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, *Revista Jurídica de Macau — N.º especial: A questão das terras em Macau* (1997), *passim*. Especificamente com relação a Macau, vide Duarte SANTOS, “A força conformadora da Lei Básica na revisão da Lei de Terras da Região Administrativa Especial de Macau”, in Tong Io CHENG, coord., *As novas tendências de reforma da lei de terras*, Coimbra: Universidade de Macau/Almedina, 2014, 35 s.; Tong Io CHENG, “O regime da concessão por arrendamento na lei de terras de Macau”, in *ibid.*, 154 s.

² Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 27-28, 32, 38; Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, *Revista Jurídica de Macau — N.º especial: A questão das terras em Macau* (1997) 337-338.

³ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 15 e 37.

nização, nomeadamente no que tocava às relações com as populações autóctones, vítimas de abusos hediondos. Além do mais, permitia que extensas porções territoriais ficassem desocupadas, agravando os pressupostos da ocupação efectiva⁴. Por isso, a regra era a da não relevância da simples posse para efeitos de aquisição de direitos sobre a terra. Era necessário, em princípio, um justo título⁵.

Por outro lado, o de que não sendo restrita a portugueses, e, como tal, aberta a estrangeiros, estes acabassem por defender os interesses dos respectivos países em detrimento dos interesses de Portugal⁶. Por conseguinte, existiu desde sempre a intenção de regular muito cuidadosamente a atribuição de direitos de exploração de terrenos a estrangeiros⁷.

A questão da ocupação dos territórios torna-se candente em finais do séc. XIX, quando as potências europeias se viram para África e pretendem apropriar-se dos vastos territórios ultramarinos portugueses⁸. Portugal tentou assegurar os seus direitos através da celebração de Tratados bilaterais, nem sempre com sucesso⁹.

Para resolver a situação das possessões africanas, foi convocada uma conferência internacional entre os Estados com interesses em África, sob a iniciativa da Alemanha, que se realizou em Berlim, em 15 de Novembro de 1884¹⁰. Nessa conferência ficou estabelecido o princípio da ocupação efectiva como determinante dos direitos dos estados colonizadores, embora restrito às zonas costeiras¹¹. A falta de ocupação efectiva levou à perda de grandes territórios no Congo, que vieram a constituir o Estado Livre do Congo¹².

Mais levaram à perda dos territórios entre Angola e Moçambique,

⁴ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 20, 26.

⁵ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 32, 37-39, 104, 108, s.

⁶ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 27-28, 32, 38.

⁷ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 25, 45, 51, 66, 76-77, 86, 102-103, 109. Basicamente, os estrangeiros renunciavam aos direitos que porventura lhes assistissem enquanto súbditos estrangeiros, submetendo-se às leis portuguesas, como qualquer outro nacional.

⁸ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 42, s.

⁹ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 43.

¹⁰ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 44.

¹¹ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 44.

¹² Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 44.

sobre os quais Portugal pretendeu ter direitos, elaborando o célebre *Mapa Cor-de-Rosa*. A falta de ocupação efectiva desses territórios foi invocada pela Inglaterra, apesar de, nos termos aprovados na Conferência de Berlim, os territórios interiores não estarem abrangidos pelo princípio¹³. Situação que tornou mais urgente a necessidade de colonização, como forma de ocupação efectiva, susceptível de evitar a perda desses territórios¹⁴. Na verdade, a pressão das potências estrangeiras não abrandou, pelo contrário intensificou-se, promovendo a insurreição entre os nativos¹⁵.

Portugal, tendo em conta os fracos resultados da sua política de colonização de iniciativa individual, no seguimento da experiência belga, inglesa e alemã, recorreu à criação de companhias majestáticas (v.g., a do Niassa, e de Moçambique)¹⁶. Não obstante, os resultados continuaram insatisfatórios.

A legislação colonizadora que até então não era geral para todas as províncias ultramarinas¹⁷, foi uniformizada pela Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, sobre concessões de terrenos no Ultramar, que estabeleceu a disciplina relativa à utilização da terra nesses territórios¹⁸. Não obstante constituir a disciplina aplicável em todo o Ultramar português, e conter disposições específicas para todas as ex-Colónias, não continha qualquer regra particular para Macau¹⁹. No artigo 1.º reafirmava-se que todos os terrenos nas províncias ultramarinas eram domínio do Estado, salvo aqueles que, em 11 de Maio de 1901, constituíssem propriedade particular, adquirida nos termos da legislação portuguesa²⁰. Na Carta de Lei, e bem assim no Regulamento Geral Provisório de sua execução, de 2 de Setembro de

¹³ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 44.

¹⁴ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 44.

¹⁵ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 49.

¹⁶ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 47, s.

¹⁷ Cujo diploma fundamental era a lei de 21 de Agosto de 1857, que não terá entrado em vigor em Macau.

¹⁸ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 339.

¹⁹ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 346. O artigo 37.º da Carta de Lei de 9 de Maio previa os meios de concessão de terrenos nas várias províncias à excepção de Macau. O mesmo sucedia com o artigo 17.º do Regulamento Geral provisório de execução da mesma Carta de Lei, de 2 de Setembro de 1901.

²⁰ O mesmo se dizia no artigo 1.º do Regulamento, aprovado por Decreto de 2 de Setembro de 1901, de execução da Carta de Lei de 9 de Maio 1901.

1901, basicamente o modo de *concessão* de terrenos era, em todas as possessões africanas, o *aforamento*; na Índia, o *arrendamento*.

A despeito do avanço que a Carta de Lei de 9 de Maio de 1901 representou, considera-se que o diploma fundamental em matéria de concessão de terrenos no Ultramar é o Regulamento de Ocupação e Concessão de terrenos nas Províncias do Ultramar, aprovado pelo Decreto n.º 43894, de 6 de Setembro de 1961 (ROCTPU)²¹, mas este não era aplicável em Macau. Na verdade, apenas se aplicava à Guiné, Angola e Moçambique.

Neste diploma, os meios de concessão de terrenos do Estado continuavam²² a ser essencialmente o aforamento, o arrendamento e a venda^{23/24}. A venda assumia carácter excepcional, pelo que, basicamente, o aproveitamento de terrenos do Estado²⁵ se efectuava ou com base numa

²¹ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 342.

²² Já assim se previa no artigo 32.º da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, e, no seu seguimento, no artigo 13.º do Regulamento geral provisório para execução da carta de lei.

²³ A concessão por venda era permitida para a construção de edifícios de carácter definitivo, podendo o interessado optar pelo aforamento (Preâmbulo do ROCTPU).

²⁴ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 66. Marcello CAETANO, *Manual de direito administrativo*, tomo II, 10.ª ed.ª / 5.ª reimpr. rev. e actual. por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Almedina, 1994, 981, considerava que se tratava de formas de direito privado, pelo que os bens que através deles eram concedidos não podiam ser considerados coisas públicas (Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 344). Integrariam, contudo, o domínio privado indisponível as reservas e os terrenos vagos de 2.ª classe, os demais o domínio privado disponível (Marcello CAETANO, *ibid.*, 982-983). Marcello Caetano admitia (p. 983), no entanto, relativamente a estes que pudessem ser objecto de disposição “por modos de direito privado, e de tal forma que ou produzem a alienação ou deixam sempre abertas as vias de acesso à propriedade plena”. Para estas classificações dos terrenos, vide Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, *passim*; Marcello CAETANO, *ibid.*, 977, s.; Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 342-343. Tenha-se presente que o artigo 47.º, 2.º da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901 e o artigo 151.º do Regulamento Geral provisório de execução da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, de 2 de Setembro de 1901 determinavam que o contrato de aforamento seria regulado pelo Código Civil (1867), mas efectuado administrativamente.

²⁵ Ensinava Marcello CAETANO, *Manual de direito administrativo*, t. II, 979, nota 1, que o vocábulo *concessão* é usado num sentido muito amplo, não técnico pois, equivalente ao de *outorga* do direito de aproveitamento dos terrenos; no mesmo sentido lato do termo concessão, vide o “Parecer da Câmara Corporativa sobre o projecto de proposta de lei de terras do

concessão por aforamento, mais comum²⁶, ou numa *concessão por arrendamento*, mais rara²⁷. Se a primeira era utilizada para fins agropecuários (artigo 50.º e 123.º ROCTPU), já a segunda utilizava-se essencialmente para fins pecuários ou silvicultura (florestas espontâneas) (v.g., artigos 51.º e 128.º ROCTPU²⁸). Sendo que se tratava em regra de terrenos rústicos²⁹, por isso o regime subsidiário era o do arrendamento de prédios rústicos (artigo 125.º ROCTPU). Nas povoações, a concessão de terrenos de 1.ª classe, para construção de edifícios, era por venda ou aforamento (artigos 49.º, § 2.º e 50.º, § 1.º ROCTPU). A *concessão por aforamento* ou *por arrendamento* concorriam nas zonas fora das povoações que não fossem de uso exclusivo das populações autóctones, e a opção por um ou outro, essencialmente, prendia-se com a dimensão do terreno (v.g., artigos 1.º, § 1.º, 7.º e 8.º da Lei n.º 2:001, de 16 de Maio de 1944). Em todo o caso, e afora a excepção das povoações comerciais, onde se admitia a *concessão por arrendamento* de terrenos não superiores a 1.000 m², para fins comerciais, instalação de estabelecimentos comerciais (abrangendo também pequenas indústrias)³⁰, apenas era usada para fins agrícolas ou de silvicultura.

Toda a problemática do aproveitamento de terrenos na legislação ultramarina portuguesa se prendia com as imensas extensões territoriais das províncias africanas, e sobretudo com Angola e Moçambique³¹.

Ultramar”, *Revista Jurídica de Macau — N.º especial: A questão das terras em Macau* (1997) 208.

²⁶ “Parecer da Câmara Corporativa”, 51.

²⁷ “Parecer da Câmara Corporativa”, 51.

²⁸ “Parecer da Câmara Corporativa”, 209. Mantinha-se a disciplina dos artigos 3.º e 8.º da Lei n.º 2:001, de 16 de Maio de 1944.

²⁹ Eloquentemente, a proposta do “Parecer da Câmara Corporativa”, para a Base XVI.

Contudo, nas povoações comerciais era permitido a concessão por arrendamento de terrenos até 1.000 m², para fins comerciais (artigo 14.º da Lei n.º 2001, de 16 de Maio de 1944 e artigos 58.º e 134.º ROCTPU), estabelecimentos comerciais ou pequenas indústrias (artigo 134.º, §§ 2.º e 3.º ROCTPU). Estes, nos termos do artigo 135.º do ROCTPU, podiam ser aforados, como os demais para fins pecuários (artigo 129.º ROCTPU), mas, contrariamente a estes, também podiam ser vendidos, mesmo antes do termo do arrendamento, desde que num e noutro caso estivesse concretizado o respectivo aproveitamento.

³⁰ Vide nota anterior.

³¹ Mas não só, a primeira questão relacionada com os direitos de Portugal sobre territórios africanos dirimida por arbitragem respeitou à ilha de Bolama na actual Guiné-Bissau, cujo árbitro foi o Presidente norte-americano Ulisses Grant, que decidiu, a 21 de Abril de 1870, favoravelmente a Portugal (Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado

A situação é completamente diversa em Macau, cuja área é diminuta.

A isto foi sensível, nos anos 60 do século transacto, a Câmara Corporativa, que no seu Parecer sobre o Projecto de Proposta de lei de terras no Ultramar, que visava uniformizar o regime jurídico do aproveitamento de terrenos em todas as províncias ultramarinas, propôs o aditamento de uma base nova à proposta de lei, tendo em consideração justamente o facto de em Macau “a reduzida extensão territorial e a elevadíssima densidade demográfica da província, a finalidade essencialmente urbana do aproveitamento das terras existentes e das que se conquistam e se projecta conquistar ao mar, a inexistência quase absoluta de explorações agrárias, a circunstância de as concessões serem na sua esmagadora maioria outorgadas a indivíduos de etnia e nacionalidade chinesas, são alguns particularismos que (...) têm ditado a legislação especial em apreço.” Situação particular que justificou a exclusão de aplicação em Macau do ROCTPU³² e da Lei n.º 2001, de 16 de Maio de 1944³³. Não obstante, à data do referido Parecer da Câmara Corporativa, o regime que vigorava em Macau era o do Regulamento da Ocupação e Concessão de Terrenos do Estado, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 1679, de 21 de Agosto de 1965, com as alterações resultantes dos Diplomas Legislativos n.º 1740, de 24 de Junho de 1967, e n.º 1860, de 20 de Novembro de 1971³⁴. Regulamento, este, muito influenciado pelo ROCTPU, como se refere no preâmbulo daquele diploma.

Tendo em conta a experiência resultante da vigência do Regulamento de 1965, a Câmara Corporativa propunha então uma Base nova (Base XXVIII) à proposta de lei, nos termos da qual se adaptaria a aplicação da lei a Macau. Essencialmente, permitia-se que a *concessão por arrendamento* pudesse ter por objecto terrenos urbanos. Mais se permitia que os terrenos urbanos objecto de *concessão por arrendamento* pudessem, uma vez integralmente

em Moçambique”, 42-43).

³² O artigo 2.º do Decreto n.º 43894, de 6 de Setembro de 1961, que aprovou o ROCTPU, limitava a sua aplicação às Províncias da Guiné Angola e Moçambique. Sem prejuízo de poder ser mandado aplicar nas demais, se as circunstâncias particulares o aconselhassem.

³³ O artigo 17.º da Lei n.º 2:001, de 16 Maio determinava que a mesma era aplicável a todas as colónias (designação esta que a partir da Lei Orgânica do Ultramar, aprovada pela Lei n.º 2:066, de 27 de Junho de 1953, passaram a designar-se províncias), à excepção da Índia e Macau.

³⁴ “Parecer da Câmara Corporativa”, 255-256; Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 346.

aproveitados, ser concedidos por *aforamento*. Não era, contudo, permitida nem a venda nem a remissão do foro, nesse caso. A proposta da Câmara Corporativa veio a ser incluída na Lei n.º 6/73, de 13 de Agosto³⁵ (Lei de Terras no Ultramar), sob a Base xxxii.

2.2. O aproveitamento de terrenos do Estado em Macau

A Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, mandada aplicar e publicar em Macau³⁶, necessitada de regulamentação para a sua execução, conforme previsto na Portaria Régia do Ministério dos Negócios da Marinha e do Ultramar³⁷, de 28 de Maio de 1901, levou à criação de uma comissão, por Portaria Provincial n.º 56, de 24 Julho de 1901³⁸, para estudar as condições necessárias à sua execução em Macau. Entretanto, foi publicado em Macau, entre 9 de Novembro e 7 de Dezembro³⁹, o Regulamento Geral Provisório para a execução da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, de 2 de Setembro de 1901. Este regulamento era provisório, pois que deveria ser substituído por regulamentos específicos para cada província. Mas enquanto isso não sucedesse constituiria a disciplina sobre a matéria, em todas as províncias ultramarinas, por isso que era geral⁴⁰. Não obstante, outro era o entendimento que prevalecia em Macau.

Na verdade, a comissão nomeada pela Portaria Provincial n.º 56 não chegou a apresentar quaisquer resultados. Pelo que, por Portaria Provincial n.º 180, de 15 de Outubro de 1904⁴¹, foram criadas umas *Instruções para*

³⁵ A Lei n.º 6/73, de 13 de Agosto não teve vigência útil (Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 340).

³⁶ Publicada no BOGPM 27 (6 de Julho de 1901).

³⁷ Publicada no BOGPM 28 (13 de Julho de 1901).

³⁸ Publicada no BOGPM 30 (27 de Julho de 1901).

³⁹ Publicado nos BOGPM 41 (9 Novembro de 1901); *ibid.*, 46 (16 de Novembro de 1901); *ibid.* 47 (23 de Novembro de 1901); *ibid.* 48 (30 de Novembro de 1901); e *ibid.* 49 (7 de Dezembro de 1901).

⁴⁰ P.e., em Moçambique, diz Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 63-64, que o mesmo e a Carta de Lei que executava tiveram vida curta, pois foi substituído 9 de Julho de 1909, por um regulamento especial, o Regulamento Provisório para a concessão de terrenos do Estado na Província de Moçambique.

⁴¹ Publicada no BOGPM 42 (15 de Outubro de 1904).

a concessão de terrenos na província de Macau, por meio de aforamentos. No preâmbulo desta Portaria refere-se que a *concessão de terrenos* do Estado não tinha disciplina própria, sendo aplicadas parcialmente umas *instruções* de 8 de Fevereiro de 1843. E que, dada a pouca adequação das referidas instruções à situação de Macau, a utilização dos terrenos do Estado era efectuada em vista dos precedentes, e alterada consoante o reclamasse a situação, por decisão adrede formulada por quem de direito.

Por conseguinte, a despeito de mandada aplicar e publicada a Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, e não obstante o respectivo Regulamento Geral Provisório para sua execução também ter sido publicado, como a mesma não tinha sido regulamentada especificamente tendo em conta a situação de Macau⁴², considerava-se que a respectiva disciplina não se apli-

⁴² Não obstante, o Regulamento Provisório continuou em vigor para suprir casos omissos e não previstos até 1965. Na verdade, o 25.º do Regulamento geral provisório para a concessão de terrenos na província de Macau, de 3 de Abril de 1908, repetido no artigo 23.º do Regulamento geral para a concessão de terrenos na província de Macau, de 22 de Outubro de 1908, o artigo 73.º do Regulamento para a Concessão de Terrenos na Província de Macau, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 18, de 19 de Maio de 1928, repetido no artigo 86.º do Regulamento para a concessão de terrenos na colónia de Macau, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 651, de 3 de Fevereiro de 1940 reafirmavam que aquele Regulamento Geral Provisório se aplicaria aos casos omissos, e de dúvida (até 1928), e não previstos (a partir de 1928). O artigo 23.º do Regulamento de 1908 dispunha: “Em casos omissos ou de duvida e em tudo quanto seja aplicavel a sua doutrina, vigoram as disposições do Regulamento provisório para a execução da carta de lei de 9 de maio de 1901.”; o artigo 23.º da Portaria Provincial n.º 241, de 18 de Agosto de 1921, que aprovou um novo Regulamento para concessão de terrenos na província de Macau, dispunha: “Em casos omissos ou de duvida, vigoram as disposições do regulamento provisório para a execução da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901 em tudo em que for aplicável a sua doutrina.”; o artigo 73.º do Regulamento de 1928: “Os casos omissos e os não previstos, serão resolvidos nos termos do regulamento geral provisório para a execução da carta de lei de 9 de Maio de 1901.”; o artigo 86.º do Regulamento de 1940: “Os casos omissos e os não previstos, serão resolvidos nos termos do regulamento geral provisório para a execução da carta de lei de 9 de maio de 1901, de acordo com a doutrina do Acto Colonial.” Que quer a Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, quer o Regulamento Geral Provisório para sua execução, de 2 de Setembro de 1901 estavam em vigor confirma-o também a Portaria Provincial n.º 303, de 16 de Agosto de 1914 (publicada no BO 51 [19 de Dezembro de 1914]) no primeiro dos seus Considerandos (sobre esta, vide João Antunes VARELA, “A aquisição de imóveis por usucapião no território de Macau”, in *Revista Jurídica de Macau — N.º especial: A questão das terras em Macau* [1/1997] 455, s.).

cava para o aproveitamento dos terrenos do Estado em Macau.

Isto a despeito de a Carta de Lei de 9 de Maio de 1901 ter sido regulamentada provisoriamente, justamente para ser aplicável de imediato em todas as províncias ultramarinas, por isso era geral, e sem prejuízo de legislação específica adequada a cada província. E também por isso é que aquele Regulamento Geral era provisório. Que este Regulamento Provisório estava em vigor parece confirmá-lo o facto de diplomas ulteriores⁴³ o considerarem direito subsidiário para a disciplina dos casos omissos e não previstos⁴⁴. Contudo, e como quer a Carta de Lei, quer o Regulamento Geral provisório especificavam para cada província os modos de concessão de terrenos, não sendo Macau referido, daqui decorria a conclusão de que, à falta de disposições particulares, quer uma quer outro não poderiam ser aplicados em Macau, de imediato.

Nas *Instruções* de 1904 apenas o *aforamento* era previsto e para a construção de edifícios (artigo 7.º). E era essa também a situação em 1901, já que a Portaria Provincial n.º 56, de 24 de Julho, que criava a comissão para o estudo das condições necessárias à aplicação em Macau da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, assim o refere. Na mesma se referia que, apesar da exiguidade do território de Macau, seria necessário verificar em que medida aquela Carta de Lei seria aplicável em Macau, e dizia-se, nomeadamente em matéria de “demarcação de prédios, divisão de propriedade, terrenos de logradouro comuns e aforamentos para construções de edifícios”.

As *Instruções* de 1904 terão sido objecto de *atenção* em Portugal, porquanto no preâmbulo do Regulamento geral provisório para a concessão de terrenos na província de Macau, aprovado pela Portaria Provincial n.º 40, de 3 de Abril de 1908⁴⁵, se faz menção de que o mesmo foi publicado, e com carácter de urgência, “Tendo em atenção o exarado no officio n.º 209, de 30 de Novembro de 1904, da Direcção Geral do Ultramar, acerca das Instruções para a concessão de terrenos na província de Macau, por aforamento (...)”.

A *concessão por arrendamento* foi prevista pela primeira vez, expressamente, num diploma legal de Macau, no artigo 24.º deste Regulamento

⁴³ Vide nota anterior.

⁴⁴ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 346-347.

⁴⁵ Publicada no BOGPM, Suplemento ao n.º 14 (8 de Abril de 1908).

Geral Provisório de 1908. Determinava este preceito que a concessão de terrenos e outros prédios do Estado se *podia fazer também por arrendamento*, que seria efectuado em hasta pública, e mandava aplicar os trâmites prescritos para o *aforamento*.

Este Regulamento Provisório de 1908, após aprovação do Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Marinha e do Ultramar, passou a Regulamento geral para a concessão de terrenos na província de Macau de 1908, e foi confirmado pela Portaria Provincial n.º 170, de 22 de Outubro de 1908⁴⁶. Contudo, o Regulamento geral tem dois preceitos menos do que o Regulamento provisório, os correspondentes aos artigos 11.º e 24.º. Por conseguinte, e embora de vida efémera, a concessão por arrendamento vigorou expressamente em Macau entre 3 de Abril de 1908 e 22 de Outubro do mesmo ano.

O Regulamento para a concessão de terrenos na província de Macau de 1921, aprovado pela Portaria Provincial n.º 241, de 18 de Agosto de 1921⁴⁷, com carácter provisório, também não previa a *concessão por arrendamento*, apesar de, no artigo 28.º, manter e confirmar a competência da Comissão Municipal da Taipa e Coloane para celebrar *arrendamentos*, de rendas mínimas e curtos prazos, que havia sido atribuída pelos Despachos do Governo da Província de 12 de Abril e 31 de Maio de 1912. Todavia, parece tratar-se de simples *arrendamentos*. Tais arrendamentos, dizia-se no preâmbulo, podiam “ser vantajosos pontos de partida para o estabelecimento de agricultores e industriais com carácter de maior fixidez.” Afirmava, por outro lado, a referida Portaria Provincial n.º 241, no respectivo preâmbulo, que a reforma empreendida pretendia assegurar à Fazenda Pública um rendimento correspondente ao valor dos terrenos. A preocupação de granjear rendimentos para a fazenda pública é, aliás, uma constante nas sucessivas reformas da legislação sobre o aproveitamento de terrenos do Estado em Macau.

No Regulamento Geral de 1928, aprovado pelo Diploma legislativo provincial n.º 18, de 19 de Maio de 1928⁴⁸ a *concessão por arrendamento* foi expressamente prevista⁴⁹. O artigo 1.º deste diploma legal estabelecia que

⁴⁶ Publicada no BOGPM 43 (22 de Outubro de 1908).

⁴⁷ Publicada no BO 33 (20 de Agosto de 1921).

⁴⁸ Publicado no BOM 20 (19 de Maio de 1928).

⁴⁹ Tong Io CHENG, “O regime da concessão por arrendamento na lei de terras de

todos os terrenos da Província, pertencentes ao Estado, podiam ser cedidos *por aforamento, por arrendamento ou ocupação*, precária embora (artigo 65.º).

A partir de 1928 passou a concessão de terrenos a ser efectuada via *concessão por aforamento* ou *por arrendamento*, sem que houvesse qualquer linha clara quanto à utilização de uma e de outra⁵⁰. O referido Regulamento de 1928 limitava-se a proibir a *concessão por aforamento* de terrenos para fins agrícolas na cidade de Macau e nas vilas e povoações das Ilhas (artigo 18.º). Pelo que a construção de edifícios tanto podia constituir o objecto de uma *concessão por aforamento* como *por arrendamento*⁵¹.

O novo Regulamento para a concessão de terrenos na colónia de Macau, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 651, de 3 de Fevereiro de 1940⁵², logo no artigo 1.º reafirmava a possibilidade de a concessão de terrenos ser efectuada quer *por aforamento* quer *por arrendamento*⁵³, a que acrescentava a ocupação, que agora qualificava como provisória. Mantinha a proibição de aforamento para fins exclusivamente agrícolas na cidade de Macau e nas vilas e povoações das ilhas (artigo 20.º). No entanto, o Di-

Macau”, 155; e Paulo CARDINAL, “A lei básica e o regime jurídico das terras na Região Administrativa Especial de Macau”, *Scientia Iuridica* 53/336 (2014) 461, nota 109) consideram que é neste diploma legislativo que pela primeira vez prevê a *concessão por arrendamento*. Como se disse, embora pelo curto período de 6 meses (de 3 de Abril a 22 de Outubro) a *concessão por arrendamento* esteve prevista, expressamente, no ordenamento jurídico de Macau, em 1908.

⁵⁰ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 350.

⁵¹ Vicente J. MONTEIRO, “O registo predial em Macau — Breves notas”, *Administração* 37/10 (3/1997) 813.

⁵² Publicado no BOCM 5 (3 de Fevereiro de 1940).

⁵³ O Diploma Legislativo n.º 1571, de 22 de Dezembro de 1962 (publicado no BOM 51 [22 de Dezembro de 1962], veio reduzir para 10 dias o prazo dos avisos da hasta pública para a *concessão por arrendamento* dos terrenos do Estado. O Diploma Legislativo n.º 1647, de 31 de Outubro de 1964 (publicado no BOM 44 (31 de Outubro de 1964) veio dar nova redacção ao artigo 35.º do Regulamento de 1940, especificando, nas concessões para construção de edifícios, prazos para a apresentação de anteprojecto, projecto e início de obras. O Diploma Legislativo n.º 1663, de 17 de Fevereiro de 1965 (publicado no BOM 9 [27 de Fevereiro de 1965]), alterou a redacção dos §§ 3.º e 4.º do artigo 6.º do referido Regulamento, isentando de taxas a remoção de terras, desde que para utilização exclusiva do próprio, no âmbito dos trabalhos de construção de edifícios. Podendo tais materiais serem usados preferentemente para aterros.

ploma Legislativo n.º 761, de 17 de Abril de 1942⁵⁴ veio permitir a concessão temporária de terrenos em Macau (cidade), para fins agrícolas, por prazos de um ano, renováveis. Parece tratar-se de simples arrendamentos.

A utilização indissociada do *aforamento* ou do *arrendamento* para a concessão de terrenos quer para fins agrícolas quer para fins de construção urbana desapareceu com o Regime da Ocupação e Concessão de Terrenos do Estado, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 1679, de 21 de Agosto de 1965⁵⁵. A *concessão por arrendamento* era aí prevista como meio privilegiado para a exploração de terrenos rústicos para fins agrícolas ou pecuários (artigo 7.º). O *aforamento* como meio privilegiado para a construção de prédios urbanos, para habitação, comércio e indústria (ponto 3 do preâmbulo e artigo 1.º)⁵⁶. Permitia-se, inovadoramente, que o *cessionário* de terrenos dados de arrendamento para a construção de prédios urbanos, para habitação, comércio ou indústria pudesse adquirir o *domínio útil* do respectivo terreno, caso o mesmo estivesse aproveitado (ponto 3 do preâmbulo e artigo 119.º). Coerentemente, com o permitir-se no artigo 9.º que o *cessionário-arrendatário*, demonstrado o aproveitamento, pudesse requerer o aforamento do mesmo, na medida da área concedível.

A partir de 1965, o modelo mais comum de concessão de terrenos era o aforamento⁵⁷. Na verdade, sendo a *concessão por arrendamento* restrita a fins agrícolas ou agro-pecuários, e tendo em conta a natureza essencialmente urbana de Macau, é perfeitamente compreensível que o *aforamento* fosse o instrumento mais utilizado. No entanto, em 1967, o Diploma Legislativo n.º 1740, de 24 de Junho⁵⁸, alterou o Regulamento de 1965, e amenizou o rigor da separação instituída pelo mesmo diploma, introduzindo novos artigos 135.º a 142.º. Nos termos do novo artigo 135.º, permitiu-se a dispensa de hasta pública para a *concessão por arrendamento* de terrenos para construção de prédios urbanos, para habitação, comércio ou indústria, ao anterior arrendatário, quando o arrendamento tivesse cadu-

⁵⁴ Publicado no BOCM 8/Suplemento (17 de Abril de 1942).

⁵⁵ Publicado no BOM 34 (21 de Agosto de 1965).

⁵⁶ Vicente J. MONTEIRO, “O registo predial em Macau”, 813; Tong Io CHENG, “O regime da concessão por arrendamento na lei de terras de Macau”, 161.

⁵⁷ Tong Io CHENG, “O regime da concessão por arrendamento na lei de terras de Macau”, 156.

⁵⁸ Publicado no BOM 25 (24 de Junho de 1967).

cado, por decurso do prazo. Reafirmava-se a regra de que *o aforamento* era o instrumento jurídico adequado à concessão de terrenos para construção de prédios urbanos.

Em 1971, o Diploma Legislativo n.º 1860, de 20 de Novembro⁵⁹, voltou a alterar o Regulamento de 1965. Reconhecendo a separação que este havia efectuado e mantendo *o aforamento* como instrumento privilegiado para a concessão de terrenos para construção de prédios urbanos, todavia alargou as possibilidades abertas pelo diploma de 1967, dando nova redacção ao artigo 142.º do Regulamento de 1965⁶⁰, instituído pelo Diploma Legislativo n.º 1740, de 24 de Junho de 1967, permitindo que a *concessão por arrendamento* pudesse ser efectuada para o mesmo fim (ponto 3 do preâmbulo). Invocava-se as condições patrimoniais mais favoráveis do *arrendamento* para o efeito (ponto 1 do preâmbulo)⁶¹. Em todo o caso, a *concessão por arrendamento*, para construção de prédios urbanos, destinados a habitação, comércio ou indústria, continuou a ser tida por excepcional.

Finalmente, a Lei de Terras de 1980⁶² instituiu definitivamente a equiparação do *aforamento* e do *arrendamento* como formas de concessão de terrenos para construção⁶³. As soluções deste diploma foram beber inspiração não só no Regulamento de 1965, mas também na Lei n.º 6/73, de 13 de Agosto⁶⁴, e não só⁶⁵. Mantendo assim a influência do pensamento colonial português dirigido aos problemas das províncias africanas, relaciona-

⁵⁹ Publicado no BOM 47 (20 de Novembro de 1971).

⁶⁰ Para além da nova redacção do artigo 142.º, deu nova redacção ao artigo 3.º, e introduziu os novos artigos 143.º e 144.º.

⁶¹ Vicente J. MONTEIRO, “O registo predial em Macau”, 814.

⁶² Aprovada pela Lei n.º 6/80/M, de 5 de Julho, e publicada no BOM 27 (5 de Julho de 1980).

⁶³ Ponto 3 do preâmbulo da Lei n.º 6/80/M, de 5 de Julho.

⁶⁴ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 351, nota 121; Tong Io CHENG, “Dos direitos de aproveitamento dos solos em Macau — perspectivas históricas, estruturais e comparativas”, in Leonel ALVES / Tong Io CHENG, coord., 3.ª *Jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Sentido e importância do direito comparado no âmbito do princípio “Um País, Dois Sistemas”*, Macau, 2016, 332.

⁶⁵ O preâmbulo era manifestamente influenciado pelas observações do Parecer da Câmara Corporativa ao Projecto de Lei de Bases do aproveitamento dos terrenos no Ultramar, que precediam e motivavam a introdução de uma base nova. A qual acabou por ser consagrada como base XXXII da efémera Lei n.º 6/73, de 13 de Agosto.

das com a extensão dos seus territórios⁶⁶. A actual Lei de Terras⁶⁷ apenas prevê a *concessão por arrendamento*.

2.3. *Síntese da evolução legislativa*

Deste breve périplo pela história da consagração do instituto da *concessão por arrendamento* em geral e em Macau, em particular, resulta claro que a sua origem remonta à estratégia colonial de ocupação efectiva dos grandes espaços territoriais das colónias africanas. Que a sua importação para Macau se efectua, como que por acaso, por um efeito de simpatia resultante da publicação da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901 e do Regulamento Geral Provisório de execução da mesma, de 2 de Setembro de 1901, que não eram adaptados à realidade de Macau, daí as resistências à consideração da sua vigência. Regulamento Geral Provisório, este, que até à entrada em vigor do Regime da Ocupação e Concessão de Terrenos do Estado, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 1679, de 21 de Agosto de 1965, continuou aplicável aos casos omissos e não previstos nos vários diplomas sobre a matéria.

A *concessão por arrendamento* foi introduzida pela primeira vez no ordenamento local em 1908, mas teve a vida efémera de 6 meses. Apenas a partir de 1928 passa a definitivamente fazer parte do ordenamento jurídico local. Até 1965, concorreu com o aforamento como instrumento para a concessão de terrenos, independentemente da respectiva finalidade.

O ponto 6 do preâmbulo do Diploma Legislativo n.º 1679, de 21 de Agosto de 1965, referia a influência do ROCTPU, que, como vimos, valia apenas para a Guiné, Angola e Moçambique. É neste diploma legal colonial que a separação entre *aforamento* e *arrendamento*, como meios de concessão de terrenos, é reafirmada e clarificada, com a utilização do último, salvo a excepção das povoações comerciais, apenas para fins agrícolas ou de silvicultura.

⁶⁶ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 351.

⁶⁷ Aprovada pela Lei n.º 10/2013, e publicada no BORAEM 36 (2 de Setembro de 2013).

Por outro lado, no ROCTPU o recurso ao *aforamento* ou antes ao *arrendamento* prendia-se, sobretudo, com a extensão do terreno concedido: mais pequena no aforamento, mais ampla no arrendamento. Também nos prazos: mais pequenos no *aforamento*⁶⁸, mais amplos no *arrendamento*. Ademais, a distinção relevava para efeitos de aquisição do domínio útil. Possível no primeiro, porque *aforamento*, impedida no segundo, porque *arrendamento*. Isso evitava que extensas porções de território caíssem em mãos privadas, dificultando ou impedindo a estratégia de colonização⁶⁹.

Particularmente clara a preocupação na Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, quando se dizia no artigo 59.º, relativo ao Estado da Índia, onde o arrendamento era o meio regra de aproveitamento dos terrenos do Es-

⁶⁸ Contrariamente ao disposto no Código Civil, de 1867 (artigo 1654.º), primeiro, e no de 1966 (artigo 1492.º), depois, a enfiteuse não era perpétua, de imediato, na *concessão por aforamento* de terrenos do Estado no Ultramar. No Código Civil de 1867 a natureza perpétua ou temporária, por muito alargada que fosse (admitia-se o arrendamento por mil ou dois mil anos, ou mais, desde que o prazo fosse certo!, vide, José Dias FERREIRA, *Código Civil Portuguez annotado*, 2.ª ed.ª, vol. III, Coimbra, 1898, anotação ao artigo 1595.º), é que determinava a natureza de enfiteuse ou de arrendamento. Assim, o segundo período do artigo 1654.º do Código Civil de 1867 determinava que os contratos de enfiteuse que fossem celebrados por tempo limitado eram tidos como arrendamentos, para todos os efeitos. Tenha-se presente, também, que na versão original do Código Civil de 1867 não era admitida a remissão do foro. A mesma foi introduzida com o Decreto de 30 de Setembro de 1892, regulamentado pelo Decreto de 14 de Dezembro do mesmo ano, e após a revogação destes diplomas pelo Decreto n.º 11, de 10 de Janeiro de 1895, definitivamente com o Decreto de 23 de Maio de 1911, que, com o Decreto n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930, passou para o texto do Código Civil de 1867 (Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, 2.ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, apêndice, artigo 1511.º, anotação n.º 2; José Gonçalves MARQUES, *Direitos reais. Lições ministradas ao 4.º ano jurídico de 1999/2000*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 233). A *concessão por aforamento* era provisória durante um prazo de cinco anos; se o terreno fosse aproveitado, a concessão convertia-se em definitiva, verificada a demarcação do terreno (artigos 98.º, 122.º e 123.º do ROCTPU); se fosse para construção de prédio, três anos, podendo ser de cinco, se a importância da mesma o justificasse (artigo 112.º, § 2 do ROCTPU). Por conseguinte, a perpetuidade do aforamento, no regime de ocupação e concessão de terrenos no Ultramar, era apenas tendencial. Só depois de cumprido, positivamente, um *período de tirocínio*, se convertia em definitiva, o mesmo é dizer perpétua. Os prazos do arrendamento eram em regra superiores (artigo 128.º ROCTPU). No entanto, nos arrendamentos para fins comerciais (artigo 58.º ROCTPU), os prazos eram de um ano, renováveis até 20 anos (artigo 136.º ROCTPU).

⁶⁹ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 37, s., 104, 108, s.

tado, que as rendas eram prescritíveis em 10 anos, mas a propriedade imprescritível⁷⁰

O mecanismo privilegiado para o aproveitamento de terrenos para construção era o *aforamento*. Excepcionalmente, admitia-se o *arrendamento* de terrenos urbanos ou suburbanos (povoações comerciais), de reduzida dimensão, para construção de prédios destinados a habitação, comércio (incluída a pequena indústria) e, mais tarde, indústria.

Em toda a legislação de terras ultramarina perpassa a ideia da impossibilidade de aquisição por mera posse, e só em casos excepcionais se admitia a propriedade, sendo que, em qualquer caso, a manutenção do terreno, fosse no âmbito de um *aforamento* ou de um *arrendamento*, estava dependente do aproveitamento do mesmo⁷¹. Tendo chegado a ser previsto que as *concessões definitivas* seriam anuladas, na parte desaproveitada⁷².

A falta de aproveitamento era fundamento de cessação do *aforamento* ou *arrendamento*. Tornava-se necessário assegurar a exploração dos terrenos rústicos, sobretudo, quer para permitir o aproveitar das vantagens económicas daí resultantes, a benefício do interessado na efectiva exploração, evitando que extensas parcelas de terra ficassem sem aproveitamento, incultas e bravias, quer porque, e talvez mais importante, sendo, a partir da Conferência de Berlim, apenas a ocupação efectiva critério do título da potência colonial ao espaço geográfico em questão, a falta de exploração efectiva corria o risco de ser índice de falta de ocupação efectiva. É manifesto que nada disto se verificava em Macau.

⁷⁰ O mesmo se reafirmava na al. *d*) do artigo 175.º do Regulamento Geral Provisório para execução da Carta de Lei de 9 de Maio de 1901.

⁷¹ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 36, s., 51, s.

⁷² Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 77. Artigo 215.º, 3.º do ROCTPU. Em Macau, valia solução idêntica para as concessões definitivas para fins agrícolas, por força do artigo 116.º, n.º 1, al. *b*) do Regulamento de 1965. Já a concessão definitiva de terrenos por aforamento para a construção de prédios urbanos se tornava irrevogável, uma vez publicada no BO (artigo 118.º).

2.4. *Consequências da indiferenciação na utilização dos instrumentos jurídicos de concessão de terrenos do Estado*

Enquanto se manteve a estrita separação do *aforamento* e do *arrendamento* com base no destino do terreno para construção, a gestão dos terrenos por utilização destes mecanismos contratuais não parece oferecer grandes dificuldades. Quando, ainda que excepcionalmente, se admite o *arrendamento* como meio de aproveitamento de terrenos para construção torna-se necessário resolver a situação da construção. Pois que, admitindo-se que tal *arrendamento* era um *vulgar arrendamento*, as construções seriam vistas como *meras benfeitorias* e, por conseguinte, no fim do prazo do arrendamento ficariam a pertencer ao dono do terreno⁷³. Daí a possibilidade de, nos casos, excepcionais, em que o *arrendamento* era utilizado para a construção de prédios, no fim do prazo, ou antes mesmo, e contanto que o aproveitamento estivesse realizado, o arrendatário pedir a *conversão do arrendamento em aforamento ou a venda*, justamente para lhe permitir a aquisição da propriedade como forma de assegurar os respectivos direitos sobre a construção⁷⁴.

Em Macau, essas soluções vêm a ser parcialmente consagradas com o Regulamento de 1965, inspirado nas soluções do ROCTPU. Assim, afirmava-se no preâmbulo respectivo que uma das inovações do novo regime consistia na possibilidade de aquisição do domínio útil dos terrenos arrendados, ao abrigo do anterior Regulamento de 1940, desde que o mesmo se encontrasse aproveitado (artigo 119.º). Mas mais: previa-se para o *arrendamento*, que era para fins agrícolas não esqueçamos, a possibilidade de o concessionário, findo o prazo, obter por aforamento o terreno, demonstrado o respectivo aproveitamento (artigo 9.º, n.º 1). Em todo o caso, é preciso ter presente que o artigo 5.º do Regulamento de 1965 proibia a remissão do foro. Proibição reafirmada no artigo 45.º, n.º 2 da Lei de Terras de 1980.

Como se viu, a regra de que a *concessão por arrendamento* apenas seria utilizada para terrenos destinados a fins agrícolas foi objecto de restrições em 1967 e 1971, admitindo-se a sua utilização para fins de construção de prédios urbanos, em certas situações. Pelo que se verifica uma relativa indiferenciação na utilização do *aforamento* e do *arrendamento* para fins de cons-

⁷³ Esta questão veio a colocar-se em Macau, em 1983, e levou à publicação do D/L n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro (*infra*).

⁷⁴ P.e., o artigo 135.º do ROCTPU.

trução⁷⁵, sendo o recurso a um ou a outro determinado, parece, por questões relacionadas com o custo para o concessionário, que seria mais baixo no *arrendamento*.

A indiferenciação ficou definitivamente consagrada com a Lei de Terras de 1980, (vide preâmbulo): “Equipara-se o arrendamento ao aforamento como forma de disposição de terrenos urbanos e de interesse urbano”. Tinha-se em vista a solução consagrada no artigo 30.º, n.º 3, al. *b*) deste diploma legal. Manteve-se a possibilidade da conversão do *arrendamento* em *aforamento*, uma vez demonstrado o aproveitamento do terreno, e dentro dos limites de área estabelecidos para os aforamentos (artigo 57.º, n.º 1 e 2).

Na actual Lei de Terras apenas se prevê a concessão por arrendamento.

2.5. *Manutenção da influência da legislação ultramarina portuguesa na actual Lei de Terras*

Passada em revista a legislação que em Macau foi sendo ao longo dos tempos aplicada à chamada concessão de terrenos do Estado fica clara a ideia de a mesma ser informada pelo pensamento ultramarino português e por preocupações relacionadas com os amplos espaços africanos⁷⁶. Quer um quer outras sem qualquer utilidade no tempo presente.

Não obstante, não deixam de *subrepticamente* continuarem a informar muitas das soluções da Lei de Terras, na medida em que esta representa uma evolução do direito anterior de matriz colonial⁷⁷. São disso expressão, entre outras, a ideia de que todo os terrenos são do Estado, a não possibilidade de aquisição da propriedade dos mesmos pelos meios comuns. Se certo território é visto como *possessão*, então toda a terra nele compreen-

⁷⁵ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 366.

⁷⁶ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 352-353.

⁷⁷ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 350-352.

dida é do Estado, porque a soberania se confunde com propriedade⁷⁸. Quer a conhecida, quer a desconhecida (*dominium eminens*)⁷⁹. Mas se o espaço for visto como parte integrante do Estado, deixa de fazer sentido uma tal ideia.

Macau não é uma *possessão* do Estado Chinês é uma *parte integrante do território* da República Popular da China. A propriedade particular sobre terrenos ou imóveis em Macau não altera em coisa nenhuma a situação de Macau como parte integrante do território da República Popular da China. Independentemente de os imóveis serem ou não de particulares, no limite de serem todos de propriedade privada, ainda assim Macau será, e será sempre, território da República Popular da China. Soberania não se confunde com propriedade, como sucedia na legislação colonial (*dominium eminens*)⁸⁰.

Assim, a despeito da sua génese, tem de se aceitar que os objectivos prosseguidos com a concessão de terrenos em Macau é informada por preocupações outras que não as que presidiram à legislação ultramarina. Tais preocupações prender-se-ão com a gestão de um recurso escasso: terra. Prendendo-se em abstracto com uma adequada utilização dos solos e prevenção de movimentos especulativos⁸¹. As quais hoje presidem à legislação sobre solos nas várias ex-províncias ultramarinas e também em Portugal⁸².

Destas duas ideias: adequada utilização dos solos e prevenção de movimentos especulativos, apenas a primeira pode ser invocada em Macau. Na verdade, a concessão de terrenos por arrendamento passou a ser efectuada basicamente através de leilão, sem quaisquer preocupações em termos de controlo de preço dos imóveis. O mesmo é dizer sem preocupações em termos de prevenção de movimentos especulativos. O elevado custo da obtenção da disponibilidade de terrenos para construção é um dos argumentos invocados para explicar o valor elevado, quase proibitivo, dos imóveis em Macau. Por conseguinte, não há em Macau uma política de concessão de terrenos a preços inferiores aos de mercado, com a obrigação de o promotor imobiliário se obrigar a colocar no mercado os imó-

⁷⁸ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 36.

⁷⁹ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 36 e 39.

⁸⁰ Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 36.

⁸¹ Francesco GALGANO, *Diritto privato*, 5.^a ed.^a, Pádua: CEDAM, 1988, 157.

⁸² Por isso, Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 353, observa que a Lei de Terras de 1980 se devia designar Lei de Solos.

veis a preços controlados. O preço dos imóveis é determinado apenas pelas pulsões, mais ou menos especulativas, do mercado. A resolução dos problemas mais graves de falta de habitação para as camadas mais pobres da população tem passado pela construção de habitação social. Por conseguinte, pela intervenção no mercado imobiliário da própria Região Administrativa Especial de Macau⁸³. Fica então, como objectivo primacial da concessão de terrenos da RAEM a adequada utilização dos mesmos⁸⁴, com separação de áreas de construção para habitação, para comércio, indústria ou serviços, a par da obtenção de receitas. Embora esta última seja pouco relevante, tendo em conta a situação financeira de Macau, resultante do sucesso da indústria do jogo, e contrariamente ao que sucedia em passado não muito distante.

3. Natureza jurídica do contrato de concessão por arrendamento

A possibilidade de ser constituído um direito a construir edifícios em terrenos do Estado, através de um instrumento jurídico designado de *concessão por arrendamento* coloca interessantes e importantes questões de qualificação jurídica. Interessantes pela convocação de vocábulos de direito público, *concessão*, e de direito privado, *arrendamento*; importantes, porque da sua adequada qualificação jurídica depende o seu regime jurídico supletivo. Na verdade, em tudo que não esteja especificamente previsto na Lei de Terras manda-se aplicar a legislação civil pertinente (artigo 41.^o⁸⁵).

⁸³ De ora em diante, RAEM.

⁸⁴ Paradigmático o último dos considerando de fundamentação do Despacho do Chefe do Executivo n.º 248/2006, de 16 de Agosto, que revogou os Regulamentos dos Planos de Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande, aprovados pela Portaria n.º 69/91/M, de 18 de Abril: “Considerando que, genericamente, já foram atingidos os objectivos que presidiram à implementação dos sobreditos Planos, tendo sido, nomeadamente, assegurada a ocupação e uso dos solos de forma organizada e equilibrada e a melhoria das condições ambientais nas respectivas zonas da cidade”. Este despacho revogou também a Portaria n.º 68/91/M, de 18 de Abril, que tinha aprovado o Plano de Intervenção Urbanística dos Novos Aterros do Porto Exterior (PIUNAPE).

⁸⁵ As disposições legais citadas, sem indicação do respectivo diploma legal, pertencem à Lei de Terras, aprovada pela Lei n.º 10/2013.

3.1. *Concessão por arrendamento é concessão?*

O termo concessão desde sempre se considerou utilizado em termos amplos, não técnicos se se quiser. Assim, como se disse, Marcello Caetano⁸⁶ ensinava que o que estava em causa era apenas a *outorga* do direito de aproveitamento de terrenos do Estado. E que, não obstante a designação de *concessão* se ligar ao direito público, o que estava em causa eram tão-só *formas contratuais de direito privado*⁸⁷. Por sua vez, Antunes Varela entendia, para o caso do *aforamento* e do *arrendamento*, que a respectiva relação jurídica era inequivocamente privada⁸⁸. Ademais, entendia este Professor⁸⁹, a propósito do *justo título* que podia justificar a transição de terrenos do *domínio eminente* do Território para a propriedade privada, que se podia tratar de um contrato de *compra e venda*, de *aforamento* ou de *arrendamento*, passando os bens em questão para o *comércio privado*.

A explicação para o uso do vocábulo *concessão* oferece-a, com a habitual clareza, Antunes Varela⁹⁰: “A ideia (...) é a de que, perante o chamado *domínio eminente* da *Coroa*, do *Estado* ou do *Território* sobre os terrenos que no ultramar lhes estavam subordinados, a titularidade destes só podia ingressar no domínio dos *particulares* através de um acto de *cedência* daqueles entes. E esse acto de *cedência*, que constituía em bom rigor uma forma de aquisição originária, e não derivada (um instrumento jurídico de translação de bens do *domínio* público da *Coroa*, do *Estado* ou *Território* para a propriedade privada dos cidadãos), era normalmente a *concessão*, que poderia envolver a doação, o aforamento, o arrendamento, a doação onerosa ou

⁸⁶ *Manual de direito administrativo*, II, 955, nota 1. No mesmo sentido, o “Parecer da Câmara Corporativa”, 208.

⁸⁷ Marcello CAETANO, *Manual de direito administrativo*, II, 981.

⁸⁸ “A aquisição de imóveis por usucapião no território de Macau”, 445, nota 10; Antunes VARELA, “O domínio público e o domínio privado sobre as terras e as águas do Território de Macau”, *Revista Jurídica de Macau — N.º especial: A questão das terras em Macau* (2/1997) 464: “(...) nos casos frequentes de concessão, ao particular, *por meio de aforamento*, do *domínio útil* do prédio urbano, apesar de ficar na titularidade do Território o domínio directo do prédio, numa relação jurídica que é inquestionavelmente de *direito privado* e não de *direito público* (...)”.

⁸⁹ Antunes VARELA, “O domínio público e o domínio privado”, 461.

⁹⁰ Antunes VARELA, “O domínio público e o domínio privado”, 449.

com encargos ou outras formas de investidura em direitos reais sobre esses imóveis.”

Mesmo a transição do *domínio eminente* para o *domínio público* necessitaria de um justo título⁹¹. Na verdade, o domínio eminente do Estado “não se confunde com a propriedade perfeita que o Estado exerce sobre as coisas que individualizou por actos de autoridade ou sobre as quais tem poderes jurídicos obtidos por aquisição derivada.”⁹² Esse justo título, neste caso, seriam os *actos de afectação a determinado serviço público* ou ao uso *privado* de coisas que permaneciam no *domínio público*⁹³. Como exemplos dos primeiros indicava a cedência de prédio para a instalação de uma escola, de um quartel, de uma conservatória de registos, etc.; como exemplos dos segundos, indicava o *contrato de concessão* para a instalação de um lugar de venda de jornais, de um restaurante na praça pública.

A *concessão* é a própria designação do *acto jurídico* de constituição da relação jurídica. Tem o significado, pois, de contrato. Dizer-se *concessão por aforamento* ou *concessão por arrendamento* não significa mais do que dizer *contrato de aforamento* ou *contrato de arrendamento*. Isto independentemente, note-se, de se entender que um tal contrato é de direito privado ou antes um contrato administrativo, como defendem Cláudio Monteiro e Tong Io Cheng. Posição, esta, que nos parece em face da lei irrecusável.

Sendo hoje, inequivocamente, um contrato a *concessão por arrendamento*, a sua designação prende-se com o facto de a admissibilidade de a Administração actuar por meio de contratos celebrados com particulares ser aquisição recente da ciência jurídica administrativista⁹⁴. Durante muito tempo julgou-se que as manifestações da actividade da Administração que

⁹¹ Antunes VARELA, “O domínio público e o domínio privado”, 461.

⁹² Adriano Moreira, *apud* João Antunes VARELA, “A aquisição de imóveis por usucapião no território de Macau”, 453, nota 19.

⁹³ Antunes VARELA, “O domínio público e o domínio privado”, 461.

⁹⁴ Marcello CAETANO, “Conceito de contrato administrativo”, in *Estudos de direito administrativo*, Lisboa: Edições Ática, 1974, 39 s.; IDEM, *Manual de direito administrativo*, tomo I, 10.^a ed.^a / 4.^a reimpr. rev. e actual. por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Almedina, 1990, 574 s.; José Manuel Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 2003, reimpr. da ed. de 1987, 343 s.; Diogo Freitas do AMARAL / colab. Lino TORGAL, *Curso de direito administrativo*, vol. II, Almedina, 2001, 504 s.; Inocêncio Galvão TELLES, *Manual dos contratos em geral*, rev. e actual., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 57-60.

hoje reconduzimos ao mecanismo contratual resultavam de acto administrativo e de uma solicitação ou consentimento do particular⁹⁵, em todo o caso dois actos unilaterais⁹⁶. A ideia, pois, de que quando se utilizam poderes públicos para determinar efeitos jurídicos não há qualquer actividade contratual. Daí a *concessão*, o Estado concede, *unilateralmente pois*, não contrata. Esta perspectiva das coisas está de há muito ultrapassada, pelo que a manutenção da terminologia apenas se compreende por ser tradicional e estar enraizada nos hábitos de linguagem.

3.2. *Concessão por arrendamento é arrendamento?*

Mas se a utilização do vocábulo *concessão* é ambígua, não menos ambígua é a utilização do vocábulo *arrendamento*. Vejamos:

Já na vigência da Lei de Terras de 1980, impressionado pelo vocábulo *arrendamento*, pretendeu-se que os edifícios construídos, ao abrigo da *concessão por arrendamento*, não seriam mais do que *benfeitorias*, que, como tais, não só apenas permitiriam direitos de crédito e não reais a favor do concessionário, mas também reverteriam ao concedente, no termo do arrendamento de acordo com as regras gerais. A violência era evidente. Mas terá feito caminho⁹⁷, a que o legislador, avisadamente, pôs cobro, com a publicação do D/L n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro, que veio assegurar os direitos, *de propriedade*, do *arrendatário* e seus sucessores sobre os edifícios ou fracções, quando em regime de propriedade horizontal. Bom senso bastaria, talvez. Na verdade, considerar como *benfeitorias* os *edifícios construídos* sobre os terrenos, no exercício do direito que para tal foi outorgado ao *concessionário*, só com alguma imaginação e distorção do con-

⁹⁵ Sérvulo CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 344.

⁹⁶ Diogo Freitas do AMARAL / colab. Lino TORRAL, *Curso de direito administrativo*, vol. II, 505.

⁹⁷ Gonçalves MARQUES, *Direitos reais*, 86, nota 28; IDEM, “A propriedade imobiliária em Macau: terrenos de propriedade privada e terrenos do domínio privado do Estado”, *BFDUM* 21 (2006) 23-24.

ceito de *benfeitorias*⁹⁸, expressão de irrealismo jurídico⁹⁹, se pode perceber. No entanto, a intervenção legislativa foi adequada.

Dissemos, bom senso bastaria, coisa aliás que parece continuar a ser uma *commodity* rara nestes dias, porquanto uma hábil, quando não adequada, qualificação da situação permitiria afastar de imediato aquela ideia, fundada na impressão que o vocábulo *arrendamento* invocava nos espíritos, talvez mais inquietos, mas, nem por isso, talvez mais atentos. Se é arrendamento, *ergo* os edifícios são benfeitorias: *tertium non datur!* Mas justamente tal conclusão apenas se pode afirmar, depois de se qualificar a situação como *arrendamento*, e, sobre isso, de se concluir sobre a natureza inelutável de *benfeitorias* de tudo o que no imóvel seja acrescentado por acção do beneficiário (*quod erat demonstrandum*).

Vejamos:

Admitida a possibilidade de *concessão* de terrenos do Estado por *arrendamento* para efeitos de construção de edifícios, necessariamente se coloca a necessidade de questionar a qualificação do negócio como *arrendamento*. O *arrendamento*, construído à imagem do contrato de direito civil, tem por objecto o gozo de um imóvel, podendo este ser ou não produtivo, como sucede se se tratar de prédio rústico: arrendamento rural. No arrendamento urbano há apenas uso; no arrendamento rural, uso e fruição, porque se trata de coisa produtiva¹⁰⁰. Nessa medida, e para os casos do apro-

⁹⁸ Tal qual resultava do artigo 216.º n.º 3 do Código Civil de 1966 e resulta do actual artigo 208.º, n.º 3 do Código Civil (Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. 1, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982, anot. ao artigo 216.º; *ibid.*, vol. III, anot. ao artigo 1540.º).

⁹⁹ No qual, aliás, a actual Lei de Terras permanece, quando no artigo 171.º, n.º 2 considera como benfeitorias a obra ou construção. Também o artigo 176.º. É um como que, digamos, pontapé na ... semântica jurídica. É que, se antes do D/L n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro ainda se podia, baseado numa interpretação mais do que escrava da letra da lei, crassamente conceitualista: *se a lei menciona arrendamento, então...*, defender tal qualificação, depois daquele diploma continuar a pretender que as construções efectuadas no terreno são benfeitorias é incompreensível. Se se pretende que as mesmas (construções) revertam para a RAEM no fim da concessão não é necessário qualificá-las como benfeitorias. Basta a lei dizê-lo. A solução é, aliás, uma reminiscência do velho princípio de direito romano *omne quod inaedificatur solo cedit* (vide, *infra*).

¹⁰⁰ F.M. Pereira COELHO, *Arrendamento. Direito substantivo e processual, Lições ao curso do 5.º ano de Ciências Jurídicas no ano lectivo de 1988-1989*, Coimbra, 1988, 9. O mesmo sucede com a locação de empresa (*ibid.*).

veitamento de terrenos rústicos para fins agrícolas, pecuários ou florestais, poder-se-ia ainda falar em arrendamento *boc sensu*, que seria então um arrendamento rural (artigo 1064.º do Código Civil de 1966 e artigo 1050.º do Código Civil de Macau), sem graves entorses. Isso mesmo quando fossem efectuadas construções de apoio.

Já o mesmo se não pode dizer quando, como é o caso da *concessão por arrendamento* para a construção de edifícios, o objecto do contrato não é o gozo do terreno, ainda que visando sobretudo a sua fruição, mas, pura e simplesmente, a sua utilização para nele construir um edifício¹⁰¹. O *objecto do contrato* deixa de ser o *gozo do terreno*, do imóvel, para passar a ser a *construção do edifício*. O *concedente* e o *cessionário* não pretendem um permitir e o outro obter o gozo temporário de um terreno, mediante retribuição. Mas sim um, o *concedente*, atribuir o terreno ao outro, o *cessionário*, para que este nele (terreno) *construa um edifício*. O concedente *autoriza* o cessionário *a construir*, atribuindo-lhe uma concessão de um *ius ad aedificandum*¹⁰². O *cessionário* não pretende *gozar o terreno*, mas *apenas construir* nele. Não goza pois o terreno, *implanta* nele um edifício. Não há pois gozo do terreno, no sentido em que este vocábulo é entendido no direito arrendatício, simplesmente a *edificação sobre ele*, tomando-o para base de um prédio. O terreno serve de *suporte* à implantação de um edifício, que muitas vezes ocupa fisicamente a totalidade da área daquele.

Ora o gozo no arrendamento significa o aproveitar das vantagens que o imóvel permite, tal qual ele é. Pois que é isso que se pretende: usar o imóvel, tal qual ele é, temporariamente, mediante retribuição. Por isso, no arrendamento urbano quaisquer alterações à estrutura externa ou in-

¹⁰¹ Cláudio MONTEIRO, “Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau”, 353, representa bem o problema, quando escreve, criticando a Lei de Terras de 1980: “As questões que hoje se colocam no território relevam sobretudo do foro do Direito do Urbanismo, designadamente no que respeita à definição de um estatuto jurídico do solo, enquanto suporte físico de uma construção, distinto do estatuto jurídico da própria construção que sobre ele assenta.” Essa é, de facto, a verdadeira questão: qual o estatuto jurídico do solo e da construção, que nele é implantada como objecto da *concessão por arrendamento*?

¹⁰² Terminologia corrente entre os autores, v.g., Carlos Alberto Mota PINTO, *Direitos reais, prelecções ao 4.º Ano Jurídico de 1970/71*, coligidas por Álvaro MOREIRA / Carlos FRAGA, Coimbra: Almedina, 1971, 291; Giulio Pasetti BOMBARDELLA, “Superfície (dir. priv.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII c, Milão: Giuffrè, 1990, 1477.

terna do imóvel são fundamento de resolução do contrato¹⁰³. E no arrendamento rural, o senhorio podia resolver o contrato por violação das obrigações do arrendatário, legais ou contratuais, prevendo o artigo 1075.º do Código Civil de 1966, no seguimento de idêntica doutrina constante do artigo 1627.º do Código Civil de 1867, causas específicas de resolução, que, no dizer de Pires de Lima e Antunes Varela¹⁰⁴, representam manifestações da al. *d*) do artigo 1038.º (do Código Civil de 1966, bem entendido): fazer da coisa utilização imprudente.

Por outro lado, sendo arrendamento seria necessário ainda determinar de que tipo de arrendamento se tratava para efeitos de regime, pelo menos, subsidiário: urbano, rural? É arrendamento urbano? Mas *não há prédio!* É arrendamento rural? Mas *não há cultura!* Parece claro o absurdo. Não obstante, continuar a falar-se de *arrendamento* passa não só a não ser *rigoroso*, mas também *equivoco*.

As palavras são seguramente importantes, e no Direito mais ainda, não obstante não são *varinhas de condão* que permitam transformar a realidade em algo diferente do que ela é, que permitam pois uma *transsubstanciação*. O que releva não é tanto o *nomen* que às coisas se dá, mas aquilo que elas, por sua estrutura e natureza, são, verdadeiramente.

3.3. *A concessão por arrendamento como constituição de um direito de superfície*

Pois bem, se é duvidoso que a *concessão por arrendamento* seja *concessão*, seguro parece que não seja *arrendamento*. O que é então? O que é que está em causa neste contrato? O que é que resulta do encontro das declarações de vontade dos contratantes e constitui o seu objecto? A *outorga* pelo dono de um terreno a um terceiro do *direito de sobre este construir um edifício*. Como é que, juridicamente, se qualifica tal negócio? Um ar-

¹⁰³ Vide o artigo 39.º, n.º 1 e 46.º, al. *d*) do D/L n.º 43525, de 7 de Março de 1961 (publicado no Boletim Oficial de Macau n.º 14, de 8 de Abril de 1961), a chamada Lei do Inquilinato no Ultramar (LIU); artigo 1034.º, al. *d*) do Código Civil de 1966, para o arrendamento urbano.

¹⁰⁴ *Código civil anotado*, vol. II, 2.ª ed.ª, rev. e ampl., Coimbra: Coimbra Editora, 1981, apêndice, anotação n.º 3 ao artigo 1075.º.

rendamento? Como se disse, e o determinam os artigos 969.º e 970.º do Código Civil de Macau, e sempre assim foi aliás no direito pretérito¹⁰⁵, o arrendamento é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar a outra o gozo temporário de uma coisa imóvel, mediante retribuição. Essa coisa imóvel, bem entendido, pode ser um prédio urbano ou rústico. Em todo o caso, *o arrendamento* não tem por *objecto* a construção de edifícios, mas sim *o gozo* de um imóvel.

O contrato que tem por objecto o *direito de construção de um edifício em terreno alheio* é um contrato de constituição de um *direito de superfície* (artigo 1421.º do Código Civil de Macau). Este, nos termos do artigo 1417.º do Código Civil de Macau, é justamente o direito de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio¹⁰⁶. Sendo que o exemplo mais comum de obra é a construção de um edifício¹⁰⁷. Da prevalência do gozo do terreno ou da autorização para construir depende a qualificação do negócio como simples arrendamento ou como constituição de um direito de superfície¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Vide os artigos 1595.º e 1596.º do Código Civil de 1867; artigo 1.º da LIU; e depois o artigo 3.º da Lei n.º 12/95/M, de 14 de Agosto, que instituiu o Regime do Arrendamento Urbano de Macau (RAUM), que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1996 (à excepção do artigo 21.º, que entrou em vigor imediatamente, e da al. b) do artigo 41.º, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997), e revogou a LIU.

¹⁰⁶ Contrariamente ao actual direito português, o legislador macaense reduziu o objecto do direito de superfície à construção e manutenção de obra, assim regressando ao âmbito original do direito de superfície, aquando da sua introdução no sistema jurídico português, pela Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948. Que era também o âmbito da *superficies* do direito romano (A. Santos JUSTO, *Direito privado romano — III (Direitos reais)*, reimpr., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, (Studia Iuridica 26), 210 e 212, nota 14; Francesco SITZIA, “Superficie (dir. rom.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII C, Milão: Giuffrè, 1990, 1460, e nota 4). Não obstante, e embora as fontes apenas refiram o direito de construir em solo alheio (Santos JUSTO, *ibid.*, 212, nota 14), segundo Guilherme Braga da CRUZ, “O direito de superfície romano”, in *Obras esparsas, vol. 1, Estudos de história do direito antigo*, 1.ª parte, Coimbra, 1979, (Acta Universitatis Conimbrigensis), 307), os romanistas consideram que a *superficies* podia ter por objecto plantações, contanto que permanentes. No mesmo sentido, Armindo Ribeiro MENDES, “O direito de superfície”, *ROA* 32/1 (1972) 21. Dubitativamente, A. Santos JUSTO, *Direitos reais*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 395.

¹⁰⁷ Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1524.º, anot. n.º 8; José de Oliveira ASCENSÃO, *Direitos Reais*, 5.ª ed.ª /reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 525.

¹⁰⁸ Giulio Pasetti BOMBARDELLA, “Superficie (dir. priv.)”, 1481.

Por conseguinte, e olhada sem pré-juízos, coloniais ou outros, a situação da dita *concessão por arrendamento* para a construção de edifícios, parece evidente que a mesma configura a constituição de um *direito de superfície*¹⁰⁹.

¹⁰⁹ A qualificação da *concessão por arrendamento*, quando para a construção de edifícios, como constituição de um direito de superfície é algo que se nos afigura irrecusável, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 1966, onde o direito de superfície foi generalizado. Até então apenas para terrenos do domínio privado do Estado, das autarquias locais ou pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, como determinava o artigo 22.º, n.º 1 da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948. Contudo, a mesma, na parte respeitante ao direito de superfície, não entrou em vigor em Macau. Apenas com o Código Civil de 1966 o direito de superfície fez a sua entrada no ordenamento jurídico local. Mas, a partir daí, as situações designadas por *concessão por arrendamento*, quando para a construção de edifícios, são inequivocamente constituições de *direito de superfície*. O facto de a lei o não mencionar não tira nem acrescenta nada à questão.

Não se pode assim acompanhar Gonçalves MARQUES, *Direitos reais*, 86, nota 28, quando defende que o D/L n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro se tornou necessário, porquanto a prática de, com base na *concessão por arrendamento*, se registarem hipotecas sobre “o direito resultante da concessão e da venda dos edifícios construídos” não tinha base legal. E que esse problema se levantou aquando da reforma do registo predial de Macau em 1983. Isto porque, no entender de Gonçalves MARQUES, “A propriedade imobiliária em Macau”, 23, “o arrendamento, dada a sua natureza obrigacional, não é um título adequado para constituir a propriedade sobre edifícios construídos ao abrigo da concessão (...)”. Assim, não existindo qualquer regra legal específica, as construções teriam de ser vistas como benfeitorias, pois que o contrato era de concessão por arrendamento (*ibid.*). Mas isto apenas é assim se se atribuir ao vocábulo *arrendamento* um sentido determinante, com demissão do intérprete de qualificar a situação tendo em conta os poderes que pelo contrato são atribuídos ao concessionário. E olhada a *concessão por arrendamento* dessa perspectiva, a única relevante para efeitos de qualificação, pois que as designações da lei, embora importantes, não são determinantes, parece claro que o objecto do contrato não é o *gozo* do terreno, mas a *faculdade de sobre ele edificar um prédio*, e, construído este, aí *mantê-lo*. Veja-se, p.e., o artigo 106.º, n.º 1 da Lei de Terras de 1980, aí se diz: “Os terrenos concedidos provisoriamente para a edificação de prédios (...)”, onde claramente se afirma que do que se trata é de uma concessão *ad aedificandum*. De uma autorização para a construção de um prédio. Notas que irrecusavelmente configuram um direito de superfície a favor do concessionário. Desse ponto de vista, o D/L n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro, não sendo inútil, muito pelo contrário, não era estritamente indispensável.

Por outro lado, não é o facto de este último diploma ter consagrado sobre a construção, resultante do exercício do *ius ad aedificandum* concedido ao concessionário, um direito de propriedade, que passa a ser possível, e só então passa a ser possível, qualificar o direito do concessionário como direito de superfície. Na verdade, isso

supõe que o direito do superficiário sobre a construção é de propriedade, e que só assim sendo é que pode existir direito de superfície. Mas isto não é verdade. Desde logo a lei civil não qualifica o direito do superficiário sobre a obra, nem faz depender de tal direito ser de propriedade, para, regressivamente, qualificar o direito do titular como sendo de superfície. Aliás, a doutrina encontra-se dividida no que respeita à qualificação do direito do superficiário sobre a obra: como sendo de propriedade, Ribeiro MENDES, “O direito de superfície”, 60 e 61; Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, III, artigo 1524.º, anotação n.º 3; Mota PINTO, *Direitos reais*, 291-292; Manuel Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra: Almedina, 1990, 372-373, 377, e nota 135; Oliveira ASCENSÃO, *Direitos Reais*, 532; José Andrade MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Coimbra: Almedina, 1999, 58; José Alberto VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra: Almedina, 2016, 697; contra: António Menezes CORDEIRO, *Direitos reais*, Lisboa: Lex, 1993, 714-716; Augusto da Penha GONÇALVES, *Curso de direitos reais*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica, 1993, 430-432; Luís A. Carvalho FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 2.ª ed. rev. e act., Lisboa: Quid Iuris, 1997, 402-403; IDEM, “Do direito de sobrelevação”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III: *Vária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 62; Luís Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, Coimbra: Almedina, 2015, 349 s. Em Itália, entende-se que o direito do superficiário sobre a obra é um direito de propriedade, adquirida a título originário (BOMBARDILLA, “Superfície (dir. priv.)”, 1472, 1474, 1476). Na jurisprudência, no sentido de se tratar de direito de propriedade, vide Ac. RL, de 2 de Maio de 2003 (Fátima Galante); Ac. TCAS, de 23 de Setembro de 2010 (Cristina dos Santos), processo n.º 05063/09 (www.dgsi.pt). Para as várias teses sobre a natureza do direito de superfície, vide Ribeiro MENDES, *ibid.*, 35 s.

O que releva são os poderes ou faculdades que ao concessionário são atribuídos pelo concedente. E aí sim, o D/L n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro trouxe alguma clarificação, na medida em que passou a referir que a *concessão por arrendamento* atribui ao concessionário poderes de construção e transformação.

Em suma, não parece que o facto de a lei não qualificar o direito sobre a construção como de propriedade obstasse à qualificação da *concessão por arrendamento*, na versão inicial da Lei de Terras de 1980, como sendo *estruturalmente* um direito de superfície.

Gonçalves MARQUES, “A propriedade imobiliária em Macau”, 24, considerava que os efeitos reais da concessão estavam como que pressupostos mas não tipificados. A tipificação constava do Código Civil, ao determinar que a concessão de um direito para construir obra em terreno alheio é direito de superfície. Não é necessário mais nada. Nomeadamente, que a Lei de Terras o dissesse especificamente. Para quê? Ademais, saber se certo direito previsto na lei tem ou não natureza real não depende, obviamente, de a lei o qualificar ou não como tal (Oliveira ASCENSÃO, *Direitos Reais*, 156-157). A lei as mais das vezes nada diz, e é o intérprete que deve fazer a qualificação, verificando se os termos em que a lei regula certo direito apresentam as notas de reali-

Aliás é corrente os autores referirem-se ao direito de superfície como concessão de um *ius ad aedificandum*¹¹⁰.

E mais agora, tendo em conta o modo amplo como o mesmo se encontra previsto actualmente no Código Civil de Macau, permitindo quer as construções no solo quer no subsolo (artigo 1418.º, n.º 2). Adaptando-se elegantemente a todas as situações da construção de edifícios, no âmbito dos poderes conferidos ao *cessionário* pela *concessão por arrendamento*, quer em altura (v.g., edifícios habitacionais), quer em subsolo (v.g., parques de estacionamento). Não era assim na lei pretérita (artigo 1525.º, n.º 2 do Código Civil de 1966), em que a utilização do direito de superfície para a construção de edifícios subterrâneos não era permitida, em geral¹¹¹. Apenas se admitia a utilização do subsolo, se a mesma fosse inerente à obra superficiária (v.g., cave do edifício)¹¹².

Não obstante, em face da Lei de Terras de 1980, o facto de a lei civil ser menos generosa do que a actual não altera a qualificação da concessão por arrendamento *para a construção de edifícios* como direito de superfície.

A qualificação do direito do concessionário por arrendamento como *afim* de um direito de superfície foi defendida no acórdão do Tribunal da

dade (*ibid.*, 156). A lei em lado algum enumera os direitos reais (*ibid.*, 157). E, por outro lado, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais apenas proíbe que, por negócio jurídico, sejam criados direitos reais, não previstos em lei, mas não a qualificação como real de certo direito previsto na lei (*ibid.*, 156). Isso é tarefa do intérprete (*ibid.*). E se isto é assim para direitos reais não expressamente nominados como tal na lei, mais o é para direitos reais típicos, como é aqui o caso. O direito do concessionário está previsto na lei. E é das notas com que o mesmo aí é configurado que se conclui que o mesmo é um direito de superfície, pois aquelas são as que a lei utiliza no artigo 1524.º do Código Civil para caracterizar este direito real.

No sentido aqui defendido, mesmo no que respeita a bens do domínio público, relativamente aos quais o Código Civil, como diploma de direito privado, não previu (Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, III, artigo 1527.º, anot. 3), vide Pasetti BOMBARDELLA, “Superfície (dir. priv.)”, 1475-1476.

¹¹⁰ Mota PINTO, *Direitos reais*, 291; Pasetti BOMBARDELLA, “Superfície (dir. priv.)”, 1477.

¹¹¹ Solução criticada por Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, Centelha, Coimbra, 1977, 90, nota 117; e por Oliveira ASCENSÃO, *Direitos Reais*, 4.ª ed., e entretanto alterada pelo D/L n.º 257/91, de 18 de Julho que consagrou uma disciplina igual à actualmente vigente em Macau, e que, obviamente, foi a fonte da solução do actual artigo 1418.º, n.º 2 do Código Civil.

¹¹² Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1525.º, anot. 4.

Relação de Lisboa, de 21 de Maio de 1992 (Silva Paixão), n.º RL199205210043096¹¹³. Aí se diz que o *direito do concessionário* por arrendamento tem a *natureza real* e não obrigacional que revela particularidades com o *direito de superfície*. De idêntico entendimento comunga Tong Io Cheng¹¹⁴ que considera que: “a relação jurídica criada com a concessão por arrendamento passou a ser muito semelhante à resultante do direito de superfície previsto no Código Civil português.” Já Gonçalves Marques¹¹⁵ destaca a identidade de poderes do concessionário-arrendatário com o titular do direito de superfície, reconhecendo que o direito daquele é um direito real, e considera que a “natureza jurídica da concessão por arrendamento — com toda a clareza desde a publicação do Decreto-Lei n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro¹¹⁶ — é a do direito de superfície na modalidade de duração temporária.”¹¹⁷ Igualmente, Duarte Santos¹¹⁸ considera que “o regime da concessão por arrendamento similar ao regime do direito de superfície regido no Código Civil”. A esta perspectiva deu também a sua concordância o Professor Fernando Alves Correia¹¹⁹, dizendo que “a concessão de terrenos do Estado aproxima-se do direito de superfície de duração temporária.”

Mas diremos talvez mais, acompanhando Gonçalves Marques¹²⁰: não são apenas afinidades ou muitas semelhanças, mas verdadeiramente uma como que prática identidade entre um e outro. Em primeiro lugar, o

¹¹³ Disponível in <www.dgsi.pt>.

¹¹⁴ *As novas tendências de reforma da lei de terras*, 163.

¹¹⁵ Gonçalves MARQUES, *Direitos reais*, 87.

¹¹⁶ Já assim se devia entender em face da versão inicial da Lei de Terras de 1980, como vimos supra nota 109.

¹¹⁷ Gonçalves MARQUES, “A propriedade imobiliária em Macau”, 23-24.

¹¹⁸ “A revisão da Lei de Terras: problemas e perspectivas de evolução”, in Leonel ALVES / Tong Io CHENG, coord., 3.ª *Jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Sentido e importância do direito comparado no âmbito do princípio “Um País, Dois Sistemas”*, Macau, 2016, 399.

¹¹⁹ “Tendências actuais do direito do urbanismo português e europeu e o “estado da arte” do ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 139/3963 (2010) 344, também publicado in Leonel ALVES / Tong Io CHENG, coord., 3.ª *Jornadas de direito e cidadania*, 632; IDEM, *Linhas gerais do ordenamento jurídico urbanístico da Região Administrativa Especial de Macau*, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 14/4002 (2017) 163.

¹²⁰ “A propriedade imobiliária em Macau”, 23.

direito é constituído por contrato, a chamada *concessão por arrendamento*, que é uma das formas de constituição do direito de superfície prevista na lei (artigo 1421.º do Código Civil de Macau). O objecto da concessão por arrendamento é a atribuição de *poderes de construção, transformação ou manutenção* de obra, cuja propriedade pertence ao concessionário até à extinção da concessão (artigo 42.º, n.º 1 da Lei de Terras). A atribuição de poderes ao concessionário para *manter a obra* no terreno concessionado, que não era referida no direito pretérito, em que apenas se mencionavam poderes de construção e transformação¹²¹, é, aliás, sintomática da consciência da lei quanto à identidade de conteúdo do *direito resultante da concessão por arrendamento* e do *direito de superfície*. Sobre a obra o superficiário tem um direito de propriedade, a chamada propriedade superficiária, que pode transmitir (artigo 1417.º e 1421.º do Código Civil de Macau)¹²². Talqualmente, o concessionário tem um direito de propriedade sobre os edifícios construídos, o qual pode transmitir a terceiro (artigo 43.º, n.ºs 1 e 2 da Lei de Terras)¹²³. O superficiário pode, se isso for estipulado, ficar obrigado a pagar uma certa prestação anual, em dinheiro (artigo 1423.º, n.º 1 e 3 do Código Civil

¹²¹ Na versão original da Lei de Terras de 1980, nada era dito quanto aos poderes ou faculdades contidas no direito do concessionário. Embora resultasse claro de várias disposições, nomeadamente do n.º 1 do artigo 106.º que se tratava de uma concessão *ad aedificandum*. Com a nova redacção do artigo 1.º, resultante do D/L n.º 81/83/M, de 26 de Dezembro, é que se passa a mencionar que “O direito resultante da concessão por arrendamento ou subarrendamento de terrenos urbanos ou de interesse urbano abrange poderes de construção ou transformação (...)”. Não se previa que envolvesse também poderes de *manutenção* da obra, como faz o artigo 42.º, n.º 1 da actual Lei de Terras. Com o que, inequivocamente, a lei actual quis acentuar a identidade com o *corpus* do direito de superfície. Aliás, a evolução legislativa, a partir da entrada em vigor da Lei de Terras de 1980, é no sentido de acentuar, normativamente, que não designativamente, essa identidade. Nessa evolução o afastamento de quaisquer conotações com o *arrendamento* como molde teórico do instituto é acentuado com a Lei n.º 8/91/M, de 29 de Julho, que, entre outras, deu nova redacção ao n.º 1 do artigo 54.º da Lei de Terras de 1980, substituindo o vocábulo *arrendamento* pela expressão *concessão por arrendamento*. Com o que, inequivocamente, quis afastar as consequências espúrias ligadas a uma interpretação literalista da lei. Tanto mais que, no que respeita à concessão por arrendamento de terrenos rústicos (fins agrícolas), a despeito de ter dado nova redacção ao artigo 61.º, cuja redacção era idêntica à daquele artigo 54.º, continuou a falar apenas de prazo de arrendamento.

¹²² Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1525.º, anot. 3 e artigo 1528.º, anot. 4; Gonçalves MARQUES, *Direitos reais*, 221.

¹²³ Gonçalves MARQUES, “A propriedade imobiliária em Macau”, 87.

de Macau), tal como o concessionário, que fica obrigado ao pagamento de uma renda anual (artigo 45.º, n.º 1 e 3). O direito de superfície é transmissível (artigo 1426.º do Código Civil de Macau), tal como o direito do concessionário (artigo 144.º da Lei de Terras), embora, em certos casos, sujeita a autorização do Chefe do Executivo. Há certamente diferenças de regime, p.e., o direito de superfície terá de ser perpétuo¹²⁴, quando respeite à construção de edifícios em regime propriedade horizontal (artigo 1419.º, n.º 2 do Código Civil de Macau), e o direito do concessionário é sempre temporário, embora renovável. Trata-se de especialidades de regime que, no entanto, não infirmam a qualificação do direito do concessionário como sendo de superfície¹²⁵. Sendo certo, aliás, que o carácter temporário do direito de superfície sobre terrenos do domínio privado do Estado é uma das suas notas típicas, em face do direito de superfície privado¹²⁶.

Por outro lado, o facto de a Lei de Terras, quer a actual quer a pretérita, construir como dever ou obrigação o aproveitamento do terreno

¹²⁴ Trata-se de uma restrição introduzida pelo Código Civil relativamente à disciplina do código anterior e do regime que vigora em Portugal, que se pode revelar inconveniente, como bem nota José Gonçalves MARQUES, *Direitos reais*, 221-222.

¹²⁵ Segundo informa Duarte SANTOS, “A força conformadora da Lei Básica”, 400, tendo em conta esta identidade estrutural, foi proposto, no âmbito dos trabalhos de reforma da Lei de Terras, que as concessões por arrendamento fossem convertidas em direitos de superfície, assim como as concessões por aforamento, no seguimento da sugestão de Gonçalves MARQUES, “A propriedade imobiliária em Macau”, 23-24). Contudo, diz Duarte SANTOS, *ibid.*, 400, que não foi essa a opção da proposta de lei, e assim a lei nova manteve a concessão por arrendamento. Duas notas: uma, que a opção da lei nova é sem consequências quanto à caracterização e respectivo regime jurídico das situações constituídas ao abrigo da lei antiga, pelo que não constitui obstáculo à qualificação das concessões por arrendamento de pretérito como direito de superfície, quando para a construção de edifícios; outra, que as qualificações da lei não são vinculantes para o intérprete. Pelo que a despeito da manutenção da designação legal de pretérito isso não tem consequências quanto à qualificação da situação e seu regime jurídico. Ademais terá pesado a tradição: alterar uma designação profundamente enraizada nos hábitos de linguagem quer da Administração quer dos operadores económicos terá sido visto como desaconselhável. E sobretudo a redacção do artigo 7.º da Lei Básica. Não obstante, a manutenção da designação tradicional não importa quaisquer consequências a nível de qualificação do negócio e do respectivo regime jurídico.

¹²⁶ Fernando Alves CORREIA, *Manual de direito do urbanismo*, vol. 1, 4.ª. ed., Coimbra: Almedina, 2008, 882.

(artigo 103.º)¹²⁷ não altera a natureza de direito de superfície do concessionário. Na verdade, na legislação sobre aproveitamento de solos do Estado, por constituição de um direito de superfície, o aproveitamento do terreno é sempre construído como dever do superficiário (poder-dever). É uma especialidade do direito de superfície público.

Assim, o artigo 23.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, que instituiu no ordenamento jurídico português o direito de superfície, justamente configurava como dever do superficiário o aproveitamento do terreno, i.e., a edificação do prédio no prazo acordado. Por conseguinte, não há qualquer incompatibilidade entre a *concessão por arrendamento* e o *direito de superfície*, pelo facto de o aproveitamento ser visto como dever do concessionário.

3.4. Razão de ser da manutenção da designação concessão por arrendamento na Lei de Terras

Se o direito do concessionário é um direito de superfície, como parece claro, porque é que a Lei de Terras de 1980 assim não qualificou a situação, e continuou a utilizar uma expressão ambígua como é a de *concessão por arrendamento*? A razão prende-se com o facto de, como se disse, o direito de superfície apenas ter sido introduzido na ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948¹²⁸, quando a ex-

¹²⁷ O actual artigo 103.º corresponde ao artigo com o mesmo número da Lei de Terras de 1980.

¹²⁸ Em Macau, a Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948 foi publicada no Boletim Oficial n.º 37, de 12 de Setembro de 1953, nos termos da Portaria n.º 14 507, de 19 de Agosto de 1953, que mandou estender às províncias ultramarinas os artigos 1.º a 20.º (expropriação por utilidade pública). A parte relativa ao direito de superfície, que era regulada nos artigos 21.º a 29.º da Lei n.º 2030, ficou assim de fora, não tendo entrado em vigor na ordem jurídica local. Mais uma razão para a continuação do equívoco *concessão por arrendamento*. Por força da mesma portaria e no mesmo Boletim Oficial foram publicados o Decreto n.º 37758, de 22 de Fevereiro de 1950 e a Lei n.º 2063, de 3 de Junho de 1953, sobre o regulamento sobre expropriações por utilidade pública e sobre os recursos em matéria de expropriação por utilidade pública, respectivamente. Estes diplomas foram revogados pelo artigo 60.º do D/L n.º 43/97/M, de 20 de Outubro.

pressão *concessão por arrendamento*¹²⁹ já se encontrava perfeitamente enrai-

¹²⁹ O legislador ultramarino acabou por de algum modo repetir os passos da superfície no direito romano. No direito romano, por força do princípio *omne quod inaedificatur solo cedit*, ou simplesmente *superficies solo cedit*, a *superficies* surge inicialmente como *locatio ad aedificandum*, sendo pago um *solarium*, embora pudesse também ser constituída por compra e venda, se fosse pago um *pretium*, ou mesmo por ocupação (Guilherme Braga da CRUZ, “O direito de superfície romano”, 292, 302, 305; Santos JUSTO, *Direito privado romano*, III, 212). Em todo caso, tinha uma natureza meramente obrigacional. Subsequentemente, por obra do pretor, através da atribuição de uma protecção ao superficiário (*interdictum superficibus*) contra actos de terceiros turbadores do gozo da construção, transforma-se em direito real menor (Braga da CRUZ, *ibid.*; contra, Raúl VENTURA, “O direito de superfície”, *RFDUL* 5 (1948) 121, *apud* Ribeiro MENDES, “O direito de superfície”, 20). Esta natureza de direito real da *superficies* (*iura in re aliena*: Santos JUSTO, *ibid.*, 211; Francesco SITZIA, “Superficie (dir. rom.)”, 1463) apenas teria sido reconhecida pelo direito justiniano, anteriormente teria mero carácter meramente obrigacional, como se disse (Santos JUSTO, *ibid.*). Segundo este A. (ib.), a mudança ter-se-á operado no direito justiniano, provavelmente por influência do direito helenístico. No direito helenístico não só não vigorava a regra *superficies solo cedit*, mas também se reconhecia a “propriedade imobiliária em planos horizontais” (Santos JUSTO, *ibid.*, 210, nota 2, e 211; SITZIA, *ibid.*, 1461). A concessão da cidadania a quase todos os súbditos do Império (v.g., os *dedicium* não foram abrangidos: Gianfranco PURPURA, “Constitutio Antoniniana de civitate (212 d.c.)”, in IDEM, coord., *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani* — FIRA. *Studi preparatori*, I, *Leges*, Turim: Giappichelli, 2012, 704, s.; Marco ROCCO, *The reasons behind Constitutio Antoniniana and its effects on the roman militar*, 2010, (Acta classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis 46), 136, pelo Édito de Caracala (designação por que é vulgarmente conhecida a *Constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda*, do ano 212: sobre esta, PURPURA, *ibid.*, *passim*), terá tornado actual a necessidade de compatibilização entre o princípio romano *superficies solo cedit* e a concepção helenística (SITZIA, *ibid.*). Contudo, parece que terá continuado a prevalecer o princípio romano, numa primeira fase (*ibid.*). Subsequentemente, o princípio *superficies solo cedit* acabou por ser ultrapassado (*ibid.*, 1462). A *superficies* pretendeu obviar às consequências negativas do conceito de domínio romano, segundo o qual *superficies solo cedit*, máxima da acessão necessária (Braga da CRUZ, *ibid.*, 293; SITZIA, *ibid.*, 1459), o que significava que o que quer que se edificasse sobre o solo fosse automaticamente considerado propriedade do *dominus fundi* (Braga da CRUZ, *ibid.*, 293, s.; Ribeiro MENDES, “O direito de superfície”, 18; Santos JUSTO, *ibid.*, 210). Por isso, a Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, que restaurou o direito de superfície no ordenamento jurídico lusitano (Braga da CRUZ, *ibid.*, 287-288), no seu artigo 1.º enfatizava a não aplicação das regras da acessão imobiliária. Como se referiu, a primeira abordagem para ultrapassar a dificuldade colocada pelo princípio *superficies solo cedit* foi a de reconduzir a concessão superficiária à *locatio-conductio* (SITZIA, *ibid.*, 1460), que inicialmente apenas terá incidido sobre terrenos públicos (Braga da CRUZ, *ibid.*, 292, 296 e 297). Não obstante apenas sur-

zada quer na linguagem das leis, quer na prática do aproveitamento de terrenos do Estado no ultramar. Por outro lado, e como vimos, por sobre a fórmula *concessão por arrendamento* se acobertarem situações jurídicas muito diversas, nem todas implicando poderes de construção de edifícios em terrenos do Estado. Pelo contrário, e como vimos, na legislação ultramarina de ocupação e concessão de terrenos do Estado a concessão por ar-

tia efeitos entre as partes e não protegia o superficiário contra actos de terceiros. Nem sequer o salvaguardava das consequências resultantes da transmissão do prédio para terceiro (Braga da CRUZ, *ibid.*, 294-295). A protecção do superficiário contra actos de terceiro foi concedida pelo pretor através da *interdictum de superficiebus*, semelhante ao *uti possidetis*, cujo objectivo era pôr cobro às situações de turbação do gozo do superficiário (Braga da CRUZ, *ibid.*, 310; Santos JUSTO, *ibid.*, 211; SITZIA, *ibid.*, 1461). O pretor poderia conceder, existindo uma *causae cognitio*, i.e., a intenção de constituir um direito de superfície e não apenas um arrendamento (*ibid.*, 313), uma *utilis actio in rem*, quando a situação não fosse apenas *ad tempus*, mas sim a *non ad modicum tempus* (*ibid.*; Ribeiro MENDES, “O direito de superfície”, 20; SITZIA, *ibid.*). *Actio utilis* esta que teria a natureza de uma *reivindicatio* (Braga da CRUZ, *ibid.*). Segundo explica Braga da CRUZ, *ibid.*, 300 s., recaindo inicialmente a *superficies* apenas sobre terrenos do Estado e fundadas numa *locatio-conductio*, e não gozando o superficiário de acção contra actos de terceiro, a sua protecção apenas se poderia exercer por intervenção do *locator*, o Estado: i.e., o superficiário, *conductor*, actuaria contra o *locator* para que este actuasse contra aqueles que perturbassem o gozo do superficiário. Assim sendo, colocava-se o risco de o Estado se ver submergir por uma imensidão de acções intentadas pelos superficiários, para lhes assegurar protecção contra os actos de turbação de terceiros. O modo de resolver esta dificuldade prática consistiu na concessão pelo pretor aos superficiários de um *interdictum de superficiebus* (Braga da CRUZ, *ibid.*, 301). Com o que o superficiário passou a ter acção contra terceiros, estranhos ao contrato, e logo um direito com efeitos reais (*ibid.*, 301). Apenas depois de a *superficies* ter adquirido carácter de *iura in re aliena* se terá estendido a terrenos privados. Até esse momento apenas terá incidido sobre terrenos do Estado. A explicação para isto, segundo Braga da CRUZ, *ibid.*, 299 s.), facilmente se compreende atenta a debilidade da posição do superficiário. Na verdade, como a construção efectuada pelo superficiário, por força do princípio *superficies solo cedit*, pertence ao dono do solo, e atento o seu carácter puramente obrigacional, dificilmente alguém estaria disponível para, sobre terrenos privados, construir, sabido que, transmitido o solo, também a construção se transmitiria para o terceiro, contra o qual o superficiário, por força do princípio da relatividade dos contratos, nenhuma direito teria. O que significa que perderia não só a construção, mas também o gozo da mesma. Por conseguinte, não haveria ninguém interessado em tão ruinoso negócio. Não obstante, a *superficies* era muito utilizada, mas terá sido inicialmente apenas sobre terrenos do Estado, já que quanto a estes não existia a possibilidade da sua alienação, e por conseguinte não se verificava aquele risco (Braga da CRUZ, *ibid.*, 296-297).

rendamento apenas era admitida para fins agrícolas, pecuários ou silvícolas. E em Macau essa limitação veio a ser instituída pelo Regulamento de 1965, como vimos.

A indiferenciação instituída pela Lei de Terras de 1980 quanto ao objecto da concessão por arrendamento colocou no mesmo plano realidades muito diversas. As correspondentes ao paradigma ultramarino do Regulamento de 1965, que encontram o seu protótipo na concessão por arrendamento de terrenos rústicos, em que basicamente está em causa um arrendamento rural, e as correspondentes à concessão por arrendamento de terrenos urbanos, em que está em causa a atribuição de poderes de construção de edifícios. A despeito de englobadas na mesma designação trata-se de espécies bem diferentes.

Na actual Lei de Terras, a manutenção da designação tradicional terá ainda sido influenciada pela redacção do artigo 7.º da Lei Básica da RAEM¹³⁰.

Tenha-se presente, aliás, que o direito de superfície começou por ser permitido na lei 2030, de 22 de Junho de 1948 (artigo 22.º, n.º 1), apenas para terrenos do domínio privado do Estado, autarquias locais e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa¹³¹. O que demonstra ademais da sua perfeita compatibilidade com o aproveitamento de terrenos do Estado, a sua especial vocação para esse fim¹³².

¹³⁰ “Os solos e os recursos naturais na Região Administrativa Especial de Macau são propriedade do Estado, salvo os terrenos que sejam reconhecidos, de acordo com a lei, como propriedade privada, antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau. O Governo da Região Administrativa Especial de Macau é responsável pela sua gestão, uso e desenvolvimento, bem como pelo seu *arrendamento ou concessão* a pessoas singulares ou colectivas para uso ou desenvolvimento. Os rendimentos daí resultantes ficam exclusivamente à disposição do Governo da Região Administrativa Especial de Macau.” (it. nosso).

¹³¹ O que levou Oliveira ASCENSÃO, *Direitos Reais*, 523-524, a considerar que essa limitação legal levou a “ter ficado esta figura, em que tantas esperanças se depositaram, praticamente letra morta.” A situação alterou-se com a publicação do Código Civil de 1966, que generalizou o uso da figura.

¹³² A proximidade das situações é, aliás, confirmada pelo artigo 1428.º, n.º 1. Diz-se neste preceito que a falta de pagamento das prestações anuais durante 15 anos extingue a obrigação de as pagar, mas o superficiário não adquire a propriedade do solo, salvo se houver usucapião da propriedade do solo em seu benefício. A norma, perfeitamente compreensível, comunga das mesmas preocupações que informavam o artigo 59.º da

A generalização do direito de superfície, como se disse, apenas ocorreu com o Código Civil de 1966¹³³. Neste, a possibilidade da constituição de um direito de superfície sobre terrenos do domínio privado do Estado ficou consagrada no artigo 1527.º, com precedência, em termos de regime, de eventual legislação específica. O actual Código Civil de Macau não reproduziu aquele preceito¹³⁴. Pelo que se deve entender que o regime jurídico do direito de superfície constituído pela RAEM a favor de terceiro é o do Código Civil, em tudo o que não seja diversamente regulado por lei.

É o caso da Lei de Terras que, sob a designação de *concessão por arrendamento*, quando respeitante à concessão de um *ius ad aedificandum*, regula um direito de superfície, que ficará directamente sujeito à disciplina desta lei e, subsidiariamente, às disposições do Código Civil sobre o direito de superfície.

Se tivermos presente a disciplina da Lei n.º 2030 de 22 de Junho de 1948, a identidade da *concessão por arrendamento*, quando para a edificação de prédio, com o direito de superfície torna-se evidente. Assim, a atribuição do direito de superfície estava, em regra, sujeita a hasta pública (artigo 22.º, n.º 3), tal qual a concessão por arrendamento; o superficiário tinha o dever de construir o prédio, com as características e dentro do prazo acordado (artigo 23.º, n.º 1, al. a)), tal qual o concessionário; o superficiário ficava obrigado a pagar um preço único ou uma pensão anual, consoante o acordado (al. e) do n.º 1 do artigo 23.º), tal qual o concessionário que está obrigado a pagar anualmente uma *renda*; sobre a construção o superficiário tinha um direito de propriedade (artigo 24.º, n.º 1, al. a)), tal qual o concessionário.

Carta de Lei de 9 de Maio de 1901, e o artigo 175.º, al. d) Regulamento Geral Provisório de execução da mesma de 2 de Setembro de 1901. Como vimos, referiam-se estas disposições ao Estado da Índia e determinavam que as rendas devidas pelo arrendamento de bens do Estado prescreviam ao fim de 10 anos, mas o direito de propriedade do Estado era imprescritível (Valadas PRETO, “O regime de terras do Estado em Moçambique”, 54).

¹³³ Santos JUSTO, *Direitos reais*, 395. No dizer de Carvalho FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 399, foi com o Código Civil de 1966 que o direito de superfície adquiriu *carta de alforria*.

¹³⁴ Por desnecessária. Se o direito de superfície sobre terrenos do domínio privado do Estado está previsto em legislação específica, a mesma como disciplina especial prevalece sobre a do Código Civil, que tem natureza de disciplina geral.

3.5. *Consequências jurídicas da qualificação da concessão por arrendamento como constituição de um direito de superfície*

Podemos assim concluir que o direito que pela *concessão por arrendamento*, quando para a construção de edifícios, é constituído a favor do concessionário é basicamente um direito de superfície¹³⁵. Isto permite-nos recorrer às pertinentes disposições do Código Civil sobre o direito de superfície, em tudo que não esteja especificamente previsto na Lei de Terras e a não contrarie (artigo 50.º, n.º 1 da Lei de Terras de 1980; artigo 41.º da actual Lei de Terras).

¹³⁵ Na legislação ultramarina, em que a *concessão por arrendamento* apenas excepcionalmente se admitia para a construção de edifícios, e por isso em regra ser pouco mais do que um arrendamento, percebe-se que a designação fosse mantida enquanto correspondia à situação regra. Já em Portugal onde tal situação não se verificava, para as situações em que terrenos do Estado eram disponibilizados para construção de edifícios, a situação era qualificada e sujeita ao regime do direito de superfície. Assim, o D/L n.º 576/70, de 24 de Novembro, que pretendeu, para efeitos de controlo de preços de terrenos para construção, relativamente aos terrenos em áreas objecto de sistemática expropriação, dizia no artigo 28.º que “os terrenos adquiridos para fins de urbanização não podem ser alienados, salvo autorização do Governo, quando tal se justifique, devendo ser cedido o direito à utilização, mediante a constituição do direito de superfície, dos terrenos destinados aos empreendimentos que não devam ser realizados pela Administração.” Este diploma referia-se aos terrenos situados na designada área de expropriação sistemática [Marcello CAETANO, *Manual de direito administrativo*, II, 994, nota 1 da p. anterior].

O D/L n.º 576/70, de 24 de Novembro foi mandado aplicar a todas as províncias ultramarinas pela Portaria n.º 471/72, de 1 de Agosto, mas o artigo 10.º desta determinava que a sua aplicação total ou parcial em Macau ficava ao critério e decisão do Governador, através de decreto provincial. A Portaria n.º 421/72, de 1 de Agosto foi publicada no Boletim Oficial n.º 38, de 16 de Setembro de 1972, no entanto não foi publicado qualquer decreto provincial do Governador quanto à sua aplicação em Macau, como determinava o artigo 10.º da referida portaria. Não obstante, o D/L n.º 43/97/M, de 20 de Outubro considerou-o estendido a Macau, pelo facto de aquela portaria ter sido publicada no BO. Em consequência, o artigo 60.º do diploma de 1997 revogava os capítulos II, III, V a VIII do D/L n.º 576/70. A verdade, contudo, é que o D/L n.º 576/70 nunca esteve em vigor em Macau, pois a Portaria n.º 421/72 não foi mandada aplicar em Macau, por decreto provincial do Governador, conforme determinava o artigo 10.º da mesma.

De particular interesse para a resolução das questões que justificaram o presente estudo, em que está em causa saber se as concessões por arrendamento se extinguíram por caducidade ou não e que consequências daí derivam, encontramos o artigo 1427.º do Código Civil de Macau¹³⁶, que regula precisamente a extinção do direito de superfície. Diz a al. a) do n.º 1 deste preceito que o direito de superfície se extingue se a obra não for realizada no prazo acordado ou, na falta deste, no prazo de 7 anos. Nisto se verifica identidade de sentido com a solução consagrada na Lei de Terras (artigo 52.º), nos termos da qual a concessão por arrendamento *caduca* pelo decurso do prazo.

Estando em causa um direito de superfície, a respectiva extinção decorre do não exercício, que se poderá verificar por não uso^{137/138}, ou por caducidade¹³⁹. Na verdade, nos termos do artigo 291.º do Código Civil de Macau o tempo pode influir sobre uma situação jurídica em vários modos: prescrição, caducidade e não uso¹⁴⁰. Diz o n.º 3 que, entre outros, o direito de superfície não prescreve¹⁴¹, mas pode extinguir-se pelo não uso nos casos especialmente previstos na lei, sendo aplicáveis nesses casos, na falta

¹³⁶ Em Portugal, a questão da extinção do direito de superfície é uma das que a legislação especial sobre o direito de superfície constituído pela Administração não regula, valendo a disciplina do artigo 1536.º do Código Civil de 1966 (correspondente ao artigo 1427.º do Código Civil de Macau), vide Alves CORREIA, *Manual de direito do urbanismo*, vol. 1, 884.

¹³⁷ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, 962, nota 2; Ana Filipa Morais ANTUNES, *Prescrição e caducidade. Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil* (“O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas”), Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 33; Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, 345.

¹³⁸ Não uso que se aparenta mais à prescrição do que à caducidade, sendo por isso que, p.e., Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1536.º, anot. 1, falam de *prescrição* por não uso. Expressão esta utilizada no art. 954, 4.º *Codice Civile* (*prescrizione per effetto del non uso*), fonte daquele preceito português e, por consequência, do artigo 1427.º do Código Civil, mas que a lei não quis usar (*ibid.*).

¹³⁹ Não obstante, assim a designa Mota PINTO, *Direitos reais*, 301.

¹⁴⁰ Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 959-960; Morais ANTUNES, *Prescrição e caducidade*, 14.

¹⁴¹ Ainda assim, Carvalho FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 416, diz que “o direito de superfície, enquanto faculdade de fazer uma obra ou uma plantação, extingue-se por *prescrição*” nos termos do n.º 1, al. a) e n.º 2 do artigo 1536.º do Código Civil de 1966; mas páginas antes (p. 242) diz que o direito de superfície *caduca* se não for exercido no prazo estipulado ou em 10 anos.

de disposição em contrário, as regras da caducidade. Entre os casos especialmente previstos na lei conta-se a extinção do direito de superfície, na modalidade do direito a fazer a obra (al. a) do n.º 1 do artigo 1427.º do Código Civil de Macau)¹⁴².

Como se disse, a al. a) do n.º 1 do artigo 1427.º de Macau determina a extinção do direito de superfície se o superficiário não concluir a obra dentro do prazo fixado, ou dentro de 7 anos se não for estipulado prazo. A norma prevê duas situações, consoante as partes tenham acordado ou não prazo para o exercício do direito. No primeiro caso, o direito de superfície (*ius aedificandum*), caso não seja exercido, caducará no fim do prazo; no segundo, extinguir-se-á, por não uso, ao fim de 7 anos.

Nas concessões por arrendamento estamos perante a primeira situação, pois as mesmas são constituídas por certo prazo, em regra 25 anos. Por outras palavras, o direito de construir o edifício, objecto do contrato, devia ser exercido, sob pena de extinção, dentro de certo período de tempo¹⁴³. À extinção do direito de superfície, nos termos gerais (artigo 291.º, n.º 3 do Código Civil de Macau), são aplicáveis as regras da caducidade. Por conseguinte, verifica-se identidade de soluções entre a Lei de Terras e o Código Civil quanto às consequências extintivas do direito de superfície sobre terrenos dados em *concessão por arrendamento*.

A Lei de Terras limita-se a dizer que, decorrido o prazo acordado, sem que a construção tenha sido efectuada, *caduca* a concessão (*ad aedificandum*), mas significa o mesmo dizer-se que o direito de construir sobre o terreno, o direito de superfície, se extingue, se não for exercido dentro do período de tempo (prazo) acordado: i.e., se o edifício não for construído no prazo estipulado. É uma questão de perspectiva: se olhada a situação do lado da relação instituída dir-se-á que a mesma *caduca*; olhada a situação do lado do direito de construir dir-se-á que o mesmo se extingue, se não exercido dentro do prazo.

Tendo em conta que a al. a) do n.º 1 do artigo 1427.º do Código Civil se refere a duas situações, terem as partes estipulado prazo para o exercício do direito ou não, o direito de superfície extingue-se por *não uso* ao fim de 7 anos, se as partes não tiverem estipulado prazo para o seu exercício; e por *caducidade*, quando tenham estipulado tal prazo. Ainda que a lei não

¹⁴² Moraes ANTUNES, *Prescrição e caducidade*, 33; Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, 345.

¹⁴³ Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1536.º, anot. 2 e 3.

qualifique expressamente o fundamento da extinção do direito. Como as concessões por arrendamento estão sujeitas a um prazo (25 anos), para o exercício do *ius aedificandum*, a solução da Lei de Terras e a do Código Civil são perfeitamente coincidentes.

Em termos materiais a situação não muda: é de um direito a construir que se trata, cujo não exercício, traduzido na não construção da obra no prazo acordado, determina a concomitante extinção. Dizer-se que *a concessão caducou* ou que *o direito a construir se extinguiu* significa, no fundo, dizer o mesmo.

Desde que se tenha presente que na *concessão por arrendamento*, o prazo não se destina a determinar o período de vigência do contrato, dentro do qual o titular pode (ou não) gozar o bem, como sucede nos vulgares arrendamentos¹⁴⁴, mas o período dentro do qual a obra *pode e deve* ser realizada. E que a realização desta determina uma alteração qualitativa na situação subjectiva do titular, que passa a concessionário *definitivo*. Que é espelho da posição jurídica do superficiário: até ser realizada a construção, tem direito a efectuá-la em certo prazo (*ius aedificandum*), o acordado ou 7 anos (artigo 1427.º, n.º 1, al. a) do Código Civil de Macau); depois de realizada a obra, passa ter um direito de propriedade sobre a obra (propriedade superficiária), e a disciplina do direito de superfície passa a ser essencialmente a da relação do prédio com o terreno onde se encontra implantado¹⁴⁵.

Se se tratasse de prazo no sentido com que o mesmo nos surge no direito do arrendamento, então o mesmo permaneceria até à sua expiração.

¹⁴⁴ De *prazo de vencimento* falam os autores espanhóis para referir esta situação, visando justamente evitar a confusão com a verdadeira e própria *caducidade*, em que a inactividade do interessado é determinante (Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el ordenamento administrativo*, Madrid: McGraw-Hill, 1999, 53 s.). É que no arrendamento *hoc sensu* o arrendatário não tem a obrigação de gozar o prédio, nem lhe é imposta, por outro lado, qualquer obrigação de *facere* relativamente ao arrendado. O arrendatário adquire o direito a usar a coisa; se a usa ou não é irrelevante (Antunes VARELA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 119/3749 (1986-1987) 254-255, e 119/3750, 271, col. esq., nota 1, p. 273, 275; IDEM, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Março de 1985”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 123/3796-3797 (1990-1991) 246, 247 e nota 2; Jorge Alberto Aragão SEIA, *Arrendamento urbano. Anotado e comentado*, 2.ª ed.ª, Coimbra: Almedina, 1996, anotação ao artigo 64.º, 283).

¹⁴⁵ José Andrade MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, 38.

Mas não é isso que se verifica. Pois que, uma vez realizada a obra, a concessão *provisória* converte-se em *definitiva*, ficando sujeita a novos termos. Por outras palavras, se o prazo tivesse o sentido normal, a concessão permaneceria provisória até à expiração do mesmo. Não é isso que sucede. Realizada a obra, exercido está o direito de construir, consumada, pois, a faculdade *ad aedificandum*. E agora do que se trata é de definir o regime jurídico, já não do exercício do direito a construir, mas sim da situação resultante de ter sido realizada a construção. O *objecto da concessão provisória* não coincide com o *objecto da concessão definitiva*: o daquela é o direito a construir obra; o desta a relação do prédio construído com o terreno que lhe serve de suporte.

Em termos de direito superficiário, a *concessão provisória* abrange a situação relativa à faculdade de *fazer* obra em terreno alheio; a *concessão definitiva* a situação relativa à faculdade de *manter* obra em terreno alheio. Estas duas faces do direito de superfície estão perfeitamente especificadas no n.º 1 do artigo 42.º da Lei de Terras, quando determina que a concessão por arrendamento inclui poderes, ou faculdades, de construção, transformação¹⁴⁶ ou manutenção de obra.

Uma vez constituída a concessão definitiva, passa existir um prazo, mas a concessão está sujeita a renovação¹⁴⁷. Que releva, desde logo, para efeitos de não modificação da renda (artigo 46.º, n.º 1 da Lei de Terras). E sobretudo, para efeitos de extinção do direito do concessionário: o não

¹⁴⁶ O artigo 1417.º do Código Civil em vez de poderes refere faculdades, que significa o mesmo juridicamente [um direito subjectivo é apenas, juridicamente, um conjunto de poderes ou faculdades: aquele é o continente, estes o conteúdo (Orlando de CARVALHO, *Teoria geral do direito civil*, coord. Francisco Liberal Fernandes / Maria Raquel Guimarães / Maria Regina Redinha, 3.ª ed.ª, Coimbra Editora, 2012, 142)], e não menciona a transformação. Sendo assim aparentemente o n.º 1 do artigo 42.º da Lei de Terras mais amplo do que o preceito do Código Civil. Simplesmente, a transformação de obra existente é ainda abrangida na construção de obra, pois que como resultado da transformação a obra já não é a que existia, mas sim uma nova obra. Em suma, não há qualquer diferença relevante entre os dois preceitos.

¹⁴⁷ Em termos práticos, é como se de uma prorrogação do prazo se tratasse, e era o que a lei devia dizer. Tecnicamente, a renovação respeita a um contrato que deixou de existir, por isso é que se renova. Os contratos renovam-se, os prazos prorrogam-se. Mas, em termos rigorosos, a solução consagrada na lei determina que, verificado o termo do prazo, o contrato se extingue e é substituído por um novo contrato, cujo prazo é de 10 anos. E assim sucessivamente.

exercício do direito de construir (faculdade de *fazer* a obra) pode ser hipótese de *não uso* ou *caducidade* prevista e regulada na al. a) do n.º 1 e n.º 3 do artigo 1427.º; o direito sobre a obra (faculdade de *manter* a obra) extingue-se, por caducidade, no fim do prazo, nos termos da al. c) do n.º 1 do artigo 1427.º.¹⁴⁸ Prazo este, relativo à faculdade de *manter* a obra em terreno do Estado, que muito embora se esgote, não determina a extinção da concessão já que esta é susceptível de renovação automática (artigo 49.º, n.º 1 da Lei de Terras)¹⁴⁹.

3.6. *A extinção do direito de superfície e as regras da caducidade*

O artigo 291.º, n.º 3 do Código Civil de Macau, como vimos, determina a aplicação à extinção do direito de superfície das regras da *caducidade*. Pelo que, e nos termos do artigo 320.º do mesmo diploma, o prazo de *caducidade*, o período de tempo acordado para o exercício do direito de construir o edifício no terreno *concessionado por arrendamento*, não se suspende nem se interrompe senão nos casos previstos na lei. Por conseguinte, a posição da Administração, segundo a qual a expiração do prazo da concessão por arrendamento determina a inelutável caducidade da mesma, conforta-se nestes preceitos da lei civil.

Simplemente, diz também aquele n.º 3 do artigo 291.º do Código Civil de Macau que as regras sobre a caducidade se aplicam ao direito de superfície, na falta de disposição em contrário. Ora disposição em contrário encontramos no n.º 3 do artigo 1427.º do Código Civil de Macau¹⁵⁰.

Nos termos deste preceito, quando o superficiário não construir a obra dentro do prazo fixado ou dentro de 7 anos se não for fixado prazo, à extinção do direito de superfície são aplicáveis as regras, não da caducidade, mas sim da prescrição¹⁵¹.

¹⁴⁸ Penha GONÇALVES, *Curso de direitos reais*, 438; Carvalho FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 416-417; Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, 345-346.

¹⁴⁹ A lei civil não se refere a esta situação, embora a mesma se deva ter por admissível.

¹⁵⁰ Morais ANTUNES, *Prescrição e caducidade*, 34; Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, 341.

¹⁵¹ Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, 341.

A intenção de evitar as consequências da aplicação das regras da caducidade, nomeadamente a insusceptibilidade de suspensão ou interrupção do prazo, resulta claramente da história do preceito. Na verdade, o n.º 3 do artigo 1536.º do Código Civil de 1966, correspondente ao actual n.º 3 do artigo 1427.º do Código Civil de Macau, não constava do artigo 12.º do Anteprojecto de Pires de Lima sobre o direito de superfície, nem do artigo 1528.º do Anteprojecto (1.ª rev. min.). Apenas foi introduzido no Anteprojecto (2.ª rev. min), com a numeração que veio a ter na redacção final do código¹⁵². A introdução do n.º 3 na 2.ª revisão ministerial do Anteprojecto percebe-se tendo em conta que, de outra sorte, aplicando-se as regras da caducidade prevaleceria a solução da parte final do artigo 298.º, n.º 3, o que a lei não terá querido.

O facto *não construção* dentro do prazo constitui, em princípio, causa de extinção do direito de superfície concedido (al. *a*) do artigo 1427.º do Código Civil de Macau)¹⁵³. Não obstante, e considerando a natureza de direito de superfície, independentemente de as partes terem ou não acordado prazo para o respectivo exercício, a sua extinção estará sujeita às *regras da prescrição*, não às *regras da caducidade*, conforme determina o n.º 3 do artigo 1427.º do Código Civil de Macau. A remissão para as *regras da prescrição*, imposta pelo n.º 3 do artigo 1427.º do Código Civil de Macau, significa, em termos práticos, que ao exercício do direito a construir *são aplicáveis*, entre outras, as regras sobre a *suspensão e interrupção* da prescrição¹⁵⁴.

Em algumas das situações em que a caducidade da concessão por arrendamento tem vindo a ser declarada pela Administração, o *concessionário* não pôde construir o edifício, nos termos do direito que lhe foi outorgado, dentro do prazo fixado: 25 anos. Foi o que sucedeu, entre outros, com os concessionários de terrenos na designada zona de Fecho da Baía da Praia Grande. O Despacho do Chefe do Executivo n.º 248/2006 revogou os Regulamentos dos Planos de Pormenor do Plano de Reordenamento da Baía da Praia Grande, aprovados pela Portaria n.º 69/91/M, e, no seguimento da candidatura de Macau a património mundial, foi de-

¹⁵² Jacinto Fernandes Rodrigues BASTOS, *Direito das coisas. Segundo o Código Civil de 1966*, IV: Arts. 1499.º a 1575.º, Viseu, 1975, 91.

¹⁵³ Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1536.º, anot. 2 e 3.

¹⁵⁴ Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, artigo 1536.º, anot. 3; Penha GONÇALVES, *Curso de direitos reais*, 438; Menezes LEITÃO, *Direitos reais*, 345.

terminada a suspensão da “análise de todos os planos de construção submetidos pelos concessionários”¹⁵⁵, até à aprovação de novo plano urbanístico para aquela zona, que ainda não foi aprovado.

Nestes casos, parece que a não construção da obra dentro do prazo fixado, se ficou a dever a factos exclusivamente imputáveis ao Governo. Não obstante, o Governo invocando a sua verificação e a sua inelutabilidade (actuação vinculada), efectivamente declarou a caducidade das referidas concessões por arrendamento.

Mas ter-se-á verificado, como pretende o Governo e os tribunais têm entendido, de facto a caducidade das concessões por arrendamento?

Como vimos, a concessão por arrendamento tem a natureza de constituição de um direito de superfície. Pelo que a sua extinção, no que tange ao direito de fazer a obra, fica sujeita ao artigo 1427.º, al. a) do Código Civil de Macau, *ex vi* artigo 41.º da Lei de Terras. Mas também à aplicação da disciplina consagrada no n.º 3 do mesmo preceito civilístico, se for caso disso. Por outras palavras, a extinção do direito de fazer a obra, por decurso do prazo, caso de caducidade que é, contrariamente à regra geral afirmada no artigo 320.º do Código Civil de Macau, pode não se verificar, se na situação ocorrer qualquer causa de suspensão ou de interrupção do prazo, por força do n.º 3 do artigo 1427.º de Macau.

3.7. A actuação da Administração como causa de suspensão

A questão que agora se coloca é saber se se verificou alguma causa de suspensão ou de interrupção do prazo de caducidade. Nomeadamente, saber se os actos da Administração que, em certos casos, estiveram na génese do não aproveitamento, o mesmo é dizer da não edificação do prédio conforme o estipulado, por outras palavras do não exercício no tempo devido do direito de superfície, são susceptíveis de se construir como causas de suspensão ou de interrupção da caducidade, por decurso do prazo.

¹⁵⁵ Fundamentação constante do ponto n.º 19 do parecer n.º 135/2016 da Direcção dos Serviços de Obras Públicas e Transportes, que nos foi facultado pelo interessado, e que sustentou o despacho do Secretário das Obras Públicas e Transportes n.º 15/2018, de declaração de caducidade de uma concessão por arrendamento, publicado no BORAEM 20 (16/5/2018).

Em certas situações, parece irrecusável que o não aproveitamento em tempo ficou a dever-se a factos da esfera da Administração. Factos relativamente aos quais os concessionários se encontravam numa posição de inelutabilidade. Se os processos de construção são suspensos *sine die* pela Administração, como por vezes sucedeu, os concessionários ficam impedidos, *de iure* e de facto, de concretizarem os seus projectos imobiliários, e, por conseguinte, de exercerem o direito a fazer a obra, que lhes foi outorgado contratualmente. A alternativa seria, violando a suspensão imposta pela Administração, realizarem o projecto. Mas como, se os mesmos carecem das necessárias autorizações? A realização dos projectos em contravenção da suspensão determinada pela Administração seria, obviamente, impedida pela mesma Administração coercivamente. O que significa que os concessionários se viram colocados numa situação de absoluta impossibilidade quanto a exercer o seu direito de fazer a obra.

Não obstante, a Administração, invocando o decurso do prazo concedido para a edificação, sem que a mesma estivesse concretizada, declarou a caducidade das concessões por arrendamento. Quanto ao facto de, nas situações de que agora curamos, a não realização da construção se dever à suspensão, imposta pela própria Administração, de análise dos projectos e de emissão das competentes e imprescindíveis autorizações, a Administração afasta a sua consideração, invocando estar vinculada à declaração de caducidade.

Temos então esta situação: por um lado, a Administração suspende a apreciação dos planos de construção dos concessionários por arrendamento, e em consequência não emite as necessárias e competentes autorizações e licenças, impedindo de facto o exercício do direito a fazer a obra, que, contratualmente, outorgara aos concessionários; por outro, imputa-lhes a não realização da construção no prazo contratualmente acordado e declara a caducidade da concessão, o mesmo é dizer do direito a fazer a obra. Por um lado, impede-lhes o exercício do direito e, por outro, verbera-lhes o não exercício! A violência parece evidente.

Tendo em conta que o não exercício do direito a fazer a obra resultou de facto da Administração, verifica-se uma causa de suspensão do prazo de exercício do direito, nos termos do n.º 1 do artigo 313.º do Código Civil de Macau. Aqui se refere que a suspensão é determinada “por

motivo de força maior”, sendo que por tal entendia Vaz Serra “o obstáculo absoluta e objectivamente invencível, para o titular, com a diligência dele exigível segundo as circunstâncias.”¹⁵⁶ Por outro lado, e como explica António Menezes Cordeiro¹⁵⁷, Vaz Serra abdicou da distinção “caso de força maior” e “caso fortuito” a favor da construção romano-germânica da impossibilidade¹⁵⁸. Força maior continua a surgir no Código Civil, mas por deficiência na revisão¹⁵⁹. O que está em causa são as mesmas situações a que se referem os artigos 779.º e seguintes e 790.º de Macau¹⁶⁰. Por conseguinte, casos em que o titular do direito se vê impossibilitado temporariamente, por razões que lhe não são de todo imputáveis, de exercer o seu direito¹⁶¹.

Em certas situações, os concessionários por arrendamento viram-se impedidos de exercer o seu direito a fazer a obra, nos termos contratualmente acordados, por factos da Administração (*factum principis*¹⁶²), aos quais são completamente alheios, e que não podiam de todo em todo ultrapassar. Por conseguinte, em tais casos verifica-se uma situação de absoluta invencibilidade pelos concessionários do obstáculo criado pela Administração à realização do aproveitamento (*vis cui resisti non potest*)¹⁶³. Pelo que se tem de entender que se verificam “motivos de força maior” que impediram os concessionários de exercerem o seu direito, para efeitos do n.º 1 do artigo 313.º do Código Civil de Macau.

Mesmo que se considerasse que a noção de *motivo de força maior* não abrange estas situações, o que, como acabámos de ver, não pode mere-

¹⁵⁶ Adriano Paes da Silva Vaz SERRA, “Prescrição extintiva e caducidade”, *BMJ* 106: 178.

¹⁵⁷ *Tratado de direito civil português*, V, *Parte geral. Exercício jurídico*, 2.ª ed.ª rev. e act., Almedina, 2015, 226.

¹⁵⁸ Antunes VARELA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983”, 274-275.

¹⁵⁹ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, V.

¹⁶⁰ Correspondentes aos artigos 790.º e seguintes e 801.º do Código Civil de 1966, respectivamente (Antunes VARELA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983”, 275).

¹⁶¹ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, V.

¹⁶² Antunes VARELA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983”, 274.

¹⁶³ Antunes VARELA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Janeiro de 1983”.

cer dúvidas¹⁶⁴, ainda assim sempre seria aplicável o n.º 2 do artigo 313.º do Código Civil de Macau¹⁶⁵. Na verdade, e a despeito deste n.º 2 mencionar o dolo da contraparte, entende-se que o mesmo é aplicável para o caso de, podendo embora não ter existido dolo da contraparte, ainda assim lhe ser imputável a não observância pelo devedor do prazo fixado, se a alegação da prescrição/caducidade pelo credor ofender a boa fé¹⁶⁶.

Nas situações que temos em vista, o não exercício do direito a fazer a obra pelos concessionários ficou a dever-se a actos da esfera da Administração (*factum principis*), insusceptíveis de serem impedidos pelos concessionários. Por conseguinte, o não aproveitamento do terreno, i.e. o não exercício do direito a construir dos concessionários, é imputável à Administração, repugnando que venha agora invocar a caducidade do direito, que ela própria impediu fosse exercido. Nestas circunstâncias, ofende, pois, a boa fé a invocação pela Administração da caducidade¹⁶⁷. Pelo que se deve considerar, nos termos do artigo 313.º do Código Civil de Macau, que o prazo da concessão por arrendamento, o mesmo é dizer o prazo para o exercício do direito de superfície, na modalidade do direito a fazer a obra, se encontra suspenso, pelo menos a partir do momento em que ocorreu o dia em que se iniciou o terceiro mês que antecede o fim do prazo.

Por conseguinte, e contrariamente ao que tem sido o entendimento da Administração, em tais situações não ocorreu a caducidade da concessão. O respectivo prazo está suspenso, nos termos do artigo 313.º do Código Civil de Macau, aplicável por força do n.º 3 do artigo 1427.º do mesmo código, ambos por sua vez convocados *ex vi* do artigo 41.º da Lei de Terras.

¹⁶⁴ O *factum principis* representa um exemplo clássico de caso de força maior (ib.). Sobre o facto do príncipe, vide Cláudia de Moura Alves Saavedra Pinto, O facto do príncipe e os contratos administrativos, Almedina, Coimbra, 2012, *passim*, e para as várias posições da doutrina portuguesa, pp. 47, ss.

¹⁶⁵ Aliás, Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, V, 227, considera que esta hipótese já resultava do n.º 1, sendo, pois, caso de força maior, dentro do seu entendimento de que o que ali está em causa é a impossibilidade temporária e absoluta de exercício do direito pelo titular.

¹⁶⁶ Adriano Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Fevereiro de 1971”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 105/3467: 28; IDEM, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Dezembro de 1972”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 107/3515: 25, nota 2.

¹⁶⁷ Lembrando Lutero: a Administração invoca o calendário contra a moral e a justiça.

A suspensão do prazo da concessão, resultante da aplicação do artigo 313.º do Código Civil de Macau, por força do n.º 3 artigo 1427.º do mesmo código, apenas funciona nos últimos três meses do prazo, pelo não permite satisfazer os interesses dos concessionários, pois que a edificação dos imóveis não é possível concretizar-se em tão curto, curtíssimo prazo.

O Professor Vaz Serra, atendendo a que em certas situações a solução do artigo 313.º do Código Civil de Macau¹⁶⁸ podia não ser suficiente, dando como exemplo o caso em que o titular se tenha visto impedido por grande parte do tempo de exercer o seu direito, privando-o praticamente do prazo¹⁶⁹ — como sucede relativamente a muitas das situações que aqui temos em vista —, ensinava que se devia “considerar suspensa a prescrição (ou a caducidade (...)) enquanto durar o impedimento (...) ou (...) reconhecer ao titular, uma vez cessado o impedimento, o prazo razoavelmente necessário para o exercício do direito.”¹⁷⁰

Transpondo, com as necessárias adaptações, a lição de Vaz Serra para as situações aqui discutidas, ter-se-á de aceitar que o prazo se encontra suspenso, a partir do momento em que a Administração suspendeu a apreciação dos empreendimentos imobiliários, ou que o mesmo seja protraído pelo tempo que, de acordo com a boa fé¹⁷¹, seja adequado à realização e conclusão da obra.

Este protraimento do prazo da concessão, pelo período correspondente àquele em que o concessionário se viu impedido de aproveitar o ter-

¹⁶⁸ Vaz Serra referia-se, obviamente, ao correspondente preceito do Código Civil de 1966, o artigo 321.º.

¹⁶⁹ Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1963”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 97/3276: 234.

¹⁷⁰ Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 1963”, 234; IDEM, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Dezembro de 1972”, 27.

¹⁷¹ Que é um princípio geral de direito administrativo (artigo 8.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo D/L n.º 57/99/M, de 11 de Outubro). Para as consequências da invocação da boa fé nos contratos administrativos, dentro da prevalência a ser dada à execução do contrato, que pode levar à “modificação equitativa das condições do contrato ou à sua adaptação/renogociação/reajuste equitativo de cláusulas em função de diferentes (e determinantes) circunstâncias”, vide Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas: O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2015, 726 s.

reno por decisão do Governo, segundo Marcello Caetano¹⁷², verdadeiramente não representa nem suspensão, nem ampliação do prazo acordado, mas tão-só a compensação do prazo suprimido. A Administração não dá mais prazo, nem tão-pouco o amplia, mas tão-só respeita o prazo que acordou com o concessionário, compensando, em espécie, os dias de que privou a contraparte¹⁷³.

Ensinava também Vaz Serra que se a *caducidade* for arguida por quem lhe deu causa que a respectiva invocação pode ser paralisada por abuso de direito¹⁷⁴. Em tal situação, estar-se-á perante um manifesto exercício inadmissível de posições jurídicas. A Administração não permite que o aproveitamento se realize dentro do prazo acordado, e depois invoca a mesma falta de aproveitamento dentro prazo contratual que provocou, para considerar extinta por caducidade a concessão. Ora, entende-se que quem com a sua actuação obsta ao exercício tempestivo do direito do titular, e vem depois invocar a caducidade desse direito, procede contra a boa fé, podendo o titular opor-lhe a referida objecção, com o efeito de ao titular ser concedido o tempo adequado segundo as circunstâncias para o exercício do direito¹⁷⁵. Não obstante, e considerando que a caducidade do direito de superfície se não verificou, a invocação da mesma pela Administração sempre deverá ser afastada.

Estando em causa contratos administrativos, a mesma solução, compensação do prazo suprimido, resultará do funcionamento do princípio do (re) equilíbrio económico-financeiro do contrato¹⁷⁶. Quando, “de forma superveniente, a execução do contrato é afectada pela ocorrência de algum acontecimento —, cuja causa seja devida a uma intervenção unilateral do contraente público por razões de interesse público (ou de outra entidade pública estranha ao contrato — por exemplo, do legislador), ou que aquela seja devida a facto exterior à vontade das partes, não podendo estas evitar a sua ocorrência ou controlar/mitigar as suas consequências, deverá fazer-se apelo ao instituto do (re) equilíbrio

¹⁷² Marcello CAETANO, “Conceito de contrato administrativo”, 398-399.

¹⁷³ Marcello CAETANO, “Conceito de contrato administrativo”, 398-399.

¹⁷⁴ Adriano Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Fevereiro de 1971”, 27-28.

¹⁷⁵ Adriano Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Fevereiro de 1971”, 28; IDEM, “Anotação ao Ac. STJ, de 5 de Dezembro de 1972”, 25.

¹⁷⁶ Sobre este princípio geral de direito administrativo Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas*, 688, e as suas virtualidades, vide *ibid.*, *passim*, e p. 531 s.

económico-financeiro do contrato (...)"¹⁷⁷.

O modo de repor o equilíbrio económico-financeiro do contrato pasará também pela restituição *in natura* do tempo suprimido aos concessionários¹⁷⁸. Na verdade, um dos modos correntes de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato é a prorrogação do prazo das prestações ou da vigência do contrato¹⁷⁹.

Lease Concession and Right of Superficies (Surface Right)

ABSTRACT: One of the most debated issues in recent years in Macau legal area is the expiration of lease concession agreements. The lease concession is a contractual instrument whereby the State grants land of its private domain to private parties, for its development. The law provides for a maximum term of 25 years for the lease concession. Initially, the concession for lease is provisional, becoming only definitive if the land has been developed, according to the contractually agreement. If the development has not been done within the timeframe of the provisional concession, this will not become definitive and will expire. In a certain number of situations, the Government, invoking the termination of the concession period without the development been done, has declared the contract expired. Even when the non-development resulted from the Administration itself, for example, suspension of the analysis of the building construction processes.

This text intends to verify the correctness of such understanding. To this end, the qualification of the lease concession agreement is essential. In this sense, we will delve into the origin of the figure, in order to be able to qualify it and determine its legal regime. We come to the conclusion that the right arising from the contract is a right of superficies (surface right). Which implies that section 1427/3 of Macau Civil Code is applicable. Therefore, and contrary to what has been decided by courts the lease concession contracts have not expired.

KEYWORDS: *lease; concession; right to superficies; expiry; civil code; land law.*

¹⁷⁷ Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas*, 635.

¹⁷⁸ A lei privilegia a reconstituição natural, como critério da obrigação de indemnização (artigo 566.º do Código Civil de Macau): i.e., a reposição da situação tal qual seria caso não se tivesse verificado o evento danoso (João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, 902). Ora, se não se tivesse verificado a intervenção impeditiva da Administração, o interessado teria disposto do prazo ainda existente ao momento daquela intervenção para o exercício do seu direito de superfície. Por conseguinte, reconstituir a situação que existiria, caso não se tivesse verificado a intervenção impeditiva da Administração, passa por se conceder ao interessado o prazo que lhe foi suprimido por aquela intervenção.

¹⁷⁹ Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas*, 582, s., 620, s., 630, e notas 1022 e 1023, 632, e nota 1028, 634). Diríamos apenas, e seguindo Marcello Caetano ((1974), pp. 398 e 399), que nos casos que aqui se tem em vista, talvez em boas contas se não deva falar de prorrogação ou ampliação do prazo do contrato, mas apenas de compensação do prazo suprimido; de compensação em espécie, como expressivamente dizia Marcello Caetano (ib.), do prazo suprimido.

